

## Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales

✍ JAVIER TAJADURA TEJADA\*

### Sumario:

**I.** Introducción. **II.** Valor normativo de los preámbulos constitucionales. 2.1. Planteamiento de la cuestión. 2.2. Intentos de negación del valor normativo de los preámbulos. 2.3. La distinción entre disposición y norma como base del concepto «normatividad». 2.4. Valor normativo directo y valor normativo indirecto. 2.5. Función interpretativa de los preámbulos constitucionales. **III.** Función política de los preámbulos constitucionales. 3.1. Los preámbulos constitucionales como síntesis de la «decisión política fundamental» de un pueblo. 3.2. Los preámbulos constitucionales como factores de integración nacional.

### Resumen:

El autor analiza el valor de los preámbulos constitucionales. En primer lugar desde el plano jurídico, explicando los intentos de negación de su valor jurídico, y luego proponiendo y enfatizando los motivos que los hacen relevantes. En segundo lugar, desde el plano político, señalando su valor como elemento integrador de una sociedad y como manifestación de la síntesis de las ideas políticas fundamentales de la misma.

### Palabras clave:

Constitución, preámbulos constitucionales, función política, valor normativo.

### Abstract:

The author analyzes the value of constitutional preambles. First, from a legal perspective, explaining the attempts to deny their legal value, and then proposing and emphasizing the reasons that make them relevant. Secondly, from a political perspective, noting its value as an integrative element of a specific society, and as a manifestation of its fundamental political ideas.

### Keywords:

Constitution, constitutional preambles, political function, normative value.

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco, España.

«El Preámbulo de la Constitución es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a que precede y viene a ser algo así como el preludio donde se contienen los motivos capitales de la ley fundamental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, y en otras análogas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entrañaba el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste según modernas opiniones».

**Nicolás Pérez Serrano**, *La Constitución Española*  
(9-XII-1931), Madrid, 1932.

252

## I. Introducción

**P**odemos definir un Preámbulo constitucional como el texto introductorio que precede al articulado de una Constitución y que, presentándolo, expone las razones por las cuales actúa el poder constituyente, así como los objetivos o fines que con su actuación persigue. Los preámbulos constitucionales se configuran así como elementos que ponen de manifiesto la continuidad de las distintas estructuras estatales al conectar el pasado –la situación de partida que motiva la apertura de un proceso constituyente– con el futuro –la exposición de los fines a alcanzar–<sup>1</sup>. El objeto de estas páginas es abordar la problemática jurídica y política que dichos textos plantean.

---

<sup>1</sup> Para una exposición más detallada de esta definición Cfr. TAJADURA TEJADA, J.: *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997. págs. 7 - 13.

## **II. Valor normativo de los preámbulos constitucionales**

### **2.1. Planteamiento de la cuestión**

Desde un punto de vista jurídico, la principal controversia que los preámbulos constitucionales han suscitado ha sido la relativa a su valor normativo. Dicha problemática se ha planteado también en relación con los preámbulos de las leyes ordinarias. El estudio de este problema exige distinguir previamente dos cuestiones: primero, si el preámbulo forma o no parte del texto normativo al que precede, ley o Constitución; y, segundo, su carácter normativo.

En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que los preámbulos son parte del texto jurídico en el que se encuentran situados. A favor de esta tesis juegan los siguientes argumentos:

a) A los efectos de su tramitación parlamentaria, las asambleas, legislativas o constituyentes, consideran los textos introductorios que luego se convertirán en preámbulos, como una disposición más, como un artículo cualquiera, al que se pueden presentar enmiendas. La única especialidad procedimental radica en que dichos textos introductorios y las enmiendas a ellos presentadas son discutidas al final del articulado.

b) Los preámbulos que preceden al articulado de las leyes o constituciones figuran siempre tras la fórmula de promulgación.

La determinación, por tanto, del valor jurídico de los preámbulos constitucionales, ha de partir del hecho de que éstos son parte integrante de los textos a cuyo articulado anteceden. Esto, no hace falta insistir en ello, no prejuzga la cuestión de si tienen algún género de valor sustantivo y, en particular, si gozan o no de valor normativo.

Aunque la doctrina parece decantarse mayoritariamente por negar valor normativo a los preámbulos, es en esta cuestión donde la confusión es mayor.

### **2.2. Intentos de negación del valor normativo de los preámbulos**

El rechazo del valor normativo de los preámbulos (de leyes o constituciones) puede intentarse desde dos puntos de vista: la *teoría general del derecho* y el *derecho positivo* de un ordenamiento concreto.

a. Desde la *teoría general del derecho* se afirma que la norma jurídica, en cuanto proposición imperativa que vincula una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho mediante el nexo de la imputación, resulta incompatible con la estructura lingüística de los preámbulos. Es decir, el preámbulo está redactado en lenguaje descriptivo y la norma necesariamente ha de formularse en términos prescriptivos. La conclusión es que los preámbulos no son aptos para contener normas jurídicas.

La anterior argumentación aparentemente es lógica, pero la lógica exigiría que fuera predicable para cualquier ordenamiento positivo y no lo es. Como es sabido, el preámbulo constitucional francés tiene valor normativo directo.

Además, la tesis expuesta incurre en un error de base: identificar norma y disposición<sup>2</sup>, o lo que viene a ser lo mismo, la función prescriptiva del lenguaje con el lenguaje normativo<sup>3</sup>. Nadie discute que la norma deba poder ser enunciada como proposición imperativa, pero nada impide que tal proposición no sea formulada directamente por el legislador, sino que deba ser inferida de un texto redactado formalmente en términos descriptivos.

254

En el planteamiento que rechaza el valor normativo de los preámbulos subyace una confusión entre funciones del lenguaje y tipos de lenguaje. Siguiendo a Bobbio podemos distinguir tres funciones fundamentales del lenguaje: la *descriptiva*, la *expresiva* y la *prescriptiva*. Cada una de ellas da origen a tres tipos de lenguajes bien distintos: el lenguaje científico, el poético y el normativo. Ahora bien, casi nunca encontramos estos tipos en la realidad en estado puro. En concreto, dadas las mayores pretensiones de la función prescriptiva del lenguaje que tiene por finalidad modificar el comportamiento de los demás, no es extraño que se valga, además del lenguaje normativo que le es propio, del lenguaje descriptivo e incluso expresivo. Escribe el autor citado: «No es difícil explicar que una prescripción vaya acompañada de proposiciones de otro tipo. Para que la persona a quien dirigimos la prescripción se decida a actuar, no siempre es suficiente que escuche el mensaje del man-

---

<sup>2</sup> CRISAFULLI, V. «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*. vol XIII, Milán, 1964, p. 204.

<sup>3</sup> BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Debate, 1991. Distingue entre una proposición y su enunciado. Aunque toda norma es una proposición (p. 55) dicha proposición puede ser expresada mediante diferentes enunciados (p. 56).

dato puro y simple, pues a veces se requiere que conozca algunos hechos y desee algunas consecuencias. Para que llegue a conocer aquellos hechos que lo induzcan a obrar, es necesario darle informaciones; para que desee ciertos efectos, es necesario suscitar en él un determinado estado de ánimo<sup>4</sup>». Cabe utilizar pues un lenguaje no normativo para realizar una función prescriptiva<sup>5</sup>. Por tanto, no resulta lícito negar carácter normativo (o prescriptivo) a toda disposición no escrita en lenguaje normativo. De hacerlo, habríamos de admitir que no sólo el preámbulo, sino otras muchas disposiciones del articulado de una Constitución, carecen de valor normativo. Y tal postura, a la luz de la doctrina mayoritaria<sup>6</sup>, es hoy difícilmente sostenible.

b. Si la teoría general del derecho no nos proporciona ninguna base para rechazar el valor normativo de los preámbulos, la negación de éste ha de estar justificada en preceptos de *derecho positivo*. Así, cabría decir que los preámbulos no contienen normas, porque existe en el ordenamiento jurídico del país que se esté considerando, una norma sobre la producción jurídica que establece que sólo otras partes de la ley contienen auténticas normas, es decir, que solo cabe inferir normas de las disposiciones contenidas en el texto articulado. Pero el examen del derecho comparado nos muestra que, generalmente, tal tipo de normas no existe. Esto quiere decir que el derecho positivo no contiene una norma que niegue valor normativo a los preámbulos.

Finalmente, admitiendo lo anterior, es decir, la inexistencia de una norma escrita que prive a los preámbulos de valor normativo, hay quien recurre a la costumbre, como argumento para negar dicho valor. Existe una norma consuetudinaria que rechaza el valor normativo de los preámbulos. Dicha norma reúne los elementos de práctica consolidada y *opinio iuris*. Por lo que a la Constitución se refiere, esto no puede aceptarse por la sencilla

---

<sup>4</sup> BOBBIO, N. *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 59-61. Bobbio recoge con estas palabras la antiquísima idea de Platón acerca del valor de la persuasión en el Derecho.

<sup>5</sup> En el mismo sentido LUCAS VERDÚ, P. escribe: «La diferencia de estilo de los preámbulos no afecta a su fuerza jurídica. Su retórica e incluso patetismo indican su valor político-social e incluso jurídico. Parece absurdo sostener la tesis que las partes que el legislador expresa con más énfasis se debilitan jurídicamente». *Curso de derecho político*, Vol II. Tecnos, 3ra Ed., Madrid, 1981, pp. 428-429.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 3a edición, Madrid, 1985. pp. 63 y ss. «No basta con afirmar que todas las normas contenidas en nuestro texto constitucional tienen alcance normativo. Hay que añadir que ese todas atañe también a un sector no articulado como el Preámbulo». LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, p. 117.

razón de que en la historia constitucional, hasta la segunda posguerra mundial ningún texto ha tenido valor normativo, no hemos vivido más que bajo constituciones semánticas, y ésa es una nefasta costumbre con la que por fin parece hemos logrado romper. La costumbre ha sido, por tanto, que no sólo los preámbulos sino que los textos constitucionales articulados también han carecido de valor normativo, hasta hace apenas cincuenta años. En lo que a la Constitución respecta, no parece, por tanto, que pueda negarse el valor normativo de los preámbulos con base en preceptos consuetudinarios, porque dada la brevedad de la historia de las constituciones normativas no cabe deducir práctica consolidada en este sentido, ni por supuesto, en sentido contrario.

### 2.3. La distinción entre *disposición* y *norma* como base del concepto de «normatividad»

Nos encontramos, pues, con que no hay base suficiente para negar, *a priori*, el valor normativo de los preámbulos. Ahora bien, tampoco la hay para atribuírselo. Nuestra opinión sobre este punto se basa en la distinción conceptual entre *disposiciones* y *normas*<sup>7</sup>. Con base en ella daremos un concepto de «normatividad»<sup>8</sup> y veremos si el mismo es o no predicable de los preámbulos.

256

Los actos normativos (entendiendo por tales, aquellos actos lingüísticos realizados por órganos competentes que pronuncian enunciados con una finalidad prescriptiva) dan lugar a documentos normativos<sup>9</sup> (textos que contienen reglas de conducta jurídicamente obligatorias). Un documento normativo es, por tanto, un conjunto de enunciados con finalidad prescriptiva resultantes de un acto normativo. Cada uno de esos enunciados es una disposición. Toda disposición se entiende así como la fórmula institucionalmente destinada a establecer y manifestar, por medio de su interpretación, la norma. Por tanto, disposición y norma son cosas distintas. La primera es

<sup>7</sup> Dicha distinción está basada en CRISAFULLI. *Disposizione...*, *ob. cit.*, p. 204. En el mismo sentido WROBLESKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 25. «la norma legal es una regla construida a partir de disposiciones legales».

<sup>8</sup> El sostenido por WROBLESKI, J. en *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 103-104.

<sup>9</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F. J. «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y los Preámbulos» en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988. p. 36.

la formulación lingüística de la segunda. La norma se obtiene mediante la interpretación de las disposiciones<sup>10</sup>. Una disposición, por tanto, puede contener varias normas, y a la inversa, una norma puede ser expresada mediante varias disposiciones<sup>11</sup>.

La negación del carácter de disposiciones a los enunciados preambulares, nos exigiría admitir la imposibilidad de que éstos dieran a lugar a normas. Pero ello no es posible. Los enunciados preambulares son disposiciones. Ello es claro dado que son enunciados lingüísticos con significado. Y son disposiciones que, aun formuladas en lenguaje descriptivo, forman parte del texto normativo, y como tal tienen una finalidad prescriptiva. Dos argumentos corroboran esta afirmación:

a) En primer lugar, como ya hemos visto, son parte del documento normativo porque los preámbulos se encuentran sistemáticamente ubicados tras la fórmula promulgatoria y son discutidos, enmendados y aprobados como un artículo más.

b) En segundo lugar su finalidad prescriptiva se desprende del hecho de que el legislador, cuando actúa como tal, ni informa ni describe, sino que prescribe y todo lo que él emana tiene *ab origine* ese carácter.

Pero del hecho de que los enunciados preambulares sean disposiciones no se desprende sin más que sean idóneos para extraer de ellos normas jurídicas y por tanto para calificarlos de disposiciones normativas. Como afirma Wroblewski, la discusión relativa a la normatividad de cualquier parte de un texto legal o constitucional solo es significativa después de definir el

---

<sup>10</sup> CRISAFULLI niega que el preámbulo contenga disposiciones. Según él en los preámbulos sólo encontramos enunciados «descriptivos». De esos enunciados no cabe deducir normas. Su conclusión es, por tanto, que los preámbulos no tienen valor normativo. La distinción entre disposición y norma le lleva a él a un resultado opuesto al nuestro. La razón es que él identifica tipo de lenguaje con función del lenguaje. En cambio nosotros como ya vimos sostenemos que cabe realizar la función prescriptiva mediante un lenguaje descriptivo, aunque, evidentemente, no solo y exclusivamente a través de él.

<sup>11</sup> «La falta de correspondencia entre disposición y norma e incluso, la existencia de verdaderas normas sin una disposición que les sirva de soporte es un fenómeno harto conocido. Por ello, no cabe negar de plano la posibilidad de extraer normas de un preámbulo. Cuestión diferente es que a menudo ello no sea fácil». DIEZ PICAZO, «Los preámbulos de las Leyes» en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993. p. 188. En el mismo sentido, «Los enunciados del preámbulo son disposiciones, y en cuanto tales normativas, aunque con una intensidad normativa menor que la del articulado». EZQUIAGA, *Concepto...*, *ob. cit.*, p. 36.

término «normatividad»<sup>12</sup>. Y si por normatividad se entiende, siguiendo al autor citado, que las disposiciones de un texto legal son o bien directamente aplicables (valor normativo directo), o aplicables tras construir algunas normas a partir de estas disposiciones<sup>13</sup> (valor normativo indirecto), debemos analizar si de las disposiciones preámbulares cabe predicar tal cosa.

#### 2.4. Valor normativo directo y valor normativo indirecto

El interrogante acerca del valor normativo del preámbulo queda planteado, pues, en los siguientes términos: ¿es posible extraer normas de las disposiciones preambulares?

En primer lugar la doctrina es prácticamente unánime, y coincidimos con ella, en afirmar que las disposiciones preambulares por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no pueden construirse normas a partir *sólo* de ellas<sup>14</sup>. De las mismas no cabe extraer derechos ni deberes para los ciudadanos o los poderes públicos, ni pueden ser consideradas como fuente de competencias para ningún órgano del Estado. Los preámbulos no son aptos para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. Esto quiere decir que los preámbulos, como principio general, carecen de valor normativo directo. Con la excepción del Preámbulo francés, ningún preámbulo constitucional goza, desde el punto de vista jurídico, de valor normativo directo.

258

Ahora bien, las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado.

Los preámbulos tienen así un valor normativo indirecto, en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose –o combinando– tanto de las disposiciones del articulado como de las del preámbulo<sup>15</sup>. Por supuesto

<sup>12</sup> WROBLESKI, *Constitución...*, *ob. cit.*, p. 103.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> ALZAGA, O. *La Constitución española de 1978*, El Foro, Madrid, 1978, p. 69. EZQUIAGA, *Concepto...*, *ob. cit.* p. 37. HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, Planeta, 1980, p. 306. MORODO, R. «Preámbulo», en *Comentarios a las Leyes Políticas* (Alzaga, dir.), Madrid, Edersa, 1983, tomo I, p. 17. PECES BARBA, G. *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 21.

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional ratifica esta tesis del valor normativo indirecto en su senten-

que nos encontramos con unas disposiciones cuya intensidad normativa es menor que las del articulado, pero se trata de una diferencia de grado y de forma.

La diferencia entre las disposiciones del articulado y las del preámbulo reside, pues, en que de las primeras cabe extraer normas sólo de ellas, mientras que las segundas necesitan siempre ser combinadas con aquellas para permitir al intérprete extraer una norma.

Las constituciones actuales, cuyo valor normativo nadie discute ya, constan, por tanto, de dos tipos de disposiciones:

a) Disposiciones de valor normativo directo: de las que por sí solas cabe extraer normas.

b) Disposiciones de valor normativo indirecto: que por sí solas no permiten extraer normas, pero que combinadas, por el intérprete, con las anteriores, contribuyen a la determinación de su significado. A estas últimas pertenecen las disposiciones preambulares.

Las consecuencias que se derivan de esta menor intensidad normativa de las disposiciones preambulares son (y esto es aplicable tanto a la Constitución como a cualquier otro texto normativo), las siguientes<sup>16</sup>:

a) En caso de discrepancia entre disposiciones preambulares y disposiciones articuladas, prevalecen estas últimas.

b) No es posible fundamentar resultados normativos con base exclusivamente en disposiciones preambulares.

c) No cabe declarar la inconstitucionalidad de una ley, con base exclusivamente, en su incompatibilidad con una disposición preambular. Esa posibilidad sólo se da en Francia, y desde fecha relativamente reciente, julio de 1971.

---

cia 36/1981 de 12 de noviembre, F. j. 7. Cuando rechaza el valor normativo de los preámbulos se ve que se refiere al valor normativo directo porque al reconocer que son útiles para la interpretación les está atribuyendo el valor normativo indirecto.

<sup>16</sup> MARTÍN CASALS, M. «Preámbulo y disposiciones directivas» en *La forma de las leyes*, Gretel, Bosch, Barcelona, 1986, p. 78.

## 2.5. Función interpretativa de los preámbulos constitucionales

La problemática de la interpretación constitucional se sitúa dentro de un contexto más amplio: la teoría de la interpretación jurídica, y ocupa en él un lugar destacado. «Para el Derecho constitucional –escribe Hesse– la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento<sup>17</sup>». El objetivo de toda interpretación es siempre el mismo: extraer una norma jurídica aplicable<sup>18</sup>. La interpretación se configura así como la tarea previa e ineludible de todo operador jurídico puesto que toda aplicación de la norma exige el previo esclarecimiento de su significado. El problema es determinar cuál es el contenido efectivo de dicho significado<sup>19</sup>. La doctrina aparece dividida en dos posturas enfrentadas entre las cuales algunos propugnan una argumentación sincrética. Las tesis en pugna son, por una parte, la de quienes erigen la *voluntas legis* como objeto esencial del descubrimiento normativo<sup>20</sup>, y, por otra, los que asignan tal posición a la *voluntas legislatoris*. Los defensores de la primera alegan que, por lo general, la ley resulta, a la postre, ser más inteligente que sus autores<sup>21</sup>. La obra del sujeto se desvincula del mismo y adquiere nueva vida.

Frente a estas posturas, Hesse afirma que el «objetivo de la interpretación sólo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una ‘voluntad’, objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución»<sup>22</sup>. Y ello porque

260

<sup>17</sup> HESSE, K. *Escritos de Derecho constitucional* (traducción de P. Cruz Villalón). Madrid, CEC, 1983, p. 36.

<sup>18</sup> «Como a toda interpretación, a la constitucional se le puede atribuir como objetivo el de determinar el sentido de la norma, la voluntad objetiva (a diferencia de la subjetiva *voluntas legislatoris*) que ésta incorpora». RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 617. CANOSA USERA, R. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid, CEC, 1988, p. 15.

<sup>19</sup> CANOSA USERA, R. *Interpretación...*, *ob. cit.*, p. 16.

<sup>20</sup> «La interpretación se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico. No se propone, pues, la fijación del sentido pensado por el autor de la ley». RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. p. 147. En el mismo sentido LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1980. p. 344.

<sup>21</sup> CANOSA USERA, *Interpretación...* *ob. cit.* p. 16.

<sup>22</sup> «Identificar como ‘objetivo’ de la interpretación constitucional el descubrimiento de la previa voluntad objetiva de la Constitución o del constituyente equivale a pretender dar cumplimiento a algo que no preexiste realmente y, por lo tanto, a equivocarse desde el mismo punto de partida respecto de la problemática de la interpretación constitucional». HESSE, K. *Escritos...*, *ob. cit.*, pp 39-40.

«en los supuestos en que la Constitución no contiene un criterio inequívoco, lo que equivale a decir en todos los supuestos de interpretación constitucional, propiamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión, habiéndose limitado a proporcionar una serie más o menos numerosa, pero incompleta, de puntos de apoyo de aquella<sup>23</sup>». Ahora bien, de la existencia de compromisos apócrifos, por utilizar la terminología de Schmitt, no se desprende sin más que la noción «voluntad del constituyente» sea una ficción. Del hecho de que en algunos casos esté ausente, no se deriva su inexistencia. Es más, sin recurrir a dicha «voluntad del poder constituyente» resulta imposible explicar el origen y nacimiento de una Constitución.

En este contexto corresponde señalar qué papel puede jugar un preámbulo a la hora de interpretar el texto normativo al que precede, qué utilidad presenta el preámbulo constitucional a la hora de interpretar la Constitución, es decir, a la hora de deducir normas jurídicas de sus concretas disposiciones. La respuesta a esta pregunta confirmará la tesis sostenida en el apartado anterior: las disposiciones preambulares están dotadas de un valor normativo indirecto.

En este sentido importa subrayar lo siguiente. Dado que en los preámbulos se halla sintetizada la expresión de la voluntad del autor de la norma —síntesis que se independiza u objetiva de dicha voluntad—, y en tanto en ellos se recogen los fines u objetivos por los cuales el legislador actuó y para lograr los cuales lo hizo de determinada manera, consideramos que los textos preambulares pueden desempeñar un papel fundamental para la interpretación tanto psicológica como teleológica de cualquier texto normativo, incluida, por supuesto, la Constitución.

Ahora bien, lo anterior no debe hacernos olvidar que es preciso relativizar, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la importancia de este valor interpretativo de los preámbulos, dado que el intérprete no se halla vinculado por ningún canon concreto de interpretación. En general, podríamos concebir los preámbulos, en dos sentidos diversos:

a) Como canon hermeneútico principal y vinculante, es decir, como primer criterio de interpretación, y de carácter vinculante, dado que supone

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

una positivación del sentido, objetivos y finalidad del texto al que precede. Entonces, el valor jurídico del Preámbulo como criterio interpretativo se resume en la afirmación siguiente: las disposiciones normativas estructuradas en los artículos que siguen a continuación deben ser necesariamente entendidas de tal modo que consigan los objetivos descritos en el Preámbulo.

b) Como un canon hermenéutico más, teleológico o sicológico, a utilizar libremente en la interpretación.

Este último es el valor interpretativo que debe atribuirse a un Preámbulo constitucional, y ello por las siguientes razones:

a) Si se atribuye al Preámbulo el carácter de elemento interpretativo vinculante se está diciendo que las disposiciones articuladas sólo pueden ser entendidas en el sentido que de él se desprende. Se limita así la libertad del intérprete y se excluyen o, como mínimo, se colocan en una posición subordinada, los demás criterios de interpretación.

b) Además del criterio teleológico, todos los ordenamiento establece otros cánones hermenéuticos los cuales no aparecen clasificados en un orden jerárquico de prelación, ni tienen el carácter de *numerus clausus*.

c) El intérprete no debe utilizar simultáneamente todos los criterios hermenéuticos, sino que es libre de utilizar aquellos que considere más convenientes para conseguir una recta interpretación de la norma concreta.

La doctrina española que ha rechazado mayoritariamente el valor normativo de los preámbulos ha sido sin embargo consciente de esta función interpretativa. Así, por ejemplo, el profesor Alzaga ha escrito: «El preámbulo, en cuanto declaración solemne de intención que formula colectivamente el poder constituyente, se sitúa en lugar muy destacado entre los elementos de que puede servirse el Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales ordinarios a la hora de la búsqueda de una interpretación auténtica de determinado precepto de la Constitución <sup>24</sup>».

<sup>24</sup> ALZAGA, O, *Constitución española de 1978*. El Foro, 1978, p. 69. En el mismo sentido, MORODO, R. «Preámbulo» en *Comentarios a las Leyes políticas* dirigidos por O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1985. Tomo I, p. 18. HERNÁNDEZ GIL, A. destaca la utilidad del Preámbulo constitucional «para la explicación de las normas», pero rechaza su valor normativo. *El cambio político...*, *ob. cit.*, p. 306.

Examinado así el problema del valor jurídico de los Preámbulos constitucionales procede examinar las funciones políticas que dichos textos desempeñan.

### **III. Función política de los preámbulos constitucionales**

Desde un punto de vista político dos son las funciones principales que cabe atribuir a un Preámbulo constitucional. En primer lugar una función de síntesis: los preámbulos sintetizan la «decisión política fundamental», por utilizar la expresión clásica de Schmit, en que toda Constitución consiste. En segundo lugar, los preámbulos presentan también una faceta o dimensión simbólica que los convierte en factores de integración nacional, en tanto que la asimilación de los textos preambulares contribuye a la potenciación del sentimiento constitucional.

#### **3.1. Los preámbulos constitucionales como síntesis de la «decisión política fundamental» de un pueblo**

Corresponde a Carl Schmit la atribución de esta importante función política a los preámbulos constitucionales. Como es de sobra conocido, junto con Herman Heller y Rudolf Smend, Schmitt es uno de los autores más representativos de la reacción contra el extremado formalismo jurídico en que había desembocado la dogmática alemana del derecho público (Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen).

La clave de su obra reside en el decisionismo. Para Schmitt la Constitución es decisión, no norma. «La esencia de la Constitución no está contenida en una ley o norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente<sup>25</sup>». El fundamento de la Constitución reside, por tanto, no en la razón sino en la voluntad.

La Constitución se establece mediante un acto del poder constituyente<sup>26</sup>. «La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones

---

<sup>25</sup> SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución* (versión española de Francisco Ayala), Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 47.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 66.

cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior<sup>27</sup>». Mediante un acto, pues, de una voluntad preexistente, la voluntad de un pueblo, se establece la Constitución. «Siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución<sup>28</sup>». Este acto de la voluntad nacional, esta decisión fundamental, tiene por objeto la forma y el modo de la unidad política. Unidad política que, por tanto, no surge por la Constitución, no es consecuencia o efecto de ella, sino antes bien, su fundamento o causa.

Este planteamiento, que trata de superar el hueco formalismo en que se hallaba la Teoría del Estado, conduce al intento de captar el concepto de Constitución, no mediante un análisis de sus partes integrantes, sino a través de una intuición esencial que la revele como una totalidad en función de la cual se expliquen luego las partes componentes.

La idea de totalidad se logra con el concepto de «decisión política fundamental». Ella impide la disolución de la Constitución en un complejo inconexo de normas. Ella garantiza la unidad ontológica y jurídica de la Constitución. «Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución<sup>29</sup>».

264

Schmitt ilustra sus tesis con ejemplos de la época. Así, analizando la Constitución alemana de 1919, afirma que la decisión política fundamental en ella afirmada, es la hecha a favor de la democracia, del federalismo y del liberalismo. En esta triple decisión consiste la Constitución de Weimar, todo lo demás son meras leyes constitucionales. Lo que importa subrayar en orden a nuestro tema es que, dicha decisión, según Schmitt, se halla, en buena parte, contenida en el Preámbulo constitucional.

El concepto de Constitución como decisión política fundamental lleva, por tanto, a Schmitt, a otorgar una importancia capital a los preámbulos constitucionales y a las declaraciones de principios. Estos textos, menospreciados, subestimados por el Derecho Constitucional clásico, pasan a conver-

---

<sup>27</sup> Ibid., pp.45-46.

<sup>28</sup> Ibid., p. 46.

<sup>29</sup> Ibid., p. 47.

tirse ahora en elementos fundamentales no sólo para la construcción científico-jurídica sino también para la aplicación de los preceptos constitucionales. «Las Constituciones del Reich de 1871 y 1919 contienen preámbulos en que la decisión política se encuentra formulada de manera singularmente clara y penetrante... El preámbulo de la Constitución de Weimar contiene la declaración auténtica del pueblo alemán, que quiere decidir con plena conciencia política como sujeto del poder soberano<sup>30</sup>». En tanto en cuanto, frecuentemente, dichas declaraciones y preámbulos contienen las decisiones políticas fundamentales del poder constituyente, son ellos los que dotan de sentido al resto de preceptos y leyes constitucionales. «La Constitución de Weimar de 11 de Agosto de 1919 se apoya en el poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el Preámbulo: ‘El pueblo alemán se ha dado esta Constitución’<sup>31</sup>.

Prescindiendo de las connotaciones políticas de las tesis de Schmitt podemos suscribir las palabras del maestro García Pelayo: «No es cuestión de hacer aquí unas reflexiones críticas sobre el decisionismo, ni sobre la distinción tajante entre Constitución y leyes o normas constitucionales. Diré solamente que, aun partiendo del supuesto de que todos los preceptos incluidos en el texto constitucional son proposiciones igualmente vinculatorias, hoy no parece dudarse de que no todas son de la misma especie, rango, efectividad, o capacidad engendradora o acuñadora de otras normas<sup>32</sup>». La distinción es deudora de la obra schmittiana.

En la doctrina española el profesor Pérez Serrano se hizo tempranamente eco de las tesis schmittianas y destacó, en estos términos, el valor político de los preámbulos constitucionales: «En tesis general, y aun cuando alguien crea que éste se refiere a hechos históricos, tiene una alta significación, pues es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a que precede y viene a ser algo así como el prelude donde se contienen los motivos capitales de la ley fun-

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>32</sup> GARCÍA PELAYO, M. en «Epílogo» a la *Teoría de la Constitución* de Schmitt. ob. cit. p. 376.

damental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, y en otras análogas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entrañaba el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste según modernas opiniones<sup>33</sup>.

La teoría de la «decisión política fundamental» ha calado también en la doctrina española actual. En ella se percibe una clara tendencia a encontrar la norma constitucional básica, la decisión política fundamental, en la norma de apertura del texto constitucional. Esto es, en el artículo 1.1. que dice «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político». Ahora bien, como señala el profesor Torres del Moral, el denso contenido normativo implícito en el artículo 1.1. se halla de forma ejemplarmente sintetizado en el Preámbulo de la Constitución<sup>34</sup>.

266

El concepto de decisión política fundamental encaja, por lo demás, sin ninguna dificultad, en todos aquellos textos preambulares que recogen la palabra «voluntad». Esta es la palabra clave. En el Preámbulo constitucional, el Pueblo o la Nación proclaman, en uso de su soberanía, como titulares del poder constituyente su voluntad.

Ahora bien, lo anterior no debe hacernos olvidar lo expuesto en la primera parte de este estudio: las disposiciones preambulares carecen de valor normativo directo. Y puesto que toda decisión carece de eficacia jurídica si no es también norma —y esto es algo que parecía olvidar Schmitt—, hemos de sostener que la decisión en cuanto tal se halla contenida en el articulado. Lo que encontramos en el Preámbulo es, pues, el resumen de esa decisión, la síntesis de la misma. La lectura de esa síntesis, por su claridad y precisión, nos permite captar inmediatamente la totalidad de la Constitución. Los preámbulos constitucionales nos anuncian que nos encontramos ante el orden ju-

<sup>33</sup> PÉREZ SERRANO, N. *La Constitución española (9-XII-1931)*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 51-52.

<sup>34</sup> TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 3a edición, 1992. Vol I, p. 42.

rídico fundamental de la Comunidad (Hesse) y nos presentan dicho orden como una unidad de sentido. Los preámbulos, en cuanto introducción del texto articulado, nos anticipan ya su contenido con palabras de gran belleza. Se trata de solemnes cartas de presentación de la nueva Constitución. Nos ponen de manifiesto el sentido último de todo el texto, los presupuestos filosóficos e ideológicos de que parte, en una palabra, nos anticipan el espíritu de la Constitución.

El valor político de los textos preambulares es pues notable. En ellos se condensa el espíritu del constituyente, se objetiviza el espíritu de la Constitución. De esta manera su valor político trasciende su mero valor jurídico. En cuanto sus disposiciones sintetizan el contenido del articulado cabe afirmar que, por remisión, todas ellas adquieren un valor normativo, no ya meramente indirecto. Ahora bien, esta afirmación exige ser verificada, es decir, requiere analizar si todas las disposiciones preambulares hallan reflejo en el articulado. Es menester comprobar si en verdad el contenido de un Preámbulo constitucional determinado se halla proyectado en el correspondiente texto articulado.

### **3.2. Los preámbulos constitucionales como factores de integración nacional**

Corresponde a Rudolf Smend la elaboración de una de las más sugestivas teorías constitucionales, la Constitución como integración, que se enmarca, como es sabido, en el mismo contexto que la teoría schmittiana ya expuesta: la reacción contra el extremado formalismo en que había caído la dogmática del derecho público alemán.

En una breve obra titulada «Constitución y Derecho Constitucional» y publicada en 1928, Smend expone su célebre teoría de la integración. El profesor alemán expone una visión dinámica del Estado según la cual éste es resultado de un proceso de creación continuo que se cumple mediante las tres típicas integraciones: personal, funcional y real. «El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en

duda<sup>35</sup>». Sobre esta base construye Smend el concepto de integración: «El Estado no constituye en cuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración<sup>36</sup>».

El concepto de integración conduce a Smend a una concepción unitaria y totalizadora de la Constitución. La Constitución es el orden jurídico del total proceso de integración en que el Estado consiste, es esencialmente un «orden integrador»<sup>37</sup>. La conclusión que de esto se extrae es similar a la deducida del concepto schmittiano de Constitución: la constitución no puede disolverse en un complejo de normas, sino que es una unidad que actúa como ley vital de algo absolutamente concreto, y cuya esencia, por tanto, está más allá de su carácter técnico jurídico.

268

Los diferentes tipos de integración que Smend considera son los siguientes<sup>38</sup>:

a) Integración personal.<sup>39</sup> A esta esfera corresponden ciertas personas o grupos (jefes de Estado, Gobierno, burocracia, etc.) cuya esencia no se agota en su carácter de portadores de competencias o en su calidad de órganos del Estado, sino que constituyen un trozo esencial del Estado mismo, que se hace visible en sus personas como totalidad espiritual y corporal.

<sup>35</sup> SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional* (trad. de J. M. Beneyto Pérez), Madrid, CEC, 1985, p. 61.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 62-63.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 140, 168 y 226. Smend alude al Preámbulo de la Constitución de Weimar: «El contenido del carácter integrador se encuentra asumido en su totalidad en la parte inicial de la Constitución de Weimar, es decir, en los apartados del Preámbulo».

<sup>38</sup> Hay que advertir que ninguno de los fenómenos incluidos en cada uno de los tipos de integración pertenece, de manera exclusiva o pura, al grupo en cuestión. SMEND, R. *Constitución...*, *ob. cit.*, p. 92.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 70-77.

b) Integración funcional.<sup>40</sup> A ella pertenecen todas las especies de forma de vida colectiva de una comunidad, y en particular todos los procesos cuyo sentido es producir una síntesis social, desde un desfile militar hasta un debate parlamentario.

c) Integración material. En este tercer tipo de integración vamos a centrar nuestra atención, puesto que consideramos que un Preámbulo constitucional cumple una función de integración material<sup>41</sup>. La integración material se opone a la integración personal y a la funcional en tanto estos últimos son, únicamente, modos de integración formal. A este respecto Smend escribe: «Es cierto que no existe, en última instancia, ningún modo de integración formal sin una comunidad material de valores, del mismo modo que no es posible la integración a través de valores sustantivos si no existen formas funcionales. Pero generalmente predomina uno de los dos tipos de integración... A los tipos de integración que consisten en momentos formales (personales y funcionales)... se oponen radicalmente aquellos tipos de configuración de la comunidad que se basan en valores comunitarios sustantivos<sup>42</sup>».

A la integración material o real pertenecen todos aquellos fenómenos que significan participación de los individuos en un contenido de valores estatales. Entre estos destacan todos los símbolos<sup>43</sup> que materializan el contenido axiológico del Estado y hacen sencillo su conocimiento.

«Un punto clave de la moderna teoría del Estado es la consideración de que el Estado se basa en la consecución de objetivos comunes, o, por lo menos en que dichos fines justifican la existencia del Estado<sup>44</sup>». Los mencionados fines y objetivos, como acabamos de ver, suelen hallarse recogidos en los preámbulos constitucionales y en tanto que aquéllos son factores de integración real, los preámbulos en cuestión adquieren el mismo carácter.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 78-92.

<sup>41</sup> La idea la formula SMEND en relación con el Preámbulo de la Constitución de Weimar.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 92-93.

<sup>43</sup> «La Constitución, o más exactamente sus fórmulas concretas, tienen carácter de símbolos jurídicos, contienen expresiones que pueden transmitirse en la vida diaria a los juristas y en general a los ciudadanos». LUCAS VERDU, P. *El sentimiento constitucional*. Madrid, Reus, 1985, p. 129.

<sup>44</sup> SMEND, R. *Constitución...*, ob. cit. p. 93.

Como ya vimos los preámbulos constitucionales suelen contener el techo ideológico del régimen, sintetizan todo su contenido axiológico, y cumplen esta función de un modo asequible para todo ciudadano. El pueblo, interiorizando y asimilando el texto preambular de una Constitución, penetra sin dificultad en la esencia de ésta y en la medida en que gracias a este sencillo acercamiento se identifica con la Constitución, aunque le sean desconocidos los preceptos concretos del articulado, queda integrado en el sistema político. Es paradigmático en este sentido el caso del Preámbulo de la Constitución de los EEUU que todos los jóvenes norteamericanos aprenden de memoria en la escuela. La adhesión de los ciudadanos al Preámbulo, texto de fácil comprensión, es expresión de un sentimiento constitucional que ha de interpretarse como identificación del pueblo con la Constitución en su conjunto aunque le resulte desconocido su concreto articulado. La idoneidad del texto preambular para suscitar esta identificación hace de él un factor de integración material de primer orden.

De lo anterior cabe extraer algunas conclusiones sobre la posible utilización de los preámbulos constitucionales para la enseñanza de la Constitución y la potenciación del sentimiento constitucional.

270

Frente a la poca atención que se ha prestado a los preámbulos constitucionales, mantenemos que una enseñanza de la Constitución preocupada por los aspectos axiológicos, culturales e históricos del fenómeno constitucional no puede prescindir de ellos. Una enseñanza de la Constitución que aspire a acercar ésta al ciudadano medio necesita recurrir al Preámbulo constitucional dada la mayor facilidad de comprensión de los conceptos allí recogidos.

La importancia de la educación política y de la enseñanza de la Constitución no puede ser inadvertida. Dicha importancia aumenta conforme se incrementa la ambición transformadora de un texto constitucional. «Las Constituciones que apuntan a metas sociales ambiciosas exigen a los ciudadanos una elevada conciencia o religiosidad civil, una dedicación a intereses superiores<sup>45</sup>». Y es que la enseñanza del Derecho Constitucional no se agota

---

<sup>45</sup> LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento...*, *ob. cit.*, p. 130. Esto es algo que ya está presente en nuestra historia constitucional desde sus inicios en Cadiz, en 1812. Con referencia a éste texto un autor de la época escribía: «Lo que importa es que nuestro Código fundamental, tal cual es, mientras se perfecciona con el tiempo, la experiencia y el estudio, sea amado y respetado por

en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se «insista en la necesidad de que la sociedad se adhiriera a aquélla (a la Constitución), sintiéndola como cosa propia<sup>46</sup>». Resulta imprescindible, pues, acrecentar la adhesión a la Constitución y a lo que representa<sup>47</sup>. Una enseñanza adecuada del texto constitucional puede ser una contribución notable para la consecución de este fin. En este sentido, podemos hacer las siguientes consideraciones<sup>48</sup>:

a) La necesaria implantación en una sociedad determinada de un auténtico sentimiento constitucional exige como tarea inexcusable ubicar la enseñanza de la Constitución en las enseñanzas primaria y secundaria. Ahora bien, por la índole específica de sus destinatarios y de los profesores que la imparten no puede pretenderse en modo alguno la explicación técnico-jurídica del régimen político, sino que lo que ha de intentarse es la transmisión del telos de la Constitución, de los principios ideológicos fundamentales que la informan. Para este fin los preámbulos constitucionales –siempre que cumplan las funciones políticas anteriormente analizadas– se configuran como instrumentos de gran utilidad puesto que la comprensión de sus enunciados no ofrece grandes dificultades.

b) El objeto de esta enseñanza, por tanto, no reside en el texto articulado de la Constitución, lo cual es materia de la correspondiente asignatura de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, sino en las ideas básicas de Estado de Derecho, convivencia democrática, soberanía del pueblo, etc.

Por lo que se refiere a la doctrina española, la utilidad del Preámbulo constitucional para la enseñanza de la Constitución, para la potenciación

---

los españoles con una especie de culto; no permita que se viole jamás, aun en el que parezca más insignificante de sus artículos, y que todos los buenos españoles estén prontos a defenderle aunque sea arriesgando su sangre. La Constitución, toda la Constitución sin excepción, debe ser la voz de guerra de los ciudadanos de España siempre que se ataque su ley fundamental (SALAS, R. *Lecciones de Derecho público constitucional para las Escuelas de España*. Madrid, CEC, 1982)». En este sentido la Constitución de 1812 disponía en su artículo 368: «El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas». El artículo 148. 3 de la Constitución de Weimar, por su parte, disponía que cada escolar recibiese al terminar la escuela un ejemplar de la Constitución. Naturalmente esto por sí es insuficiente, es menester exponer el espíritu del texto que se entrega.

<sup>46</sup> LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento...*, ob. cit., p. 70.

<sup>47</sup> JUSTO LÓPEZ, M. *El mito de la Constitución*. Buenos Aires, A. Perrot, 1963.

<sup>48</sup> Lucas Verdú, P. *El sentimiento...*, ob. cit., p. 134.

del sentimiento constitucional, no es una idea nueva. La relación entre la enseñanza de la Constitución y el Preámbulo constitucional fue ya puesta de manifiesto en los debates constituyentes. En el transcurso de los debates que precedieron a la aprobación de la Constitución española de 1978, el escritor y economista, José Luis Sampedro, en su calidad de senador de designación real, remitió al Presidente de las Cortes constituyentes, Antonio Hernández Gil, una carta en la que resaltaba la importancia de que la Constitución fuera aprobada precedida de un Preámbulo. La defensa de este texto introductorio se hacía en los siguientes términos: «Debería lograrse un texto lapidario capaz de motivar el juicio positivo de los ciudadanos conscientes a la hora del referéndum, porque es claro que no van a analizar toda la Constitución. *Debería servir también como base de comentarios sencillos en las escuelas* y en los medios de difusión. Debería servir, en fin, para demostrar que la Constitución no es sólo (y ya es mucho) un texto jurídico, sino también una palanca motivadora y estimulante para la democracia<sup>49</sup>».

272

Para Sampedro estaba claro que el sentimiento constitucional no consiste en la adhesión entusiasta a éste o a aquél artículo, capítulo o título de una Constitución, sino en la necesaria, firme y sentida vinculación de la ciudadanía con el *telos* de la Constitución. La gran mayoría de los ciudadanos no entiende mucho de los tecnicismos jurídicos del texto constitucional, pero sí comprende que la Constitución nos diferencia de y protege contra la autocracia pasada o futura.

Esta relación entre Preámbulo constitucional y sentimiento constitucional, ya advertida por el senador citado antes de aprobarse el Preámbulo actual, ha sido destacada también por los autores que se han ocupado de comentar el Preámbulo de la Constitución española. Así Morodo escribe: «El valor del Preámbulo es el de ofrecer al intérprete un material de primera mano a la hora de aclarar el sentido de las normas constitucionales y, al mismo tiempo, trazar unas líneas de referencia a los poderes públicos en su labor de actuación y desarrollo de los contenidos de nuestra Constitución. Todo ello sin perjuicio de *la utilidad que puede tener para crear ese 'sentimiento constitucional'* que se da cuando los ciudadanos asumen como propios los principios constitucionales y los incorporan como elemento irrenunciable de

---

<sup>49</sup> HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político español y la Constitución*. Planeta, Barcelona, 1982. p. 310.

la convivencia nacional. Es decir, sin perjuicio de la funcionalidad que puede tener el Preámbulo constitucional como *elemento de socialización política y factor de integración nacional*<sup>50</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Alzaga: «Es de celebrar la existencia de éste lacónico y bien redactado preámbulo, que por su propia naturaleza ha podido abandonar la terminología técnico-jurídica que necesariamente impregna hasta el último rincón el extenso articulado de nuestra Constitución, para emplear un lenguaje directo y *capaz de llegar hasta el último de los españoles*. Y esto es importante y auténticamente positivo, pues no debe olvidarse que la Constitución no es sólo una ley, sino muy especialmente un instrumento de socialización política<sup>51</sup>». Por último, reproduzcamos las palabras del que fuera presidente de las Cortes constituyentes Hernández Gil: «En un entendimiento democrático del poder, el preámbulo enuncia el mensaje que encarna el espíritu y refleja el propósito justificativo de la creación de un orden jurídico nuevo. El preámbulo puede servir para *acercar a todos, de manera sintética e insinuante, el fondo de las determinaciones normativas, su base histórica y sus ideales inspiradores*<sup>52</sup>». La lectura del Preámbulo permite, pues, a la ciudadanía, captar el *telos* democrático y progresista del texto constitucional.

De todo lo anterior podemos extraer la conclusión de que en el caso español el Preámbulo constitucional por expresar, estética y simbólicamente, la ruptura con el ordenamiento autocrático anterior; por sintetizar el *telos* democrático y progresista del texto constitucional; por la facilidad de retener sus formulaciones; y por su excelente construcción literaria, es un instrumento básico para la enseñanza de la Constitución y para la educación cívica. Se configura como un texto idóneo para ser comentado en las escuelas con objeto de fomentar en las jóvenes generaciones un auténtico sentimiento constitucional

Lo anterior es algo que no solamente cabe atribuir al Preámbulo de la Constitución española, sino a todo preámbulo constitucional que cumpla con la función política de sintetizar la decisión constitucional básica y expresar los principios ideológicos fundamentales de un régimen político.

---

<sup>50</sup> MORODO, R. «Preámbulo» en *Comentarios a las Leyes políticas*. Tomo I (dirigidos por O. Alzaga), Madrid: Edersa, 1983, p. 18.

<sup>51</sup> ALZAGA, O. *Constitución española de 1978*. Ed. El Foro, Madrid, 1978. pp 67-68.

<sup>52</sup> HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político...*, ob. cit. pp. 305-306.



## Las razones del precedente en las tradiciones del *common law* y el *civil law*

✍ LUIS M. SÁNCHEZ\*

### Sumario:

**I.** Introducción. **II.** El precedente en los orígenes del *common law*. **III.** Precedente en el *civil law*. **IV.** Algunas cualidades del uso razonable del precedente. **V.** Precedente e interpretación. **VI.** Precedente y razones para el balanceo. **VII.** Precedente y separación de poderes.

### Resumen:

El autor hace un recuento de los orígenes de la institución jurídica del precedente en los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*, para luego analizar algunas de sus características, los problemas derivados de su interpretación, particularmente si se trata de reglas o estándares, y las dificultades que implica para la teoría de la división de poderes.

### Palabras clave:

*Common law*, *civil law*, *stare decisis*, precedente, división de poderes, interpretación jurídica, reglas, estándares.

### Abstract:

The author recounts the origins of precedents as legal institutions in both the common law and civil law systems, so that he can then analyze some of its characteristics, the problems arising from its judicial interpretation, particularly if they are rules or standards, and the difficulties it carries for the theory of separation of powers.

### Keywords:

Common law, civil law, *stare decisis*, precedent, division of powers, judicial interpretation, rules, standards.

---

\* Abogado, maestro en Gobierno y Asuntos Públicos (FLACSO, México, D.F.); profesor de Derecho y Políticas. Ha publicado artículos en *Isonomía* (México), *Doxa* (Alicante), *Politics and the Life Sciences* (Indiana). Es autor de: *Argumentación jurídica y teoría del derecho* (1988); *Argumentación jurídica, un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial* (2004); y *Después del positivismo. Re-sustantivando el derecho* (2011).

## I. Introducción

Se conoce que la doctrina del *precedente judicial* –también llamada doctrina del *stare decisis* es propia del *common law*, lo que no quiere decir que sea extraña a la tradición del *civil law*. En el *civil law*, la autoridad de los casos sentenciados opera usualmente bajo el nombre de *Jurisprudencia constante*, la que tiene singularidades en la manera en que se conforma, pero su fuerza normativa es semejante a la del *precedente* del *common law*. En este ensayo se hace una revisión comparativa de las características sustantivas de ambas tradiciones, lo que constituye un punto de partida necesario para entender mejor la manera en que se configura y se extiende el uso del precedente en el Perú.

## II. El precedente en los orígenes del *common law*

Es usual remitir los orígenes del *common law* a los procesos de conquista de Inglaterra por los ejércitos normandos, al inicio del segundo milenio. En la medida de su desplazamiento por los territorios interiores, los reyes normandos y sus funcionarios se veían llamados a atender los conflictos y peticiones de la gente, lo que trataban de hacer siguiendo las costumbres de cada sitio. Sin embargo, no siempre lograban un entendimiento pleno de las usanzas locales y la gente protestaba. Para aplacar los descontentos, los funcionarios dieron en atenerse a la regla «los casos iguales deben resolverse de la misma forma».

Así se fue originando la doctrina del *stare decisis*, que impone al juzgador la tarea inicial de averiguar cómo se han tratado los casos iguales en el pasado<sup>1</sup> y tener en cuenta los juicios emitidos. Siguiendo este criterio se fueron sumando decisiones que la gente tendía a aceptar, porque daban una cierta seguridad del tratamiento a recibir y suscitaban una expectativa de trato igualitario. Eso afirmaba también el interés del rey de mantener la paz y el orden, sin entrar en conflicto con la gente. El resultado iba siendo la formación de un cuerpo de criterios que los administradores usaban como

---

<sup>1</sup> En su formulación básica la doctrina del *stare decisis* postula tomar en cuenta las decisiones de los antecesores. El *Black's Law Dictionary* se refiere al *stare decisis* como «atenerse a los casos resueltos, respetar los *precedentes*, mantener las adjudicaciones previas». *The Law Dictionary*, Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary, 2nd Ed.

reglas, llamadas poco a poco *common law*<sup>2</sup>, porque se asumían como reglas comunes para el trato entre las diferentes comunidades.

Sin embargo, en la tradición anglosajona el *common law* no agota el derecho. Otro rol importante, y con frecuencia superior al precedente, lo tiene la equidad (*equity*), a cargo en sus orígenes de los cancilleres nombrados por el Rey (*Chancellors*). «Cuando ellos [los cancilleres] confrontan intrincados asuntos de prueba, no miran a la prueba, como hacían sus pares del *common law*. Más bien, ellos basaban sus juicios en preceptos cristianos», expresan Cook y otros<sup>3</sup>.

Vale destacar las razones por las que la *equidad* se fue haciendo necesaria frente al *common law*, pasando a ser en los hechos una fuente de derecho con mérito propio. El canciller Lord Ellesmere lo explicaba de esta manera: «La causa por la que hay cancelería [léase, *equity*], es porque las acciones de las personas son tan diversas e infinitas, que es imposible hacer alguna ley general que puede adecuarse con propiedad a cada acto particular, y no fallar en algunas circunstancias»<sup>4</sup>.

Las decisiones del *common law* parecían mostrarse rígidas frente a la diversidad de circunstancias a atender, y los procedimientos formales (*writs*) para acceder a la justicia del *common law* se volvían cada vez más complicados. La *equidad* se performa entonces como un sistema de justicia que trata de eludir estas dificultades, basado en cierta discrecionalidad del juzgador. Explica al respecto Cook: «En el *common law*, si uno puede probar ciertas cosas, uno tiene un derecho establecido a algo. En contraste, en la *equidad*, el Canciller retiene una discreción para no otorgar un remedio reclamado si piensa que el demandante moralmente no lo merece»<sup>5</sup>.

Ocurrió entonces que mientras las reglas del *common law* se endurecían, la *equidad* ganaba mayor confianza de la gente. Además, no dejaba de plantearse conflictos entre ambas. De hecho el conflicto más trascendente se dio a comienzos del año 1600 entre el Canciller Lord Ellesmere y el Juez

---

<sup>2</sup> Véase, CATRIONA COOK, Robin CREYKE, Robert GEDDES, Ian HOLLOWAY, *Laying down the Law*, Butterworths, Australia, 1996, 4th edition, p. 9. (Las traducciones corresponden al autor, salvo que se indique de otro modo).

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 13.

<sup>4</sup> LORD Ellesmere, citado por COOK *et. al.*, ed. cit., p. 13.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 14.

superior del Tribunal del Rey, finalmente resuelto en una conferencia de los magistrados más antiguos. «La conferencia recomendó –dice Cook– que en caso de conflicto entre los dos, la *equidad* debe prevalecer. Esta es la regla hasta hoy»<sup>6</sup>.

La *equidad* se mantiene, entonces, como un criterio que, en la tradición anglosajona, todas las cortes pueden utilizar. Los jueces pueden aplicar las reglas del *common law* o la *equity*, o ambas, según juzguen apropiado para el caso<sup>7</sup>, Independientemente de cuál sea su nivel o ubicación.

Más adelante, con la formación del parlamento, en el siglo XIII, surgieron las leyes (*statutes* o *acts*), aunque originariamente este tipo de normas se conformaban con los decretos del rey, y con el surgimiento del parlamento se plantea el problema crucial de la separación de poderes. Se plantea, por consiguiente, la cuestión del interjuego que tendría que haber ante todo entre *statutes* y *common law*.

La primera consecuencia de ello es que los jueces del *common law* empiezan a usar las reglas aprobadas por el Congreso, además de las reglas del *stare decisis*<sup>8</sup>. Eso no lleva, sin embargo, a que las reglas estatutarias reemplacen –ni deban reemplazar– al *common law*, entre otras cosas porque una norma general nunca agota la infinidad de casos particulares. El *common law* sigue operando como norma de justicia para los casos específicos. A juicio de Sunstein, esto le da al *common law* una cierta superioridad como medio de adjudicación del derecho: «si las fragilidades humanas y necesidades institucionales son dejadas de lado, los juicios particularizados, basados en las características relevantes de cada caso, representan la más alta forma de justicia»<sup>9</sup>.

Nótese que el reconocimiento de la necesidad y la alta cualidad imperativa de las normas que construyen los jueces con sus decisiones, no equivale a decir que los jueces aprueben normas que tienen la característica de «leyes» generales en el sentido de los *statutes*.

---

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>8</sup> A propósito de las reglas, SUNSTEIN subraya que «El hecho que el *common law* opera por analogía, no significa que no tiene reglas. Más bien está invadido por estas, no menos que los sistemas del *civil law*». Cass R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 78.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 135.

Importa observar también, de acuerdo con lo reseñado, que las innovaciones en el derecho del *common law* se fueron produciendo en conexión con las demandas prácticas de la gente y los criterios que construían los jueces, no tanto por migración o importación de instituciones de la experiencia de otros países. Incluso cuando la tradición del *common law* se extiende a los países colonizados por Inglaterra –conformantes del *Commonwealth* en su gran parte–, esa forma de progreso endógeno del *common law* sufre variantes pero no se altera de modo radical.

Cook resume los rasgos generales del funcionamiento del *precedente* en el *common law* del modo siguiente:

- Cada tribunal está obligado por la decisión de los tribunales superiores en su jerarquía<sup>10</sup>;
- La decisión de una corte en una diferente jerarquía puede ser de considerable peso pero no es obligatoria fuera de esa jerarquía;
- Sólo la *ratio decidendi* (la decisión del juez sobre los hechos materiales) de un caso es obligatoria;
- Cualquier decisión relevante, aunque no obligatoria, puede ser considerada y seguida;
- Los precedentes no son necesariamente abrogados por el paso del tiempo<sup>11</sup>, así como tampoco el paso del tiempo determina de por sí la autoridad del precedente<sup>12</sup>.

De manera que cuando los jueces del *common law* expresan que se están adhiriendo al principio del *stare decisis*, lo que están diciendo simplemente es que han decidido mantener las razones de la decisión en casos anteriores<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> En el derecho anglosajón pueden haber jerarquías separadas. No toda la administración de la justicia conforma una sola jerarquía. Por ejemplo, en el caso de Australia hay las jurisdicciones de las Cortes temáticas como las de familia, relaciones industriales, equivalente en posición a las Cortes Federales. *Cook et al*, ed. cit. p. 362

<sup>11</sup> *Ibíd*, p. 63.

<sup>12</sup> *Ibíd*, p. 75.

<sup>13</sup> *Ibíd*. p. 63.

Esto no implica que los jueces deban decidir basándose sólo en el *stare decisis*, ni que no puedan apartarse de él ni cambiarlo. Como se sabe, el estilo de pensamiento del *common law* tolera la disensión judicial, tan luego como puedan concurrir ciertas circunstancias de justificación que le toca al propio juez evaluar. En Inglaterra, por ejemplo, Garvey Algero anota: «Hoy, las decisiones de las *High Courts*, que son algo comparables a las *Trial Courts* en Estados Unidos, no obligan a otras cortes, sino que sirven simplemente como autoridad persuasiva para otras *High Courts* y las cortes inferiores. Las decisiones de las *Courts of Appeals* obligan a las *High Courts* debajo de ellas en la misma jerarquía y, fuera de circunstancias inusuales, obligan a la *Court of Appeals* a cargo de la decisión. Finalmente, las decisiones de la *House of Lords*, que es más o menos equivalente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, son estrictamente obligatorias para todas las cortes inferiores y para la *House of Lords* en sí misma, aunque la Corte ha establecido una práctica de rechazar *precedentes* cuando se determina que son insatisfactorios, especialmente cuando ellos pueden ser distinguidos»<sup>14</sup>.

Es decir que el sentido de lo «obligatorio» admite variantes de intensidad en el *common law*. La obligatoriedad estricta liga a las diferentes cortes particularmente cuando se trata de las decisiones de la *House of Lords*, la instancia más alta. Sin embargo los propios Loes asentaron en 1966, que «Su investidura reconoce que la adherencia demasiado rígida al *precedente* puede conducir a la injusticia en un caso particular, así como restringir indebidamente el propio desarrollo del derecho»<sup>15</sup>.

Semejante es el caso en los Estados Unidos donde la doctrina del *stare decisis*, así como la estructura jerárquica de las cortes, típicamente requiere que las cortes bajas estén limitadas por las decisiones de las cortes altas de cada jurisdicción<sup>16</sup>. Sin embargo, según recuerda Garvey, en los Estados Unidos, «(...) las cortes típicamente se separan de la estricta adherencia al precedente cuando éste parece estar desactualizado, ‘cuando la regla existente ha producido resultados indeseables’, o cuando ‘la decisión anterior estuvo basada en lo que ahora se reconoce como razonamiento defectuoso»<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Mary GARVEY ALGERO, *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common law Nation*, 65 La. L. Rev. (2005) P. 784-785.

<sup>15</sup> Citado por GARVEY ALGERO, loc. cit. p. 785.

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 768.

También ocurre esto en la tradición australiana, donde se mantiene la flexibilidad en los usos del precedente bajo ciertas consideraciones. Al respecto Cook sostiene que: «Mientras un simple juez en un Estado o territorio de una Corte Suprema, o un juez en una corte inferior debe estar consciente de los valores contemporáneos de la sociedad y lo que una persona común consideraría como apropiada decisión en ese contexto, generalmente hablando los jueces de primera instancia están obligados a seguir a la ‘autoridad obligante’ en la forma de una decisión de una corte de más alta jerarquía sobre un mismo asunto»<sup>18</sup>.

Sin embargo un juez puede decidir no seguir el criterio del superior. «Si el juez decide no seguir tal *precedente*, él o ella deben expresamente distinguir (es decir, explicar de qué modo el caso originario es diferente del caso actual) y por lo tanto [el precedente] es no aplicable»<sup>19</sup>.

¿Qué pasa si el juez no hace expresa la distinción? La decisión es considerada *per incuriam*: es decir, una decisión dada por ignorancia o por olvido, y por lo tanto incapaz de constituirse en precedente vinculante para casos futuros<sup>20</sup>.

Cook remarca un hecho aún más importante: en las decisiones judiciales de las cortes de apelación, los *principios* y las *políticas* juegan un rol que «(...) podría decirse dominante, en adición a la autoridad de las reglas, o la doctrina del *stare decisis*»<sup>21</sup>. Los *principios* y *políticas* están referidas a las creencias políticas, sociales, económicas y culturales contemporáneas, a los valores sociales en general y de los jueces en particular en su manera de comprender la sociedad<sup>22</sup>.

Esto permite que, en el contexto del *common law*, la creatividad judicial no queda excluida, sin que ello autorice a las cortes a practicar un decisionismo puro, ni a comportarse como un órgano legislativo propio. Los jueces tienen la responsabilidad de decidir los casos partiendo del derecho que encuentran, por lo que tienen un deber general y permanente de fundamentar y auto restringirse<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> COOK *et al*, ed. cit., p. 78.

<sup>19</sup> *Ibíd*, p. 79.

<sup>20</sup> *Ídem*.

<sup>21</sup> *Ibíd*, p. 80.

<sup>22</sup> *Ídem*.

<sup>23</sup> *Ibíd*, p. 87.

Cook explica la utilidad social del precedente porque éste no es más que un refinado y formalizado ejemplo del proceso normal de toma de decisiones que busca evitar la arbitrariedad y promover la certidumbre y consistencia. Se parece en eso a lo que las personas hacen de continuo en su propia experiencia, ateniéndose a las soluciones que conocen, hasta tanto no haya evidencias contundentes que las haga cambiar de criterio.

Otro autor, Daniel Farber, considera que la decisión de atenerse al punto de vista de los predecesores tiene ventajas de *eficiencia*: ahorra tiempo y dificultades, ya que volver a discutir los acuerdos y las prácticas en todos los casos, llevaría a la parálisis<sup>24</sup>. Comporta también *humildad*, desde que sería arrogante asumir que solo las generaciones actuales tienen acceso a la verdad. Respetar el *precedente* implica la obligación de considerar con cuidado lo que otros jueces inteligentes y reflexivos pueden haber pensado antes sobre un caso.

También hay ventajas de *igual tratamiento*, desde que sería arbitrario decidir este año un caso de una manera, y de manera opuesta un caso idéntico al siguiente año. Farber explica que la preferencia por la uniformidad no es un imperativo inquebrantable, pero previene de apartarse del *precedente* con demasiada rapidez.

282

La otra ventaja que Farber remarca es la de *Neutralidad*. Cuando un juez decide un caso particular, debe proporcionar razones que tendrán efecto precedencial en casos posteriores, incluso –o sobre todo– para él mismo. Existe un deber moral de neutralidad que le dice al juez: «debo seguir mi *precedente* en el futuro», asumiendo por supuesto que en adelante se le presenten casos iguales o análogos.

Farber añade que, de este modo, el *precedente* concurre bien a los propósitos de estabilidad para gobernar que busca la Constitución. Si las cortes no le dieran especial credibilidad a los *precedentes*, especialmente a aquellos que pueden considerarse fundacionales (*bedrock*), no sólo sería imprudente, sino que ello socavaría los propósitos del constitucionalismo<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Daniel A. FARBER, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 *Minn. L. Rev.* (2005), pp. 1177-1178. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1693>.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pp. 1180-1181.

Eso hace posible también que las cortes sean, en vez de una colección de individuos que cambian cada cierto tiempo en el puesto, una institución capaz de construir un cuerpo de normas. «Esta clase de decisiones, que son familiares a los estudiantes del Sistema del *common law*, están suficientemente estructuradas para proveer estabilidad y coherencia, siendo suficientemente flexibles para permitir la improvisación y el crecimiento»<sup>26</sup>.

La doctrina del *stare decisis* permite entonces preservar la estabilidad, pero también deja espacio para la innovación y la corrección de los errores<sup>27</sup>. Si se mantuviera atada al pasado seguramente perdería aptitud para dar soluciones adecuadas a los nuevos problemas. Tiene plena validez, en relación con esto, el comentario de Richard Posner cuando sigue a Nietzsche, «Los precedentes proporcionan buenas soluciones para los problemas actuales sólo si el presente se parece muy cercanamente al pasado. Si no es así, entonces una persona que ‘sólo repite lo que ha escuchado, aprende lo que es conocido, o imita lo que ya existe’ no será capaz de resolver esos problemas»<sup>28</sup>.

Se podría decir así que *estabilidad* y *apertura* son las dos propiedades con las que el precedente contribuye al gobierno del derecho (*Rule of law*), lo que desde luego no equivale a decir «derecho de las reglas» (*Law of rules*). De esta manera, en la tradición anglosajona, el *precedente* no bloquea radicalmente el contacto con las creencias de justicia de la gente ni con la manera en que se razona en la vida diaria. Esto lo explica Brian Bix: «Dado todos los giros y vueltas del razonamiento del *common law*, uno podría estar tentado de concluir que esta es una forma completamente rara de administrar un Sistema legal, sino fuera por el hecho que el razonamiento del *common law* parece reflejar, en un nivel público, la forma en que la gente desarrolla sus propios principios morales y visiones sobre la vida»<sup>29</sup>.

Ernest Blochse ha referido a ello también, de un modo igualmente convincente: que, de cierto modo, «la práctica inglesa, desarrollada a lo largo de innumerables precedentes, descansa sobre un *commonsense* democrático (...)»<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, pp. 1183-1184.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 1175.

<sup>28</sup> Richard POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, p. 151.

<sup>29</sup> Brian BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, 3d ed. 2004, p. 149. Citado por FARBER, loc. cit., pp. 1183-1184.

<sup>30</sup> Ernst BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, traducción Felipe GONZÁLES Vicén. Clásicos Dykinson, Safekat S.I, Madrid, 2011, p. 179.

Otro aspecto a observar, en la perspectiva constitucional, es que en la tradición anglosajona el derecho constitucional no se guía únicamente por el precedente judicial, sino que considera el *precedente* del Congreso y el del Presidente de la República. Por ello, como dice Farber, hay que resistir la tentación de poner una simple ecuación entre *common law* y *constitutional law*. El Derecho constitucional «no se basa únicamente en precedentes judiciales a la manera del *common law*... otras formas de historia constitucional también juegan un importante rol... *Precedentes* no judiciales también son importantes... Una línea consistente de interpretación por el Congreso y por el Presidente también merece respeto»<sup>31</sup>.

Esto es así, entre otras cosas, porque no hay forma de inferir los límites precisos de actuación de los poderes, como Madison ya lo mantuvo en su época. En *The Federalist N° 37*, Madison escribió: «la experiencia nos instruye que ninguna destreza en la ciencia del gobierno ha sido capaz todavía de discriminar y definir, con suficiente certidumbre, lastres grandes provincias del legislativo, el ejecutivo y el judicial; o incluso los privilegios y poderes de los diferentes brazos del legislativo».<sup>32</sup>

284

Se tiene entonces que concluir que la doctrina del precedente se interesa en mantener un cierto vínculo de lo judicial con la política y con la sociedad. Por eso es que en casos paradigmáticos de la discusión norteamericana, ha habido confluencia de criterios entre los poderes del Estado. Farber recuerda, a propósito de ello, que las consideraciones de las cortes norteamericanas post *New Deal* recibieron el apoyo del Presidente y el Congreso por un buen periodo. De la misma manera el mandato de integración del caso Brown fue refrendado por el Congreso y el Presidente en la *Civil Rights Act* de 1964<sup>33</sup>.

### III. Precedentes en el *civil law*

A veces se ha supuesto que el *stare decisis* no forma parte de los criterios de adjudicación en la tradición del *civil law*<sup>34</sup>. Ciertamente no parece ha-

<sup>31</sup> FARBER, loc. cit. p. 1184.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 1186.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 1185.

<sup>34</sup> Véase, VINCY FON, FRANCESCO PARISI, «Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis, *International Review of Law and Economics*». 26 (2006) 519-535.

ber sido así en los orígenes de las democracias europeas debido posiblemente a la enorme influencia de la revolución francesa, que desconfió de las cortes monárquicas de modo radical, y consagró a la ley y al parlamento como únicas fuentes legítimas de soberanía popular.

Eso no significa que el valor de las decisiones de las cortes fuera ignorado. Por ejemplo, Savigny, considerado uno de los autores más representativos del *civil law*, ubicaba las decisiones de los jueces como parte del derecho consuetudinario, punto de vista que ha sido más o menos corriente hasta los años sesenta del siglo XX<sup>35</sup>. Un viraje teórico significativo en este punto de vista, según anota Zaccaria, vino con Martín Kriele (1967), quien constata que «(...) en los sistemas de *civil law*, es tal la influencia de hecho de los precedentes en la orientación de la interpretación y la decisión judicial, que se puede tranquilamente hablar de «vinculación presuntiva»<sup>36</sup>.

Entre los jueces de la tradición continental europea la tendencia ha sido a aceptar la fuerza de los casos anteriores a menudo de manera implícita. Además, en el *civil law* no se suele acudir a la autoridad de un caso simple, sino a la repetición de casos, a lo que generalmente se denomina *jurisprudencia constante*, *costumbre judicial* o a veces *doctrina legal*. Además la fuerza de la jurisprudencia es principalmente interpretativa. En el *civil law*, dice Garvey, «Cuando se considera al *precedente*, las cortes tienden a mirar las decisiones anteriores como simples interpretaciones del derecho, y a menudo son libres de decidir consistentemente con las anteriores interpretaciones de las cortes o rechazarlas».<sup>37</sup>

Se puede concluir entonces, siguiendo a Zaccaria, que en las decisiones de las cortes del *civil law*, «incluso cuando no se atribuye una relevancia formal a los *precedentes*, a las orientaciones jurisprudenciales consolidadas, estas últimas ejercitan de hecho una considerable influencia sobre las decisiones judiciales»<sup>38</sup>. De cierto modo las decisiones de las cortes se asumen como obligatorias sobre todo para las cortes inferiores, aunque la «obligatoriedad»

---

<sup>35</sup> Véase, Giuseppe ZACCARIA, «La jurisprudencia como fuente de derecho: Una perspectiva hermenéutica», en ISONOMÍA No. 32 / Abril 2010, p. 95 y ss.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>37</sup> GARVEY ALGERO, *loc. cit.* p. 787.

<sup>38</sup> ZACCARIA, *loc. cit.* p. 98.

tiene connotaciones diferentes según los casos. Eso ocurre particularmente cuando hay un nivel de consistencia entre varios casos sentenciados.

En Francia, detalla Garvey, no hay obligatoriedad formal de seguir la decisión judicial previa. De hecho se puede decir que hay una regla opuesta: está prohibido seguir un precedente sólo porque es un *precedente*. Esto, sin embargo, no significa que las decisiones de los tribunales más altos no tengan fuerza para las cortes bajas.<sup>39</sup>

En Italia el caso es parecido. Ningún precedente puede ser considerado estrictamente obligatorio, porque el sistema legal no está basado en el precedente como principio formal. Los precedentes no son considerados fuente del derecho<sup>40</sup>. Sin embargo, las decisiones de las cortes superiores de todos modos tienen gran influencia orientadora para las cortes inferiores cuyas decisiones son apelables. Las cortes inferiores pueden adoptar una posición diferente sobre el asunto, sin embargo, se espera que expliquen adecuadamente las razones por las cuales no toman en cuenta los criterios de las superiores. «Las cortes inferiores tienen un derecho, no una obligación, para aplicar las reglas precedentes»<sup>41</sup>.

286

En España uno de los principios del derecho es que ‘el juez está obligado por las leyes y no por el precedente’. La jurisprudencia, o el precedente, no están listados en el Código Civil como una de las fuentes del derecho, a la manera de la legislación, la costumbre y los principios generales del derecho. Sin embargo, el artículo 1(6) del Código Civil reconoce que «la jurisprudencia de las cortes complementa el orden legal con la doctrina que, de manera constante, puede ser establecida por la Corte Suprema, al interpretar la legislación, la costumbre y los principios generales del derecho».<sup>42</sup>

La proximidad entre el sistema legal europeo y el anglosajón en los usos argumentativos del precedente y la jurisprudencia, es en tal sentido, grande, como lo corroboran importantes estudios como el dirigido por

---

<sup>39</sup> GARVEY ALVERO, loc. cit., p. 787.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, pp. 789-790.

<sup>41</sup> *Ídem.*

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 791.

MacCormick y Summers del año 1997<sup>43</sup>. No por ello dejan de haber diferencias. Una de ellas se da en los estilos de razonamiento judicial. En general, según observa Bell<sup>44</sup>, los operadores del *civil law* parecen suponer que a quien debe convencer la solución legal es a los especialistas, a los magistrados del tribunal o a los jueces inferiores; no tanto a la sociedad. En adición tienen cierta preferencia por el uso de argumentos de carácter apologetico (defender una posición) y polémicos (atacar un punto de vista), antes que acudir a argumentos persuasivos, dirigidos a convencer a un auditorio.

Se tiende a suponer por ello que el precedente establece un derecho que no admite dudas<sup>45</sup>, y se asume una cierta jerarquía formal entre precedentes, de acuerdo con el órgano que los emite. Ello no significa que en los países del *civil law* los operadores dejen de prestar atención al caso específico o incluso al sentido de justicia. «Sólo cuando se le imponen argumentos de fuerza tales de hacer cesarla presunción a favor del precedente, el juez deberá ponderar nuevamente las cuestiones ya decididas con anterioridad y retomar entonces el examen del contexto efectivo del caso específico», anota Zaccaria<sup>46</sup>. John Bell confirma esta opinión, comentando el estudio de MacCormick y Summers: «[L]o que emerge de los reportes nacionales es que los jueces no responden bien a los dictados jerárquicos de las cortes superiores. Como todos los profesionales, ellos están influenciados por el propósito de hacer justicia a los ciudadanos antes que por el respeto a un orden, incluso en los sistemas burocráticos que existen en la mayoría de países del *civil law*»<sup>47</sup>.

Significativamente, una Constitución como la Alemana establece en su artículo 20, que los jueces están subordinados a «las leyes y el derecho» (*Gesetz und Recht*), no tanto a los superiores jerárquicos<sup>48</sup>.

Esto hace que en los hechos la comunidad legal del *civil law* es más amplia que la conformada por los jueces, indica Bell. La comunidad legal

---

<sup>43</sup> Véase, Neil MACCORMICK & Robert S. SUMMERS, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Edited by D. Neil MacCormick & Robert S. Summers. Aldershot: Dartmouth Publishing Co. Ltd. 1997

<sup>44</sup> John BELL, *Comparing Precedent*, 82 Cornell L. Rev. 1243 (1997), p. 1252. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss5/13>.

<sup>45</sup> ZACCARIA, loc. cit. p. 98.

<sup>46</sup> ZACCARIA, loc. cit. p. 99.

<sup>47</sup> J. BELL, loc. cit. p. 1252.

<sup>48</sup> Ídem.

abarca no solo a las cortes sino a los profesionales del derecho, escritores y académicos doctrinarios, a los órganos de gobierno que diseñan el derecho así como los organismos no gubernamentales involucrados en hacer y aplicar el derecho, y no se debe perder de vista que las decisiones de las cortes se dirigen a todos ellos<sup>49</sup>. Es notorio que en países como Francia o Italia, los autores y académicos tienen influencia notable en los jueces, o incluso tienen preeminencia para performar las decisiones jurídicas, en particular en el derecho privado.

Se puede decir, entonces, que si en el *common law* los jueces inferiores deben seguir el precedente, a menos que haya buenas razones para distinguir el caso, en el *civil law* el precedente es tratado como una de las razones para la decisión, lo que es particularmente cierto en materias diferentes a la penal en donde opera un principio de legalidad estricta en la determinación del tipo y de la pena. En ambos casos el resultado práctico es semejante: el precedente es tratado como una norma que puede ser derrotable en presencia de nuevas razones.

288

Este es el punto de vista que surge del estudio de MacCormick y Summers, resumido por Bell de la siguiente manera: «[L]os reportes sobre Alemania e Italia sugieren que la existencia de una decisión anterior de la Corte nacional más alta, altera la carga de la prueba. La carga está ahora en quienes disputan la corrección del *precedente* y se interesan en producir argumentos convincentes para derrotarlo. El efecto práctico de esto es muy similar a la racionalidad de las cortes del *common law* de no cambiar sus propios *precedentes* con demasiada prisa»<sup>50</sup>.

En el *civil law* las decisiones precedentes contribuyen a la justificación del caso concreto, lo que no evita la necesidad de emprender discusiones sustantivas sobre lo que debe considerarse correcto<sup>51</sup>.

La conclusión que Bell obtiene de esto es que el precedente parece ser una característica de cualquier sistema legal en una forma u otra. Ello ocurre porque los ordenamientos tienen que satisfacer un conjunto de valores entre los que se cuentan la consistencia, coherencia, confiabilidad y protección de

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 1253.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 1254.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 1259.

las expectativas de la gente. Los jueces son conducidos a adherirse a las decisiones de sus predecesores, a menos que tengan buenas razones para actuar de un modo diferente: «La complejidad de un sistema legal exige que los precedentes impongan límites sobre las decisiones de los jueces por razones teóricas y prácticas, aunque la forma en que se usan los precedentes depende de varios factores institucionales y constitucionales»<sup>52</sup>.

La afirmación de Bell propiamente resume el punto de vista de MacCormick y Summers según el cual «cualquier sistema jurídico que tiene un sistema jerárquico de fuentes y publica las decisiones de las cortes de un modo apreciable... eventualmente llegará a reconocer los *precedentes* como una fuente mayor de razones autoritativas para la decisión»<sup>53</sup>.

#### **IV. Algunas cualidades del uso razonable del precedente**

De la revisión anterior emerge que los precedentes son un medio necesario para ordenar el funcionamiento del derecho, entre otras cosas porque el conjunto de normas y soluciones se torna inmanejable dentro de cualquier esquema teórico, y sin embargo las decisiones de los jueces deben responder a una cierta coherencia de sentido. Esto significa que hay ciertas condiciones que hacen necesario y por otro lado delimitan la razonabilidad del uso del precedente, las cuales están referidas principalmente a la autoridad del precedente, a sus alcances de obligatoriedad así como a sus formas de interpretación. Sin duda, esto tiene un vínculo directo con el balanceo de reglas y razones y, ultimadamente, con el esquema de separación de poderes.

En lo que se refiere a la autoridad del precedente, el tratamiento que recibe en las dos tradiciones europeas es semejante. Se acepta como criterio que si la corte más alta hace el esfuerzo de resolver aspectos cruciales del derecho y tratan de unificar los esfuerzos de las diferentes cortes, es una falta de respeto e imprudencia que las cortes bajas ignoren el precedente. «El respeto por la jerarquía y la sabiduría de los jueces más altos, requiere que las cortes bajas den algún peso a las decisiones de aquellos. Este enfoque de sentido común se evidencia en todos los sistemas legales».<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 1271.

<sup>53</sup> MACCORMICK y SUMMERS, citados por BELL, *loc. cit.* p. 542.

<sup>54</sup> BELL, *loc. cit.* p. 1255.

Eso no quiere decir que la autoridad de los precedentes sea inviolable. Al respecto el estudio comparativo de MacCormick-Summers detecta tres niveles de autoridad en ambas tradiciones. El primero es el de las decisiones *formalmente obligatorias*, que tienen gran fuerza de prelación y solo pueden ser derrotadas por argumentos del mismo nivel; el segundo es el de las *decisiones más débiles*, que solo ofrecen argumentos para una decisión; y el tercero es el de las *decisiones meramente ilustrativas*. No obstante esa diferenciación, MacCormick y Summers tienden a apreciar la autoridad del *precedente más bien como un continuo antes que como un orden escalonado*.

Bell anota por su lado que, en «La mayoría de casos del *common law* los casos no son realmente obligatorios en sentido estricto, pero pesan de tal modo que pueden alterar la carga de la prueba en los argumentos de la corte; aunque ultimadamente no son decisivos, incluso en las cortes bajas». Las cortes del *common law* tienen disposición para distinguir los precedentes que pueden ser inconvenientes, lo que «se equipara, de algún modo, al fenómeno encontrado en muchos sistemas de *civil law* de muchas cortes bajas que rechazan las decisiones de las cortes altas».<sup>55</sup>

290

Se hace evidente entonces que la razón por la que las cortes inferiores siguen las decisiones de las cortes altas, es más bien de carácter *prudencial* antes que *jerárquica*. Las cortes inferiores deben evitar comportarse de modo temerario, lo que no excluye que puedan apartarse de los fallos anteriores cuando haya razones fundadas. Si tuviesen que adherirse al *precedente* por estrictas razones jerárquicas no cabría en ningún caso el apartamiento. Como resultado, el *stare decisis* no impide la innovación o, si se quiere, la «experimentación» de soluciones por prueba y error, mecanismo de progreso que es tan válido en las ciencias como lo es en el derecho<sup>56</sup>. Desde ese punto de vista el *stare decisis* proporciona una base de continuidad normativa potencialmente apta para asegurar la igualdad en el trato<sup>57</sup>, pero también para tratar la diferencia.

<sup>55</sup> Ídem.

<sup>56</sup> Ver, O.A. HAAZEN, Precedent in the Netherlands, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1 (May 2007), p. 6. En: <<http://www.ejcl.org>>. Daniel Farber, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, loc. cit. p. 1175.

<sup>57</sup> Cfr. Eloy ESPINOSA SALDAÑA, «El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana», en revista *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 1, Universidad de Talca, 2006.

Esto sugiere que la doctrina del precedente no se ata a la uniformización *per se* del Derecho. Lo que busca es la estabilidad prudencial del orden jurídico, dejando margen adecuado para que los jueces puedan distinguir las diferentes situaciones. Más *que* «uniformidad» lo que se busca es *consistencia* en las decisiones, bien entendido que se trata de una consistencia práctica, no tanto *lógica*: *lo que importa es la consistencia en soluciones que serán aceptadas por la gente* en la medida que sean soluciones justas.

En consonancia con lo anterior, los mecanismos por los que la autoridad del precedente se vuelve obligatoria, son también diferentes a los que se usan para hacer cumplir la ley.

A veces las cortes inferiores adhieren voluntariamente a las decisiones de las cortes altas, casi como diciendo «me justifico en lo que dice el superior». Otras veces la obligación de respetar las decisiones se pone de manera expresa por ejemplo, el artículo 65 de la Constitución italiana señala que todas las autoridades públicas (incluyendo las cortes) están obligadas a respetar las decisiones de la Corte Constitucional, caso equivalente al de la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el Perú—no se encarga a las cortes altas la función de «unificar» el derecho.

291

También se suele blindar los precedentes, estableciendo por ejemplo que estos no pueden ser removidos sino con una conformación calificada de la corte o de la reunión (por ejemplo con más integrantes), o a través de procedimientos especiales para que las cortes superiores puedan revisar decisiones autoritativas sobre asuntos ya decididos.

Otro medio de crear obligatoriedad son los reportes oficiales, práctica propia del *common law* pero también usada por las Cortes altas en países como Finlandia, Francia, Alemania e Italia. A partir de su publicación los casos seleccionados en los reportes judiciales<sup>58</sup> adquieren condición de obligatoriedad y deberán ser tomados en cuenta por las cortes inferiores.

Es difícil pensar que en presencia de este tipo de prácticas y normas expresas que demandan obligatoriedad, las cortes inferiores no tomarán en cuenta las decisiones de las superiores. Sin embargo, esto no significa que no

---

<sup>58</sup> Ídem.

tengan la posibilidad de apartarse de las mismas. En la práctica pueden resistirse de varios modos a la aplicación mecánica de los criterios superiores, no solo a través de la distinción sino apelando también a diferentes estrategias de interpretación. Hay que admitir, por ello, que la obligatoriedad de los precedentes opera *prima facie* pero no es invencible.

Eso explica que haya pocas noticias de casos donde la obligatoriedad del precedente se sancione con algún tipo de responsabilidad para el que no sigue el precedente. En las dos tradiciones europeas la obligatoriedad del precedente tiende a basarse en la convicción de los jueces, en la cultura institucional (ocupando el lugar de la «regla de reconocimiento» que correspondería al criterio de Hart), o en los hábitos de respeto a los criterios de administración de justicia que acuña cada tradición jurídica. La obligación de seguir el precedente se asemeja a una obligación jurídica sin sanción que por lo mismo se asemeja más a una obligación moral.

Hay, sin embargo, autores que creen que no dejan de haber sanciones contra los que no siguen el precedente. Legarre y Rivera dicen, por ejemplo, que «en el *stare decisis* vertical se advierte con más claridad la sanción en caso de incumplimiento: si un tribunal se aparta de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada)»<sup>59</sup>. Lo que parece es que en este caso se hace un uso muy lato de la palabra «sanción». Primero porque las cortes superiores no están obligadas a dejar sin efecto la sentencia del inferior: pueden simplemente confirmar el criterio disidente del inferior y su actuación se considerará válida. Segundo, si el superior decide sentenciar de otro modo, estamos ante una diferencia de criterios jurisdiccionales, pero no ante una sanción en sentido propio.

En el *common law*, según lo visto antes, si se encuentra que el inferior se apartó del precedente sin justificar la distinción, la decisión es considerada *per incuriam* y no puede servir de precedente; pero la sentencia no se anula inmediatamente por ese hecho, correspondiéndole a la corte de apelaciones corregirla de ser el caso. En el *civil law* el superior puede dejar sin efecto la decisión disidente anterior pero no está obligado a hacerlo. Si el precedente fuese obligatorio en sentido fuerte —o en sentido jurídico propio—, el superior

<sup>59</sup> Santiago LEGARRE y Julio César RIVERA (h), «Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, pp. 109 - 124 [2006].

y el inferior estarían obligados: el superior a dejar sin efecto o a aplicar cualquier otra medida coercitiva contra el juez inferior, y éste a sufrirla.

## **V. Precedente e interpretación**

Una cosa es decir –para ambas tradiciones– que un precedente –o una jurisprudencia constante– debe seguirse, anota Farber; otra es decir qué significa precisamente seguir un precedente<sup>60</sup>. La existencia de un precedente no excluye para nada la interpretación, teniendo en cuenta, además, como señala Farber, que no se puede convertir la interpretación en un duelo de diccionarios, o en la exquisitez de partir las palabras de la manera más fina<sup>61</sup>. Más atinado es considerar que la interpretación jurídica no persigue la develación del misterio del lenguaje en sí mismo; tampoco la estipulación de significados lingüísticos. Lo que busca es la construcción de soluciones justas para cada caso, de acuerdo con los significados aceptados en cada contexto.

Desde ese punto de vista la discusión sobre los usos del precedente recae en el problema de saber si estos deben ser considerados como reglas o como estándares, o eventualmente como principios. Si los precedentes, dice Farber, son vistos más cercanos al caso o relacionados con los principios generales, entonces se parecen más a estándares legales<sup>62</sup>.

293

Es cierto que, en general, en ambas tradiciones los precedentes tienden a ser tratados como reglas en las cortes más bajas, pero si los jueces, aun los de las cortes inferiores, tienen la posibilidad de distinguir un criterio diferente, significa que en realidad el precedente está funcionando algo más como un estándar, como un criterio para la decisión, antes que como una regla estricta.

Una de las mayores ventajas de considerar a los precedentes como estándares es que, de ese modo, se hace más viable conseguir respaldo mayoritario a favor de ellos<sup>63</sup>. Por otro lado se facilita su aplicación a situaciones análogas, a diferencia de lo que tiende a ocurrir con las *reglas*, cuya aplicación exige delimitaciones más estrictas.

---

<sup>60</sup> Farber, loc. cit. p. 1199.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 1201.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, p. 1200.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, p. 1202.

## VI. Precedentes y razones para el balanceo

El estudio de MacCormick y Summers referido antes soporta la conclusión de que los *precedentes* son tratados, en la práctica, en las dos tradiciones europeas, como razones de peso en la argumentación legal. Son razones privilegiadas en la deliberación de los jueces, frente a casos específicos, en el sentido que no puede prescindirse de ellas: en principio son prioritarias, a menos que puedan oponerse razones más convincentes. No se excluye entonces que el precedente pueda ser derrotado por otra norma, por una ley, o por una nueva y justificada re-interpretación judicial.

Bell puede decir, por ello, que «el precedente supone dar peso a las decisiones judiciales previas, en un proceso de razonamiento que atiende al balance de razones en cada caso. El hecho que una corte superior ha dado una decisión sobre un particular asunto afecta el balance de razones, pero no determina el resultado»<sup>64</sup>.

Este entendimiento no se altera si se asume que el valor del precedente no viene de un caso singular sino de la jurisprudencia constante, aunque esta expresión pueda dar una idea equivocada de la similitud -extraordinariamente rara- entre los casos. Como dicen MacCormick y Summers, lo decisivo son las razones que subyacen al precedente, antes que el hecho del precedente en sí mismo<sup>65</sup> o la repetición del mismo. Lo valioso son las razones que se invocan en el caso o los casos decididos y la idoneidad de su extrapolación al caso por resolverse.

Entonces el precedente parece más un *set* de razones para la decisión antes que una fuente que pueda establecer derecho por sí misma. Se acomoda de esa manera -junto con todo el derecho- a la tesis de la argumentación legal como «caso especial» de la argumentación práctica (Alexy), requerida de producir certidumbre en las decisiones judiciales conforme a restricciones de tiempo y forma. En el final lo que verdaderamente importa, como lo expuso en su momento Perelman, es que el precedente satisfaga las certidumbres del auditorio democrático, y no *únicamente las* de las cortes o del legislador: «Si los jueces tuvieran que justificarse sólo con el legislador a través de su razona-

---

<sup>64</sup> BELL, loc. cit., p. 1256.

<sup>65</sup> D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, *op. cit.*, p. 545.

miento, mostrando que no violan el derecho, sería suficiente que refieran a los textos que están aplicando en su decisión. Pero si en su razonamiento tienen que hacer frente al público general, esto requiere que la interpretación que hagan del derecho sea más consistente con la justicia y el interés público»<sup>66</sup>.

Debe anotarse, además, que asumir el precedente como una razón que no excluye el balanceo con otras razones -incluso políticas, morales o de principio, por más que en el balanceo no todas las razones tengan peso equivalente- choca inevitablemente con ciertas versiones de positivismo ensimismadas en la función de las reglas. Somos guiados -dice Bell- al punto de vista de que la pregunta por lo que sea derecho no puede excluir completamente argumentos morales, y al hacer eso, «al usar el precedente para plantear este asunto, McCormick y Summers performan un servicio invaluable»<sup>67</sup>.

## VII. Precedente y separación de poderes

Algunos autores piensan que la doctrina del precedente se contrapone a la separación de poderes, asunto que es relevante para ambas tradiciones europeas, aunque posiblemente lo sea más para la tradición del *civil law*. En los 80 John Merriman aducía, por ejemplo, que: «(...) la doctrina del *stare decisis* -es decir, el poder y la obligación de las cortes de basar sus decisiones en decisiones anteriores- familiar al *common law*, es obviamente inconsistente con la separación de poderes como se halla formulada en los países del *civil law*, siendo rechazada por estos. Las decisiones judiciales no son derecho. La función del juez, dentro de esa tradición, es interpretar y aplicar 'el derecho' tal como es técnicamente definido en su jurisdicción»<sup>68</sup>.

Es posible que la explicación de Merriman de cuenta de la tradición francesa del siglo XIX, pero no tanto de las prácticas que el *civil law* ha seguido incorporando en los siguientes siglos. Como se dijo antes, la judicatura francesa no deja de tomar en cuenta los casos sentenciados, sin que, por otra parte, esto haya los llevado a sostener que la doctrina de la supremacía del poder legislativo deba ser revisada.

---

<sup>66</sup> PERELMAN, Chaim, *La Motivation des Decisions de justice, Essai de Synthse*, citado por Bell, loc. cit. p. 1261.

<sup>67</sup> BELL, loc. cit. p. 1262.

<sup>68</sup> JOHN MERRIMAN, *The Civil Law Tradition*, 22-23 (2d ed. 1985), citado por Bell, loc. cit p. 1247.

Incluso en el caso de algunos códigos expresos que permiten a las cortes llenar vacíos legales por medio del *precedente* -como en el caso suizo o en el peruano- el conflicto con la separación de poderes no es inevitable. Cuando los jueces completan lagunas normativas, sin duda crean normas y se podría pensar que actúan como «legisladores» especiales; sin embargo, esto no plantea un problema intenso para la división de poderes al menos por dos razones: a) porque las normas que introducen no se postulan como normas generales, ni pueden superponerse a las leyes, ni son inderrotables; b) porque los jueces -como lo recuerda Bell- raras veces hacen uso de esa prerrogativa; la mayoría de veces prefieren apelar a argumentos por analogía.

Se puede concluir entonces que el precedente juega en un espectro de creatividad que va desde los extremos del legalismo atribuible al *civil law* francés, que no le reconoce calidad de fuente normativa -y sin embargo lo usa-, al discursivismo propio de los juicios constitucionales del *common law*<sup>69</sup>, que encumbra al precedente pero tampoco puede prescindir de la ley.

En las dos tradiciones legales europeas, el precedente opera con una fuerza de obligatoriedad relativa, en medio del balance de razones formales y sustantivas que los jueces requieren considerar para su decisión. En la medida en que tampoco se le atribuye la fuerza de una ley de efectos generales, el uso del precedente no plantea un problema especial para la división de poderes<sup>70</sup>. Lo que viene a continuación es preguntarse si esta es también la manera en que el precedente opera en el Perú, y de qué manera nuestros tribunales contribuyen con ello al mejor logro de los fines de la justicia. Habrá oportunidad de volver sobre esto.

---

<sup>69</sup> BELL, loc. cit. p. 1251.

<sup>70</sup> Esto cuando menos en teoría desde que no se excluye las tensiones y desbalances entre poderes que se pueden presentar en la práctica a partir de los usos que los jueces hagan de sus facultades.

## La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional

✍ ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ\*

### Sumario:

**I.** Derechos fundamentales y terceros privados. 1.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la concepción liberal temprana. 1.2. Mundialización y bipolarización de las relaciones de poder. 1.3. Las objeciones de las concepciones liberales hacia la *Drittwirkung*. **II.** La eficacia de los derechos frente a las empresas en las constituciones estatales: una perspectiva comparada España - América Latina. 2.1. Eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales frente a privados. 2.2. La Constitución española de 1978. Un ejemplo de eficacia *indirecta o mediata* de los derechos fundamentales. 2.3. El constitucionalismo latinoamericano y la eficacia *directa o inmediata* de los derechos frente a terceros y a empresas. 2.3.1. La Constitución colombiana de 1991. 2.3.2. Las nuevas Constituciones de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009). **III.** La *Drittwirkung* en el marco de un nuevo constitucionalismo internacional. **IV.** Tomarnos en serio el Derecho Constitucional internacional. **V.** Conclusiones.

### Resumen:

La mutación del capitalismo monopolista de Estado de la segunda mitad del siglo XX al capitalismo monopolista transnacional a partir de la mitad de los años setentas implicó una expansión de las empresas transnacionales. Ello abrió un escenario donde ya no tiene ningún sentido que la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, tanto a nivel estatal como internacional, se reduzcan a actuar solamente contra las posibles vulneraciones de los mismos por parte del poder estatal y no de los terceros privados. El presente artículo analiza el papel de las corporaciones transnacionales como potenciales vulneradoras de derechos humanos y explora nuevos campos de regulación jurídica, en el constitucionalismo estatal e internacional, para garantizar a los ciudadanos mecanismos de defensa de sus derechos frente a estas.

### Palabras clave:

Derechos fundamentales, empresas transnacionales, *Drittwirkung*, tratados internacionales de derechos humanos.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).

**Abstract:**

Mutation from State monopoly capitalism in the second half of the 20th Century to the transnational monopoly capitalism in the mid seventies involved an expansion of transnational corporations. This opened a stage where no longer makes sense that the protection of fundamental rights and their systems of guarantees, both at internal and international level, are limited to take action only against violations made by the State and not by private parties. This article analyzes the role of transnational corporations as potential violators of human rights and explores new fields of legal regulation at both State and international level constitutionalism, to guarantee to citizens defense mechanisms against them.

**Keywords:**

Fundamental rights, transnational corporations, *Drittwirkung*, international human rights treaties.

## I. Derechos fundamentales y terceros privados

La globalización o mundialización puede definirse de manera general como aquella fase del sistema capitalista (fase transnacional del Capital monopolista), en la que las dinámicas de inversión y acumulación se dan, sin ningún tipo de límites, más allá de los Estados, y también por tanto, la integración de los procesos productivos y mercados de trabajo<sup>1</sup>.

298

Ahora bien, ocurre que a la internacionalización, sin límites ni trabas, de los derechos de los inversores y de los grandes propietarios transnacionales no le ha correspondido una globalización de los derechos para la gran mayoría de las personas, del mismo modo que la mundialización de la lógica económica del beneficio privado no ha venido acompañada por la internacionalización de la lógica política de la satisfacción de necesidades básicas y la extensión de garantías de libertad e igualdad.

Todo ello ha llevado a:

- 1) Una crisis del constitucionalismo tradicional, entendido como sistema de límites al poder público y a los particulares con el objetivo de proteger los derechos de los ciudadanos.
- 2) Y, derivado de lo anterior, una crisis de los derechos de los ciudadanos, esto es del acceso de estos a sus derechos: civiles (control social

---

<sup>1</sup> Para un estudio detallado de las fases del capitalismo, ver: A. PIQUERAS. *La opción reformista: entre el despotismo y la revolución*. Anthropos. Barcelona. 2014.

y vulneración de los derecho a la intimidad), políticos (el traslado de los espacios de decisiones de la esfera pública nacional a la esfera internacional privada supone una crisis de las instancias parlamentarias y de la representación política pública), sociales (medidas de austeridad impuestas desde órgano supranacionales y desmantelamiento del Estado social y precarización de la vida), medioambientales (crecimiento infinito en contraposición a recursos finitos), etc.

Frente a este contexto y aceptado este análisis, no cabe duda que existe la necesidad de una reconstrucción estatal y global de un constitucionalismo material y garantista que permita asegurar plenamente la eficacia de los derechos de las personas. Y, entre las figuras que este nuevo constitucionalismo debe incluir, especialmente en un sistema-mundo como el actual caracterizado, entre otros aspectos, por el gran poder adquirido por las empresas transnacionales, está la de la eficacia de los derechos frente a éstas, o lo que también de ha denominado la eficacia de los derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*<sup>2</sup>.

### **1.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la concepción liberal temprana**

No es hasta las últimas décadas del s. XX que empiezan a aparecer en las constituciones normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales. Hasta este momento, los derechos fundamentales sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los particulares.

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el

---

<sup>2</sup> La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se ha denominado con el término «Drittwirkung», pues ha sido estudiada con especial atención por la doctrina alemana.

Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad.<sup>3</sup>

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos.<sup>4</sup>

300

## **1.2. Mundialización y bipolarización de las relaciones de poder**

Esta concepción no tiene ningún sentido hoy, la globalización ha supuesto importantes transformaciones en el campo de poder contemporáneo.

Con la mundialización, comprender los fenómenos de poder general deja de ser asequible en términos sencillos. El concepto originario, feudal, de soberanía (era soberana, según Althusio, la entidad que no reconocía superioridad a otras entidades. La soberanía consistía en poder indiferenciado) es ahora reformulado dando lugar a lo que se ha denominado una *bipolari-*

---

<sup>3</sup> P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)». En M. CARBONELL (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM. México. 2002. p. 693.

<sup>4</sup> *Ibid.*

zación de las relaciones de poder<sup>5</sup>. Nos encontramos ahora dos tipos de poder diferentes:

1. El poder político-estatal (*Estado abierto o permeable*), por lo común un Estado-nación o asociaciones estatales como la Unión Europea (UE), que constituye la antigua instancia que asume el *poder público explícito* y manifiesto de la sociedad, y quien implementa las políticas; y,
2. El *soberano privado supra-estatal difuso*, constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y sobretodo, hoy, de los conglomerados financieros.

Entre las causas de esta bipolarización del poder encontramos el hecho de que el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales sin trabas y las privatizaciones masivas han supuesto el traspaso de muchas decisiones fundamentales de la esfera pública a la esfera privada.

Esto hace que ambos poderes Estado abierto/soberano supra-estatal privado estén inter-relacionados. El poder del soberano privado supra-estatal no es algo autónomo del otro, sino que tiene efectos de naturaleza pública precisamente porque determina las políticas estatales. El soberano difuso no es sólo capaz de imponer sus opciones políticas a los Estados penetrando la voluntad de sus instituciones (instancias como el G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, la OMC, la UE, etc. constituyen mecanismos a través de los cuales el soberano privado puede imponer su voluntad a los Estados), sino que además dificulta llevar a la práctica las políticas decididas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con sus propias opciones. El soberano privado señala el tipo y condiciones de la política económica aceptable para él<sup>6</sup> y el Estado abierto mediante la gestión estatal y la intervención político-administrativa de la actividad económica<sup>7</sup> se

---

<sup>5</sup> J.R. CAPELLA. *Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*. Concejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. pp. 104-105.

<sup>6</sup> Estas hacen referencia al marco de condiciones necesario para el funcionamiento de las compañías transnacionales: para facilitar los flujos del capital financiero, eliminar o graduar incompatibilidades o fronteras tecnológicas, políticas, arancelarias y de cualquier tipo referentes al tráfico de bienes y servicios, y acordar la distribución de los ámbitos de actuación de los diferentes grupos económicos.

<sup>7</sup> Como señaló James Petras: «lejos de ser contrario al estatismo, el capital multinacional exige un Estado activista que desmantele el Welfare State a favor de la mundialización» (J. PETRAS. *El mito de la globalización*. En Ajoblanco (Barcelona). Núm. 105. 1998).

dedican a instrumentar las políticas que le vienen señaladas por la instancia supra-ordenada<sup>8</sup>.

En consecuencia, la aparición en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.<sup>9</sup> Para poner sólo un ejemplo, algunos de los principales violadores de derechos sociales hoy en día son el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Como han puesto de manifiesto diversas resoluciones del Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), a través de sus políticas de privatización de empresas, sin las medidas de seguridad social adecuadas, estos organismos internacionales han tenido graves efectos negativos sobre los derechos sociales de múltiples Estados<sup>10</sup>.

Asimismo, diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (UN), han puesto también de manifiesto el papel protagónico que, en varios países, las empresas transnacionales juegan en el desarrollo de conflictos donde se vulneran derechos humanos<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Sobre esta dualidad de poderes ver: J.R. CAPELLA. *Grandes esperanzas*. Trotta. Madrid. 1996. pp. 161 y ss.. Para el caso de la UE vid. A. GUAMÁN y A. NOGUERA. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Bomarzo. Albacete. 2015.

<sup>9</sup> Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el ya citado caso «Kot» de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958): «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

<sup>10</sup> Ver Observaciones del Comité de DESC: Algeria, E/C.12/1/add 71 (2001); Argentina, E/C.12/1/add 38 (1999); Bulgaria, E/C.12/1/add 37 (1999); Camerún, E/C.12/1/add 40 (1999); Colombia, E/C.12/1/add 74 (2001); Egipto, E/C.12/1/add 44 (2000); El Salvador, E/C.12/1/add 4 (1996); Honduras, E/C.12/1/add 57 (2001); República de Korea, E/C.12/1/add 59 (2001); Nepal, E/C.12/1/add 66 (2001); Holanda, E/C.12/1/add 25 (1998); Nicaragua, E/C.12/1993/14 (1994); Rumanía, E/C.12/1994/4 (1994); Senegal, E/C.12/1/add 62 (2001); Senegal, E/C.12/1993/18 (1993); Islas Solomon, E/C.12/1/add 33 (1999); Venezuela, E/C.12/1/add 56 (2001); Ver también: Comisión de Derechos Humanos. «Report of the Expert Seminar on Human Rights and Extreme Poverty». 7-10 febrero 2001, E/CN.4/2001/54/add 1, para 14. (M. SSENIONJO. «Non-State actors and Economic, Social and Cultural Rights». En M.A. BADERIN y R. MCCORQUODALE. *Economic, Social and Cultural Rights in Action*. Oxford University Press. Oxford. 2007. pp. 109-135).

<sup>11</sup> La resolución 1499 del Consejo de Seguridad (UN Doc. S/RES/1499 (2003), de 13 de agosto), con respecto a la situación de la república del Congo, estableció un grupo de expertos

Ello significa que, procediendo con elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no debería reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos provenientes del poder estatal, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares o actores internacionales que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos.<sup>12</sup>

Esta no es una cuestión nueva, en las décadas de 1960 y 1970 las operaciones de grandes empresas de negocios ya fueron objeto de atención internacional y la necesidad de su regulación emergió como una prioridad dentro de organizaciones como la ONU y otras organizaciones regionales. Códigos de conducta fueron negociados, sin éxito, al nivel de la ONU<sup>13</sup>, y con algún éxito a nivel regional<sup>14</sup>. No obstante, este intento temprano de

---

cuyo informe reconocía que las empresas multinacionales que operaban en el área, especialmente en el desarrollo y explotación de los recursos naturales, tienen un papel protagónico importantísimo en el desarrollo del conflicto en curso en el país, a raíz del cual se producen graves violaciones de derechos humanos. Ya previamente, mediante la Resolución 1306 del Consejo de Seguridad (UN Doc. S/RES/1306 (2000), de 5 de julio), este organismo ya se había manifestado sobre el importante papel de las compañías transnacionales dedicadas a la extracción de diamantes, en el fomento de los conflictos en África, especialmente en Sierra Leona y Angola.

<sup>12</sup> P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». Cit. p. 697.

<sup>13</sup> La Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo y Comercio (UNCTAD) creó un grupo de personas con el objetivo de estudiar el rol de las corporaciones multinacionales en el comercio mundial. De conformidad con ello, una comisión de UN y el Centro de Corporaciones Transnacionales de UN se crearon en 1974. Como resultado se realizó un proyecto de Código de conducta de las corporaciones transnacionales (23 I.L.M. 626 (1984)), que cubrió muchos aspectos diferentes como trabajo, consumidores, mujeres, medio ambiente, corrupción y prácticas de negocios restrictivas. La primera generación de Códigos de Conducta se culminó en 1977 con la Declaración tripartita de principios relativos a las empresas transnacionales y política social, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aunque sus reglas fueron concebidas a la luz de reivindicaciones políticas provenientes de los países desarrollados para instaurar lo que se conoció como Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), también hacían referencia a algunos derechos humanos de los trabajadores, promoción de empleo, libertad de asociación, negociación colectiva, igualdad de oportunidades y trato, seguridad y salud en el trabajo, etc. No obstante, la implementación de este instrumento fue voluntaria y, en la práctica, es muy difícil recordar algún caso de plena implementación por parte de empresas o tribunales. (Sobre esto, ver: J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS. *Global Business Regulation*. Cambridge University Press. Cambridge. 2000. p. 192; A. GIARDINA y G.L. TOSATO. *Diritto del commercio internazionale: Testi di base e note introduttive*. Guiffré. Milán. 1995. pp. 427 y ss.)

<sup>14</sup> A nivel regional, las líneas básicas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) para las empresas transnacionales (40 ILM 237 (2001)) fueron desarrolladas y revisadas como Anexo de la Declaración en Inversión Internacional y empresas transnacionales (2000) (DAFFE/IME/WPG(2000)9). Estas establecieron el principio general de

regularizar las operaciones de las empresas transnacionales ocurrió en un momento histórico y político muy diferente al que vendría en próximos años. En la década de 1970, la cuestión de la responsabilidad internacional de las corporaciones multinacionales volvió a surgir en el contexto de descolonización<sup>15</sup> y la mayor preocupación era asegurar una efectiva independencia de los países jóvenes con respecto los centros de poder económico establecidos en el interior de sus territorios durante el periodo de dominación<sup>16</sup>. No obstante, a pesar de estos intentos históricos, hoy el mundo es muy distinto. El triunfo de la ideología neoliberal a nivel global ha llevado a un incremento de las empresas transnacionales y los movimientos internacionales de capitales a tal nivel, que resultan absolutamente incontrolables en la actualidad y

---

que las corporaciones tienen la obligación de respetar «los derechos humanos de aquellos afectados por sus actividades en consonancia con las obligaciones internacionales del gobierno anfitrión» (Puede verse: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428>). Sin embargo, sus reglas, recordando a la Declaración Universal de Derechos Humanos, son recomendaciones para cumplir a través de la legislación local, salvaguardando intereses de los consumidores, abolición del trabajo infantil, la lucha contra el soborno, la protección del medio ambiente, etc. Su implementación está basada en puntos de contacto nacionales encargados de promover sus directrices, como es general en la práctica de la OECD.

304

Al nivel de la Unión Europea, después de la Declaración de empresas europeas contra la exclusión social, y de la Cumbre del Consejo Europeo en Lisboa del 2000, consultas extensivas condujeron a la creación del «libro verde de responsabilidad social de las corporaciones». Una vez más fue recomendado a las corporaciones transnacionales adoptar un código de conducta incorporando su responsabilidad social, y tomando en cuenta los instrumentos internacionales como los Convenios de la OIT, las líneas base de la OECD, etc. En la práctica, no se ha creado ninguna norma de *hard law*, y la cuestión de la responsabilidad social de las empresas se ha quedado en meros mecanismos voluntarios con poca eficacia. (Sobre la elaboración durante la década de 1970, por parte de organizaciones intergubernamentales, de códigos de conducta de responsabilidad social de las corporaciones transnacionales, ver: F. MARRELLA. «Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», En W. BENEDEK, K. De FEYTER y F. MARRELLA (eds.). *Economic globalization and Human Rights*. Cambridge University Press. Nueva York. 2007. pp. 290-294).

<sup>15</sup> Un ejemplo típico de este periodo fue la imposición a las corporaciones transnacionales de obligaciones específicas a cooperar en la efectiva implementación de las sanciones de UN contra Southern Rhodesia, a continuación de la proclamación unilateral de independencia por parte del régimen de la minoría blanca, en 1965. También las resoluciones llamaron a prevenir, en la década de los 70, la cooperación de las empresas multinacionales con el régimen de Apartheid de Sudáfrica, especialmente con respecto a la explotación de recursos naturales en Namibia. El famoso Decreto de Namibia Núm.1, de 27 de setiembre de 1974, adoptado por el Consejo de UN para el sud-este de África, un órgano subsidiario de la Asamblea General, estableció una prohibición general de exploración y explotación de los recursos naturales de Namibia, en aquel momento todavía ocupada ilegalmente por Sudáfrica, y esta prohibición debía ser vinculante para los estados y personas privadas, incluidas las empresas transnacionales.

<sup>16</sup> F. FRANCONI. «Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations». En W. BENEDEK, K. De FEYTER y F. MARRELLA (eds.). *Economic globalization and Human Rights*. Cit. p. 246.

exigen de la adopción de nuevas medidas, tanto a nivel estatal, como global. La mera adopción de normas de *soft law* (declaraciones, directrices, etc.) incapaces de dar lugar a ningún tipo de sanción de los órganos de control de cada una de estas instituciones movilizadas en el marco de un procedimiento de control autorizado por estos textos, se ha mostrado, en la actualidad, totalmente ineficaz.

### **1.3. Las objeciones de las concepciones liberales hacia la *Drittwirkung***

A pesar de todo lo expuesto, en muchos autores existe aún la convicción de que al admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a poderes privados, esto es en las relaciones entre particulares, se está desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del derecho privado.<sup>17</sup>

Estos autores han intentado dar soluciones a este problema de la indefensión sin romper los moldes del constitucionalismo liberal. Ejemplo de ello es la llamada «teoría de la eficacia indirecta» o teoría de la «*Mittelbare Drittwirkung*» de Dürig.<sup>18</sup> Esta teoría, por un lado, entiende que al ser en el

---

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, B. PIEROTH y B. SCHLINK («Grundrechte Staatsrecht II», 16<sup>a</sup> ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 44), mantienen que el resultado de extender el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sería: «una limitación irremediable de la libertad». También E.W. BÖCKENFORDE (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 91), parece compartir esa opinión, al afirmar que «una extensión global e indiferenciada de la vinculación a los derechos fundamentales en el ámbito social anularía de nuevo en gran parte, en la relación de unos individuos con otros, aquellas libertades que deberían asegurarse a través de la vinculación del Poder estatal a los derechos fundamentales de los individuos». No obstante, Böckenförde parece mantener otra opinión en las pp. 113-114. En España, J.M. BILBAO UBILLOS (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 1997), también ha observado esta preocupación de buena parte de la doctrina alemana: «Late en el fondo de estas posturas (las que rechazan la «unmittelbare Drittwirkung») la convicción de que la «Drittwirkung» puede ser una especie de «caballo de Troya» que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada» (p. 283). (Ver: T. DOMINGO, «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». En *Derechos y Libertades*, No. 11, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, pp. 251-289).

<sup>18</sup> Esta teoría tuvo su origen con la famosa sentencia Lüth del Tribunal Constitucional Federal en 1958, que recogió la tesis de Dürig. Los hechos que motivaron esta Sentencia fueron los siguientes: Veit Harían, un conocido director de cine que durante el régimen nazi habla dirigido películas antisemitas -absuelto de la acusación de haber participado en los crímenes nazis- dirigió en 1950 una película titulada *Immortal Lover*, lo que provocó la indignación de Erich Lüth, un informador de Hamburgo perteneciente a un grupo que pretendía reparar las heridas que la guerra había abierto entre judíos y cristianos. Lüth instó a su audiencia a boicotear *Immortal Lover*, lo que le supuso una condena por violación del artículo 826 del Código

marco de la sociedad, y no del Estado, donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es en ese mismo ámbito de la autonomía de la voluntad, donde únicamente cabe situar con realismo la problemática jurídica de los derechos fundamentales. Pero, por otro lado, para no alterar ni confundir los estatutos jurídicos de la sociedad y del Estado, tal y como los concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación al poder público, en relación a las posibles violaciones producidas por los particulares, su eficacia tiene que aparecer mediatizada por la necesaria integración de los mismos en los actos normativos que regulan las relaciones privadas<sup>19</sup>. De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se actuará a través de la ley de convenios colectivos de trabajo, o la defensa del consumidor a través de las leyes protectoras del consumo.<sup>20</sup>

Esta visión se traduce en el hecho de entender, falsamente, que la protección que la legislación ordinaria confiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad, sirve también como garantía y protección de los derechos fundamentales. Incluso en los supuestos de lagunas y vacíos de esta legislación ordinaria, se llegará a sostener que los derechos fundamentales no sufrirían por ello menoscabo alguno, pues siempre podrían hallar como marco normativo de referencia las llamadas cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.), previstas en el Código Civil para preservar y garantizar el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad. La ausencia del debido desarrollo de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, quedaría de esta forma perfectamente suplida con la inserción en las cláusulas generales del derecho privado de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.<sup>21</sup>

Sin embargo, como dice P. Vega, es obvio señalar, que ni las cláusulas generales pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático

---

Civil, que establece: «Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado». Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal. (Ver: T. DOMINGO. «El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». Cit. p. 256).

<sup>19</sup> Ver: G. DÜRIG. «Grundrechte und Zivilrechtsprechung». En T. MAUNZ (ed.). Festschrift zum 75. Geburtstag van Hans Naviasky. Isar. Munich. 1956. pp. 157 y ss.

<sup>20</sup> P. VEGA GARCÍA. «La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». Cit. pp. 698-699.

<sup>21</sup> Ibid.

sistema de derechos sin trastocar su significado<sup>22</sup>, ni tiene tampoco sentido plantear siquiera a través de la actuación de la legislación ordinaria la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales<sup>23</sup>. Por tanto, no hay duda, de que hace falta un tratamiento constitucional de la eficacia de los derechos frente a los terceros particulares.

## **II. La eficacia de los derechos frente a las empresas en las constituciones estatales: una perspectiva comparada España-América Latina**

### **2.1. Eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales frente a privados**

A la hora de atribuir eficacia a los derechos fundamentales frente a poderes privados, o en las relaciones entre particulares, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, sobre todo la alemana, han barajado dos opciones. La eficacia *directa* o *inmediata* (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) y la eficacia *indirecta* o *mediata* (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*).

La eficacia *directa* o *inmediata* permite a los sujetos exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales la justiciabilidad de derechos y libertades fundamentales vulnerados por empresas u otros particulares, pudiéndolos hacer valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex-constitutione*.<sup>24</sup>

La segunda, por el contrario, nacida como reacción ante las limitaciones que la primera impondría a la autonomía privada, confiere a los derechos fundamentales únicamente *eficacia indirecta o mediata*, por lo que los particulares sólo obtendrían su tutela indirectamente a través de las posiciones

---

<sup>22</sup> Por lo que a las cláusulas generales se refiere, baste recordar que se desvirtúa el sentido de las mismas al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta de que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas.

<sup>23</sup> Por otro lado, carece de fundamento, y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión, plantear la eficacia de los derechos fundamentales sólo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es de reconocimiento legal, o de desarrollo legal de los derechos fundamentales, sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente. (Ibid. p. 700).

<sup>24</sup> FJ. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, et. al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. Madrid. 2004. p. 191.

jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos.<sup>25</sup>

## 2.2. La Constitución española de 1978. Un ejemplo de eficacia *indirecta o mediata* de los derechos fundamentales

No aparecen en la Constitución española normas explícitas de reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. En España, la Constitución guarda silencio, autores como J. García Torres o A. Jiménez Blanco han señalado la falta de un precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama con claridad la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales<sup>26</sup>. Además, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre) dice, en su artículo 41.2, que «*el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado*». De ello se deriva una falta de eficacia, al menos directa, de los derechos fundamentales frente a los terceros particulares en el ordenamiento constitucional español.

308

Ahora bien, esta falta de eficacia debe ser matizada, la eficacia no es *directa* o *inmediata* pero sí es, como señala L. Prieto Sanchís, *indirecta* o *mediata*. La Constitución española establece en el artículo 9.1 que «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento*», estableciendo, por tanto, una relación expresa de sujeción de la ciudadanía a los mandamientos constitucionales. Además, el artículo 10.1 de la Constitución señala que «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden público y de la paz social*», con lo que se desprende que la inviolabilidad de estos derechos se constituye independientemente del sujeto activo de la conculcación eventual de estos, conformando una obligación genérica por parte de todos, también las empresas, y no sólo del poder político, de respetar los derechos ajenos<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid. 1986. p. 48.

<sup>27</sup> J. GARCÍA MORILLO. «Les garanties dels drets fonamentals». L. LÓPEZ GUERRA, et. al. *Dret Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. Vol. I. p. 424.

Esta concepción ha sido también prevista en el plano legislativo. Justamente, esto es lo que quiere decir el artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en señalar que «*los derechos y libertades reconocidos en el capítulo primero del Título I vinculan, íntegramente, a todos los jueces y tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de estos*». Hay que mencionar que las expresiones *garantía* y *tutela efectiva* tienen un alcance genérico, no limitado a la protección frente a los actos de los poderes públicos. Además, el apartado siguiente del mismo artículo indica que los derechos aludidos en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de acuerdo con el contenido declarado constitucionalmente, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar este contenido. Parece claro, pues, que si las resoluciones judiciales no pueden restringir, menoscabar o inaplicar este contenido, quiere decir que este es efectivo indiferentemente del carácter que tenga, público o privado, el destinatario del mandamiento. Y, de esta manera, no pocas veces el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo frente a violaciones de derechos fundamentales procedentes de particulares, utilizando la vía indirecta de concederlo, no directamente ante el acto del particular –cosa que no sería posible–, sino ante la resolución judicial que pone fin a la tutela solicitada en la jurisdicción ordinaria. De hecho, en algunos derechos fundamentales, las posibles violaciones proceden, típicamente, de particulares, por ejemplo, los derechos de contenido laboral (huelga, sindicación, etc.). Por esto, el hecho de admitir que la Constitución no tuviese eficacia, en este terreno, ante los particulares, supondría tanto como admitir significativas violaciones de contenido dogmático.<sup>28</sup>

La situación, pues, se puede resumir de la siguiente manera: los ciudadanos están sujetos a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales, que tienen la obligación de respetar. Los jueces y tribunales, por su parte, están obligados a emparar los derechos fundamentales, de manera que el incumplimiento, por parte de los particulares, de la obligación de respetarlos puede dar lugar a una acción en pretensión de tutela o reparación ante los órganos jurisdiccionales. Por último, el eventual incumplimiento por los órganos judiciales de la obligación de amparar el derecho permite acudir a la ampara constitucional.

---

<sup>28</sup> Ibid.

### 2.3. El constitucionalismo latinoamericano y la eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros y a empresas

Por el contrario, en América Latina, muchas constituciones ya reconocían la justiciabilidad directa de los derechos fundamentales frente a terceros particulares y corporaciones económicas<sup>29</sup>, aunque la gran novedad de algunas de las Constituciones aprobadas durante las últimas décadas, como la Venezolana de 1999, la Ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009, es que al reconocer el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos<sup>30</sup> amplían la *Drittwirkung* no sólo para derechos civiles y políticos sino también para el caso de los derechos sociales.

#### 2.3.1. La Constitución colombiana de 1991

En ocasiones se ha situado el proceso constituyente colombiano de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional, no sólo latinoamericana sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocible, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán los procesos constituyentes y las Constituciones de Ecuador de 1998, Venezuela de 1999, de nuevo Ecuador de 2008, y Bolivia de 2009<sup>31</sup>.

Uno de los elementos novedosos e importantes para la justiciabilidad de los derechos fundamentales que reconoció la Constitución colombiana fue la posibilidad de interponer acción de tutela o amparo por vulneración de derechos, no sólo frente a autoridades del Estado, sino también frente a particulares. El artículo 86 del texto constitucional señala: «*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de*

<sup>29</sup> A modo de ejemplo, la anterior Constitución boliviana de 1967 ya establecía en su art. 19: «se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios *o particulares* que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes».

<sup>30</sup> Sobre ello, ver: A. NOGUERA, «Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo». *Derechos y Libertades*. Número 21, Época II, junio 2009, pp. 117-147

<sup>31</sup> A. NOGUERA y M. CRIADO, «La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina». *Estudios Socio-Jurídicos*. 13(1). Enero-junio de 2011. pp. 15-49.

*la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión». Ahora bien, sobre el tema de la justiciabilidad de los derechos frente a terceros particulares en Colombia, debemos detenernos en dos cuestiones.*

*¿Qué derechos son justiciables frente a terceros? ¿Sólo los derechos individuales, o también, los derechos sociales?*

El artículo 86 de la Constitución reconoce la posibilidad de cualquier persona de interponer acción de tutela, frente al Estado y a terceros particulares, para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, dentro de su Título II «De los derechos, las garantías y los deberes», la Constitución colombiana recoge a los derechos civiles y políticos en el Capítulo I «De los derechos fundamentales», y en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II «De los derechos sociales, económicos y culturales», con lo cual, a diferencia de los primeros, a los que se otorga «fundamentalidad», estos segundos son considerados como «no-fundamentales». ¿Quiere esto decir que no se puede interponer acción de tutela para la protección de los derechos sociales?

De la literalidad del texto constitucional se entiende que no se puede interponer tutela para la protección de los derechos sociales, pues estos no son considerados como derechos fundamentales. Sin embargo, en la práctica, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional, de «fundamentalidad» a los derechos sociales por vía jurisprudencial, ha hecho que sí se haya podido interponer tutela para la protección de los mismos. Los derechos sociales, no han sido incorporados, en Colombia, al derecho positivo como «derechos fundamentales», por la Constitución, lo cual denota el carácter liberal de la misma, sino por la Corte Constitucional a través de un ejercicio de uso alternativo del derecho<sup>32</sup>. Es la Corte Constitucional y no la Constitución la que ha otorgado la fundamentalidad a los derechos sociales y, por tanto, la que ha «actuado» y «re-valorizado» derechos «inactuados» o «degradados» por la Constitución. Los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992

---

<sup>32</sup> Sobre la teoría del uso alternativo del derecho, ver: A. NOGUERA. *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del derecho constitucional*. Ediciones cooperativas. Buenos Aires. 2007. p. 44-48.

de la Corte Constitucional, acogieron la tesis de que es posible establecer la fundamentalidad de un derecho por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso.<sup>33</sup>

Ejemplos de interposición y aceptación a trámite por la Corte Constitucional de acción de tutela para la protección de derechos sociales hay muchos, es muy difícil resumir todos los asuntos tratados y la jurisprudencia creada<sup>34</sup>, pero para poner un ejemplo paradigmático, fijémonos en el siguiente caso:

En 1992 la recién inaugurada Corte Constitucional resolvió un caso muy curioso. El demandante fue un anciano de 69 años que no había recibido ni dinero ni respuesta de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), la entidad estatal responsable de pagar su pensión. Había perdido su vivienda por no tener con qué pagarla, y vivía con un hijo que lo mantenía con dificultad. No tenía ningún medio económico para subsistir y requería de una operación urgente para no perder la vista, operación que no podía pagar sin la pensión. La situación no era nada fácil, el derecho a una pensión es un derecho recogido en el art. 48, incluido en el capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales, y por tanto, se trata de un derecho no susceptible de acción de tutela que sólo puede ejercerse por vulneración de un derecho Fundamental. La vía que le quedaba era la costosa jurisdicción ordinaria a la que el anciano no tenía acceso por falta de recursos.

312

Sin embargo, y a pesar de ello, la Corte Constitucional le aceptó la acción de tutela para el caso y resolvió a su favor por considerar que se había violado un derecho fundamental, lo que llamó el «derecho innominado al mínimo vital». Es un derecho innominado porque no está en la Constitución sino que se desprende de los derechos fundamentales, especialmente del derecho a la vida y a la dignidad.

---

<sup>33</sup> R. ARANGO. Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital». Revista Estudios Ocasionales. Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. Universidad de Los Andes. Bogotá. 2003. p. 112.

<sup>34</sup> Para una visión general del trabajo realizado por la Corte Constitucional, ver: M.J. CEPEDA. «Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: the role of the Constitutional Court». En E. POSADA-CARBO (ed.). *Colombia: The politics of Reforming the State*. Macmillan Press. Londres. 1998. p.91.

«La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no porque esté en la lista de la Constitución –señaló la Corte–<sup>35</sup>. Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (Constitución art. 94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta a la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión»<sup>36</sup>.

En los años siguientes, la vulneración al «derecho innominado al mínimo vital» fue alegado cientos de veces para exigir mediante una acción de tutela el cumplimiento de derechos sociales, y la Corte Constitucional resolvió también a favor, invocando al mínimo vital, cientos de casos tanto contra el Estado, como contra empresas, como la mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social<sup>37</sup>, la mora en el pago de salarios<sup>38</sup>, el despido de mujer embarazada<sup>39</sup>, la falta de prestación de servicios de salud al trabajador<sup>40</sup> y la exclusión de medicamentos y tratamientos vitales del Plan Obligatorio de Salud<sup>41, 42</sup>.

<sup>35</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992.

<sup>36</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-801 de 1998 y T-881 de 2002.

<sup>37</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de pensiones: T-426 de 1992, T-005 de 1995, T-144 de 1995, T-147 de 1995, T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076 de 1996, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997, SU-022 de 1998, SU-430 de 1998, T-07 de 1998, T-120<sup>a</sup> de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, SU-062 de 1999, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Sentencias de no pago de licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-205 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, T-390 de 2004.

<sup>38</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 199, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001, T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156 de 2001, T-148 de 2001, T-115 de 2002, T-162 de 2002, T-594 de 2002, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

<sup>39</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

<sup>40</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencias SU-562 de 1999, T-497 de 1997.

<sup>41</sup> Algunos casos son el tratamiento del SIDA (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998), del cáncer (T-283 de 1998), parálisis cerebral (T-286 de 1998), casos en que necesitan equipos ortopédicos (T-597 de 1993) o intervenciones quirúrgicas (T-571 de 1998).

<sup>42</sup> J. LEMAITRE RIPOLL. «El Coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia». En VV.AA. *Derecho y pobreza*. Editores del puerto.

En consecuencia, con todos estos fallos la Corte ha desarrollado una doctrina extensa sobre la justiciabilidad de los derechos sociales cuando se amenaza la supervivencia.<sup>43</sup>

De acuerdo con ello, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, de «fundamentalidad» a los derechos sociales implicó también la eficacia de los derechos sociales frente a las empresas o terceros particulares.

*¿Existen límites a la justiciabilidad de los derechos sociales frente a terceros?*

En Colombia, es el ya mencionado artículo 86 de la Constitución el que trata esta cuestión, remitiendo a la Ley la regulación de «*los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión*». No obstante, como podemos observar, la Constitución delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia, con la cual a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos constitucionales, o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específica contra ellos, tiene un carácter excepcional.<sup>44</sup> Este carácter excepcional se convirtió aún más excepcional todavía, con las restricciones a los tres supuestos citados en la Constitución que hizo el Decreto ley 2591 de 1991, encargado de desarrollar legislativamente el artículo 86<sup>45</sup>.

Buenos Aires. 2007. pp. 53-54; Ver también: R. ARANGO. Introducción. «Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital». Cit.

<sup>43</sup> Ver: J. LEMAITRE RIPOLL y R. ARANGO. *El derecho fundamental al mínimo vital. Sistematización y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Investigación elaborada por el CIJUS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Bogotá. 2001. Inédito.

<sup>44</sup> A. Julio ESTRADA. «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano». En M. CARBONELL. *Derechos fundamentales y Estado*. Cit. p. 270.

<sup>45</sup> En cuanto al primer supuesto, por ejemplo, previsto en la Constitución (art. 86) de posibilidad de interponer tutela contra particulares que presten un servicio público, el artículo 42 del citado Decreto ley, en primer lugar limitó los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional por la Corte mediante la Sentencia C-134 de 1994), y en segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios. Esto da a entender que cuando se trate de los demás casos de prestación por un particular de un servicio público no cabe interponer la acción de tutela. (Ibid. p. 272).

Sin embargo y a pesar de estas restricciones, sorteadas muchas veces por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>46</sup>, podemos decir que el artículo 86 ha permitido en muchas ocasiones garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a empresas.

En base a la posibilidad de tutela frente a empresas que presten servicios públicos, desde 1996 han sido aceptadas por la Corte un gran número de tutelas contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio público de salud. La primera decisión en este sentido fue la sentencia T-533 de 1996, que trataba el caso de una compañía privada que se negaba a autorizarle al demandante, con quien había suscrito un contrato de prestación de servicios médicos, una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una «preexistencia», es decir, una enfermedad que ya tenía el paciente antes de firmar el contrato y por tanto, no se incluía como objeto de las prestaciones a que obligaba el mismo. Como señala A. Julio Estrada, la aceptación de un amplio número de tutelas de este tipo fue la respuesta del juez constitucional a la privatización de la seguridad social en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual generaba una grave desprotección de los usuarios que escogieron el sistema de seguridad social privado, pues para resolver cualquier controversia que tuvieran origen en la ejecución del contrato sólo podían recurrir a la tardía jurisdicción ordinaria, como en cualquier relación contractual, pero no a la tutela, con lo que en casos de dolencia grave que deben atenderse inmediatamente los pacientes estaban sin protección.<sup>47</sup>

El otro aspecto y el cual se configura como el elemento que con mayor frecuencia ha sido invocado, existiendo un gran número de sentencias de este tipo, para la protección de los derechos sociales frente a empresas, ha sido el

---

<sup>46</sup> En el caso de la Sentencia T-507 de 1993, la Corte Constitucional se enfrentaba a la doble limitación expuesta en la nota anterior: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos, por lo que era un servicio no incluido en el artículo 42 del Decreto ley, y además se le imputaba la violación de un derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal no promulgada. Las barreras eran aparentemente infranqueables pero no a juicio de la Corte, que sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. Con esta sentencia, la Corte sentó la línea jurisprudencial que se aplicaría en muchos otros casos. (Ibid.).

<sup>47</sup> Ibid. p. 288-289.

supuesto de «la indefensión y la subordinación». La Corte delimitó conceptualmente esta expresión en su Sentencia T-290 de 1993 señalando que «la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos<sup>48</sup>, o con los estudiantes frente a sus profesores (...), en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate», por ejemplo cuando el demandante sea un menor o se encuentre en situación de marginación social y económica<sup>49</sup> que puede agravarse si se trata de una persona de la tercera edad<sup>50</sup>, o padezca una minusvalía física o psíquica que lo coloque en situación de desventaja frente al demandado<sup>51</sup>.

### **2.3.2 Las nuevas constituciones de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009)**

316

La Constitución ecuatoriana de 1998 estableció en su artículo 95: «*También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso*». Artículo que se repite en el artículo 88 de la actual Constitución ecuatoriana de 2008.

En la misma dirección, en Venezuela, es el artículo 27 de la Constitución el que regula de manera genérica el amparo pero es el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, de 27 de septiembre de 1988, que ha mantenido su vigencia una vez aprobada la nueva Constitución de 1999, la que establece: «*La acción de amparo (...)*».

---

<sup>48</sup> Son ejemplos de demandas interpuestas por trabajadores contra sus patronos solicitando la protección de derechos, entre otras: Sentencia T-593 de 1992, T-161 de 1993 y T-230 de 1994.

<sup>49</sup> Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-605 de 1992.

<sup>50</sup> Ver, entre otras: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999, SU-062 de 1999.

<sup>51</sup> Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

*También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados (...)*<sup>52</sup>.

O, la nueva Constitución boliviana de 2009 dice, en el artículo 128: «*La acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*».

Si bien como he señalado antes, muchas constituciones latinoamericanas anteriores ya reconocían la eficacia directa de los derechos frente a particulares, la Constitución boliviana de 2009 incorpora alguna novedad no establecida en ninguna otra Constitución previa, como por ejemplo la posibilidad de poder presentar incluso la acción de Hábeas corpus contra particulares, acción que esta Constitución denomina con el nombre de Acción de libertad<sup>53</sup>. Con ello se da solución a situaciones que se daban en este país como, por ejemplo, empresarios que cerraban con llave las puertas de empresas para que los trabajadores en huelga dentro no pudieran salir, quedándose sin provisiones. O, de hospitales privados que mantenían drogados sin dejarlos irse, hasta que no pagaran, a pacientes a quien ya se tenía que haber otorgado el alta médica pero que no tenían suficiente dinero para pagar el internamiento en el hospital.

En consecuencia, estos artículos demuestran como los nuevos textos constitucionales latinoamericanos suponen un auténtico avance en la regulación de la *drittwirkung*, estableciendo un modelo de eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros particulares y empresas privadas. Y, por tanto, dejando cerrado, cada vez más, un problema presente hoy en muchos Estados, y que es el de la existencia, en una sociedad cada vez más dominada, controlada y dirigida por los poderes privados, de posibles problemas de indefensión del individuo frente a la vulneración de sus derechos.

---

<sup>52</sup> Ver: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En Gaceta Oficial N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988.

<sup>53</sup> Del artículo 127. I se deduce la posibilidad de interponer Acción de libertad tanto contra autoridades públicas como terceros particulares: «*Los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales*».

### III. La *Drittwirkung* en el marco de un nuevo constitucionalismo internacional

Si bien cualquier intento de reconstruir un constitucionalismo material y garantista de los derechos frente a los terceros particulares, especialmente empresas, debe pasar necesariamente por una reforma de la mayoría de constituciones estatales en el sentido iniciado por los últimos textos latinoamericanos, también es cierto que, en el actual contexto globalizado, con empresas transnacionales operando por encima de las fronteras estatales, resulta ilusorio pretender conseguir el respeto de los derechos fundamentales por parte de estas, únicamente, desde la territorialidad estatal.

Ello hace surgir, con más fuerza que nunca, el debate entorno a la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, en abierta tensión con la lógica de la globalización y que, al menos en su dimensión normativa, se encuentra parcialmente esbozado en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de derechos de 1948 o los Pactos de 1966 (PIDCP Y PIDESC), por mencionar sólo algunos.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Sobre la idea de existencia de un constitucionalismo mundial, debemos remitirnos a Ferrajoli. Frente a la noción de un poder absoluto y sin límites, Ferrajoli define el constitucionalismo como limitación y establecimiento de obligaciones al poder y a los particulares para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Sobre esta base, el autor plantea como la oposición entre estado de naturaleza y estado civil abre camino, desde la Revolución francesa, a dos líneas de evolución o itinerarios paralelos y opuestos en relación al concepto de soberanía: la de su progresiva limitación interna, en el ámbito del derecho estatal, y la de su progresiva absolutización progresiva, en el ámbito del derecho internacional.

A diferencia del derecho estatal donde al aparecer el Estado constitucional de derecho, la soberanía interna como *potestas absoluta*, tanto por parte del Ejecutivo como del legislativo, deja de existir al no existir ningún tipo de poderes absolutos pues todos se encuentran sometidos a la Constitución y, por tanto, limitados al respeto de los derechos en ella establecidos. En el ámbito internacional, la consolidación en Europa, entre el siglo XIX y la primera mitad del XX, del Estado nacional, hace que estos se liberen definitivamente de cualquier clase de vínculo y remora jurídica en las relaciones con los demás estados, y además, se autolegitimen ante ellos mismos y ante los demás Estados. Por tanto, fortalecen su posición en el mundo de las relaciones internacionales, con la cual cosa fortalece su soberanía externa. Sucede, sin embargo, que esta soberanía externa, al coincidir con la igual soberanía de los demás estados, genera una libertad salvaje que reproduce en el ámbito de la comunidad internacional el estado de naturaleza sin reglas que había sido negado y superado en el ámbito interno gracias al sometimiento de los poderes internos al Estado Constitucional. De ello se derivan dos consecuencias: la negación del derecho internacional; y, el espíritu de potencia y la vocación expansionista y destructiva que anima semejante paradigma de la soberanía estatal.

Este paradigma de la soberanía externa alcanzó su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso, en la primera mitad del siglo XX, donde tienen lugar dos guerras mundiales, que llevan a tal paradigma al suicidio. A partir de este momento tuvo lugar la creación de la ONU (San Francisco, 1945), y empiezan a aprobarse un conjunto de declaraciones y

Ahora bien, apesar de la existencia de estos textos jurídicos internacionales constitutivos de lo que podemos denominar un constitucionalismo mundial, el problema está, primero en que sólo afectan a los Estados, los actores privados al no tener personalidad jurídica internacional no están obligados por ellos. Y, segundo, en que éstos no son, en muchos casos, tomados en serio, ni gozan tampoco de los instrumentos necesarios para ello. El cumplimiento de estos tratados internacionales se piensa muchas veces más como un deber moral y político, como una cuestión de justicia, que no como una obligación jurídica con respecto del derecho internacional vigente, que establece unos principios y normas vinculantes.

Tomarlos en serio demandaría: 1. proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización, tanto para los Estados como para los privados; y, 2. hacer valer estos documentos como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo, de las actuaciones de actores internacionales privados llevadas a cabo contra el derecho internacional de los derechos humanos.

No se trataría, claro está, de liquidar el constitucionalismo estatal ni los elementos clásicos del Estado constitucional, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer ninguna subordinación de uno frente a otro<sup>55</sup>. Todo ello permitiría orientar

---

tratados internacionales, como la Declaración Universal de derechos del Hombre de 1948 por la Asamblea General de UN, el PIDCP y el PIDESC (1966), etc. Todos ellos documentos que transforman, al menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil. A través de estos documentos, la soberanía externa de los estados deja, en principio, de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada o limitada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.

En consecuencia, aquella soberanía que en el orden interno de los estados había quedado limitada o reducida con el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, queda ahora también reducida o limitada en el ámbito externo con el desarrollo de todas estas normas internacionales. De ahí que, si partiendo de la definición de constitucionalismo como sistema de límites y obligaciones al poder y a los particulares para la defensa de los derechos fundamentales de las personas, Ferrajoli califique estos tratados internacionales de derechos humanos como la dimensión normativa de un constitucionalismo mundial. (L. FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999. pp. 135-142).

<sup>55</sup> Se trataría de una posición intermedia o conciliadora entre la doctrina dualista, inspirada en la vieja doctrina de H. Triepel y D. Anzilotti, orientadas en el sentido de la co-existencia separada del derecho internacional con el derecho interno, y según la cual el derecho inter-

las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes –públicos y privados–, en una dirección que pudiera ofrecer respuestas internacionales a problemas internacionales. Nos encontramos, hoy en día, con problemas como el de que la única vía para exigir responsabilidad por violación de derecho a una empresa es la vía de la jurisdicción interna de los Estados. Ello supone límites como el hecho de que, en el caso de las empresas transnacionales, al ser consideradas personas jurídicas diferentes, las sociedades matriz (salvo en los casos de corresponsabilidad expresamente previstos por la legislación) no son responsables, en principio, de los actos ilícitos cometidos por una filial en otro país, aunque ésta sea la única accionista, salvo si puede considerarse a la filial un simple agente. De igual manera, la compra de servicios y bienes a los proveedores de otros países, aunque sean exclusivos, se considera una operación entre partes no asociadas. Por lo tanto, es, actualmente, muy difícil en el plano jurídico lograr que la empresa transnacional en su globalidad rinda cuentas y repare los daños resultantes de la violación de los derechos humanos, con más razón aún si aquéllos se han cometido el extranjero<sup>56</sup>.

#### IV. Tomarnos en serio el Derecho constitucional internacional

Tomarnos en serio los tratados internacionales de derechos humanos implica tener que buscar garantías adecuadas contra las violaciones de derechos por parte de los Estados y de terceros privados, especialmente las empresas transnacionales.

---

nacional para poder generar derechos y obligaciones a los ciudadanos nacionales requeriría, necesariamente, de un acto especial para ser incorporado al derecho interno, o simplemente para ser asimilado como norma de carácter obligatorio dentro del territorio de un país determinado (H. TRIEPEL. *Droit international et droit Interne*. París. Oxford. 1920. p. 110). Y, la doctrina monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados, construida por H. Kelsen, la que establece que «el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados» (H. KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Citado por H. NOGUEIRA ALCALÁ. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2000. Fundación Honrad-Adenauer-CIEDLA. Buenos Aires. p. 166). Esta posición intermedia, debería ser una posición coordinadora o conciliadora basada en la unificación de ambas ramas jurídicas (nacional-internacional) en un sólo sistema, diferenciándose del monismo en que las relaciones entre las dos normas son de coordinación y no de subordinación. Ello haría que el derecho internacional y el derecho interno interactúen, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos.

<sup>56</sup> I. DAUGAREILH. «Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica». En *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 27. 2009. p. 82.

Ello pasa por establecer, diversos tipos de reformas en los propios tratados internacionales de derechos humanos y en los reglamentos de los órganos jurisdiccionales internacionales encargados de garantizar su justicia-bilidad, que afecten a los siguientes aspectos:

*Obligatoriedad de la jurisdicción internacional*

Primero, debería establecerse el carácter obligatorio de la jurisdicción de estos tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc.) hoy subordinada, según el esquema de los procedimientos arbitrales, al reconocimiento previo por parte de los Estados<sup>57</sup>.

*La legitimación activa*

Segundo, debería vincularse la legitimación activa ante estos órganos jurisdiccionales internacionales no al principio de territorialidad, sino al principio de personalidad. Esto es, garantizar que no sólo los particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión<sup>58</sup>, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, a la que un actor privado nacional de un Estado firmante haya vulnerado un derecho puede iniciar un

---

<sup>57</sup> Como señala el art. 45 de la Convención Americana de Derechos Humanos: «1. *Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.* 2. *Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.* 3. *Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.* 4. *Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización».* En el mismo sentido, el art. 56.4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, establece: «*Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo podrá, en cualquier momento sucesivo, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares tal como se prevé en el artículo 34 del Convenio».*

<sup>58</sup> El art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga posibilidad de presentar denuncias de violación de derechos a la Comisión, sólo a personas, grupos de personas o organizaciones no gubernamentales de los Estados firmantes, no de otros Estados: «*Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte».*

proceso judicial contra este, ante el tribunal internacional correspondiente. Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales en terceros países no firmantes de un tratado internacional de derechos humanos, firmado por el Estado originario de la empresa.

### *La legitimación pasiva*

Cuando en 1945 la Carta de la Organización de Naciones Unidas creó las bases para el desarrollo del derecho moderno de los derechos humanos, la intención del proyecto fue proteger y promover la dignidad e iguales derechos de los individuos de la arbitrariedad de los poderes gubernamentales, pero no hace referencia a la violación de derechos por actores no-gubernamentales, especialmente corporaciones transnacionales. Sobre esta cuestión, debo referirme a dos aspectos.

En primer lugar, en este contexto donde sólo los Estados pueden ser procesados<sup>59</sup>, la forma, inmediata como primera fase, para poder empezar a exigir responsabilidad internacional a las empresas transnacionales que violen derechos humanos pasa por asumir que la responsabilidad para prevenir y suprimir violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas transnacionales debe recaer, también, tanto sobre el Estado anfitrión en el territorio del cual se encuentra la empresa, como sobre el Estado de origen de la empresa transnacional sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación.

En cuanto a la responsabilidad del Estado anfitrión, todos los Estados tienen el derecho soberano de garantizar el acceso a su territorio a compañías extranjeras que quieran invertir en el país. El establecimiento de una corpo-

---

<sup>59</sup> El propio Convenio Europeo de Derechos Humanos deja claro que sólo podrá denunciarse la violación de derechos reconocidos por el mismo por parte de Estados:

Art. 33 CEDH. Asuntos entre Estados: «*Toda Alta Parte Contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante*».

Art. 34 CEDH. Demandas individuales: «*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*».

Lo mismo sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos (ver art. 44. Nota 59).

ración extranjera en el territorio nacional debe ocurrir y regirse de acuerdo con las leyes nacionales del país en cuestión. Por tanto, parece claro que en los casos en que una compañía opere en un Estado determinado vulnerando sistemáticamente los derechos laborales de los trabajadores o los derechos de las mujeres, entre otros, con la total connivencia de las autoridades y la ley estatal, debe existir algún tipo de responsabilidad internacional para este Estado anfitrión.

Asimismo, deberíamos también, poder hablar de una responsabilidad del Estado de origen de la empresa transnacional, sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Si bien es cierto que esta obligación, es una obligación principalmente territorial, también es cierto e indiscutible que bajo los tratados internacionales de derechos humanos, la responsabilidad de proteger tales derechos se extiende también a actividades fuera de su territorio, siempre y cuando el Estado tenga jurisdicción sobre el actor o la conducta en cuestión. Este es un principio aceptado en el art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>60</sup>, o en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>61</sup>. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos<sup>62</sup> han confirmado a través de su jurisprudencia que, en ciertas ocasiones, los Estados parte del convenio son responsables de violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el extranjero<sup>63</sup>. Estas consideraciones pueden sustentar el argumento de que,

---

<sup>60</sup> Art. 1 CEDH: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

<sup>61</sup> Art. 1.1 CADH: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

<sup>62</sup> El Comité de Derechos Humanos es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por los Estados que lo han ratificado. Normalmente se reúne en tres periodos de sesiones al año, en Ginebra o Nueva York.

<sup>63</sup> Ver Resolución del Comité de Derechos Humanos: Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comunicación Núm. 56/1979, UN Doc.CCPR/C/OP/1 a 92 (1984), para 10.3, donde se establece que «sería inconcebible que a fin de interpretar la responsabilidad en virtud del art. 2 del Convenio que permita a un Estado parte perpetuar violaciones del convenio en el territorio de otro Estado, violaciones las cuales no podría realizar en su territorio»; Para la Corte Europea de Derechos Humanos, ver: caso Loizidou v. Turquía 15318/89, 1995 ECHR (13 de marzo

hoy, existen bases legales y racionales para el desarrollo de una teoría de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas transnacionales. En general, esta teoría puede ser formulada de la siguiente manera: el Estado es responsable de su debido fracaso en actuar con la debida diligencia con respecto a la conducta de las empresas transnacionales en su territorio<sup>64</sup>, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos en un país extranjero donde la corporación está haciendo negocios a través de sus subsidiarias, y cuando el Estado de origen tiene suficiente conocimiento de que tal conducta puede causar violación de derechos humanos en el extranjero, y tiene los medios legales y técnicos para tomar acciones preventivas para evitarlo. Los Estados de origen se encuentran estrechamente vinculados a la actividad de las empresas transnacionales, en tanto ellos se benefician de las operaciones de estas empresas a lo largo y ancho del mundo a través de los ingresos por impuestos y el incremento de la riqueza de sus ciudadanos. Además las empresas financian y controlan la mayor parte de la investigación de estos países, que es el motor de la innovación tecnológica y el crecimiento económico de los mismos.

324

Ahora bien, y en segundo lugar, conjuntamente con estas medidas más inmediatas, como segunda fase, debería procederse, también, a una ampliación de la legitimidad pasiva sobre los terceros privados. Ello permitirá abrir las puertas para que paralelamente a la responsabilidad de los Estados por infracción de sus obligaciones internacionales, la responsabilidad individual pueda también surgir bajo la ley internacional por violación de determinadas obligaciones. Y, por tanto, permitiría exigir, también, responsabilidad individual a los directores o managers de las empresas transnacionales que han ordenado o no han, negligentemente, tomado las medidas necesarias para impedir alguna violación seria de derechos humanos. Así como, construir una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones transnacionales en virtud del derecho internacional público.

La idea de responsabilidad individual de los individuos por actos contrarios al derecho internacional no es nueva. Viene ya del siglo XX, con

---

1995), donde se estableció a Turquía como obligada a respetar los derechos humanos en la zona del norte de Chipre ocupada por ella, sobre la base del efectivo control ejercido por Turquía sobre las autoridades territoriales del Norte de Chipre.

<sup>64</sup> A pesar de las múltiples subsidiarias que una empresa pueda tener, ésta continúa teniendo el centro de operaciones en su país de origen.

la Carta de Núremberg y los juicios por parte del Tribunal Militar Internacional contra los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Hoy esta idea se ha consolidado en el derecho internacional a través de la creación, primero de tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y Ruanda (ICTR) y después con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, si los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas, policía, movimientos de liberación nacional u otros grupos militares o para-militares organizados, pueden incurrir en responsabilidad internacional por violación de determinados derechos humanos, porque no puede también incurrir en ella los responsables de corporaciones económicas transnacionales que llevan a cabo violaciones de derechos humanos? En principio, no tiene porque haber obstáculo para extender la doctrina de la responsabilidad individual a los directores de las empresas transnacionales. De hecho, diversos juicios conducidos por la Ley núm.10 del Consejo de control de las fuerzas aliadas, fueron realizados contra diversos responsables de empresas alemanas, por crímenes internacionales fruto de su colaboración con el régimen nazi, en particular por la producción y suministro de Gas Zyklon B, usado para la exterminación de civiles inocentes.<sup>65</sup>

Paralelamente, la ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones en virtud del derecho internacional público. Desde el punto de vista jurídico, las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas.<sup>66</sup> Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados soberanos. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico, salvo en algunos países, donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterri-

---

<sup>65</sup> Juicio a Bruno Tesch y a dos más. 1 Law Report of Trials of War Criminals. Corte Militar Británica. 1946. Reeditado en 1993. p. 93.

<sup>66</sup> G. RIPERT. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. LGDJ. Paris. 1995. p. 354; PH. Le TOURNEAU. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*. éd. Dalloz-Dunod. Paris. 2000. pp. 4 y 269; M. TRIGEAUD. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*. éd. Brière. Bordeaux. 1995. pp. 210 y 458.

torial de la ley nacional del país de origen de la empresa. En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (*Alien Tort Claims Act*) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país<sup>67</sup>. En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos dondequiera que ésta se hubiera cometido, y con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas<sup>68</sup>. O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque «*los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido*», lo que no siempre ocurre. Y «*el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público*» según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas presentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> En el caso «Doe v. Unocal» (Doe v. Unocal, 963 F. Supp- 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Affd. 248 F.3d 915 (9<sup>th</sup> Cir. 2001)), ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso «Filartiga v. Pena Irala» (Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1980, 630 F.2d 876), la Corte declaró que las empresas multinacionales norteamericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

<sup>68</sup> A. BAILLEUX. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*. Éd. Bruylant. Paris. 2005.

<sup>69</sup> W. BOURDON. «Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme». *Revue de sciences criminelles*. 2005. pp.747-753.

Al margen de estos casos de aplicación extraterritorial de la ley nacional, las empresas transnacionales no pueden ser, como decía, y debido a su falta de estatuto en el derecho internacional, responsables de violación del derecho internacional de los derechos humanos. Es, precisamente por esto, que la modificación de los principales tratados internacionales de derechos humanos en el sentido de una ampliación de la legitimidad pasiva a los terceros privados es, en la actualidad, una necesidad.

## V. Conclusiones

Del trabajo presentado, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. El surgimiento de la globalización neoliberal ha supuesto la aparición de nuevos actores internacionales (empresas transnacionales) que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos.
2. En este contexto, surge la necesidad de una reconstrucción estatal y global de un constitucionalismo material y garantista que permita asegurar plenamente la eficacia de los derechos de las personas. Entre las figuras que este nuevo constitucionalismo debe incluir, especialmente si tenemos en cuenta el gran poder adquirido por las empresas transnacionales, está la de la eficacia de los derechos frente a éstas, esto es la eficacia de los derechos frente a terceros particulares o *Drittwirkung*.
3. En el ámbito del constitucionalismo estatal, gran parte de los textos constitucionales latinoamericanos ya reconocían la *Drittwirkung*, estableciendo a diferencia del modelo español, un modelo de eficacia directa o inmediata de los derechos frente a terceros particulares y empresas privadas. Además, algunas de las nuevas constituciones aprobadas recientemente en la región han ampliado la eficacia de los derechos frente a terceros a los derechos sociales o a otras acciones judiciales como el Hábeas corpus. Ello otorga a los ciudadanos la posibilidad de exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales, la justiciabilidad de derechos y libertades fundamentales vulnerados por empresas u otros particulares, pudiéndolos hacer valer como auténticos derechos subjetivos ante estos órganos sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de

una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex-constitutione*.

4. Ahora bien, en el mundo globalizado actual, no puede llegarse a una reconstrucción de un constitucionalismo material y garantista de los derechos frente a los terceros particulares, si nos quedamos en el ámbito estatal. Conjuntamente con este, es necesario la construcción de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, en abierta tensión con la lógica de la globalización.
5. Este constitucionalismo mundial se encuentra esbozado, al menos en su dimensión normativa, en documentos como la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de derechos de 1948 o los pactos de 1966 (PIDCP Y PIDESC), etc. Ahora bien, el reto está en buscar fórmulas para conseguir que estos documentos sean obligatorios y tomados en serio, tanto para los poderes públicos como privados. Ello demanda: 1. proyectar las formas institucionales, las garantías y reformas jurídicas y las estrategias necesarias para su realización, tanto para los Estados como para los privados; y, 2. hacer valer estos documentos como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, sobre todo, de las actuaciones de actores internacionales privados llevadas a cabo contra el derecho internacional de los derechos humanos.

## Sobre el uso del cine en la formación judicial

✍ BENJAMÍN RIVAYA\*

### Sumario:

**I.** Algunas razones para utilizar el cine en la formación judicial. **II.** El Derecho como argumentación. **III.** El Derecho como persuasión. **IV.** El influjo de los medios de comunicación en la decisión judicial. **V.** La posibilidad de errar en el conocimiento de los hechos. **VI.** El carácter probabilístico del conocimiento de los hechos. **VII.** El papel de las emociones en las decisiones judiciales. **VIII.** La valentía y el sentido de la justicia como virtudes judiciales. **IX.** Los jueces como funcionarios de las clases dominantes.

### Resumen:

El autor analiza la conveniencia de la utilización del cine en la formalización judicial, notando que temas importantes para la formación de los jueces han sido tratados a lo largo de la historia del cine. Repasa una serie de películas y los dilemas y valores que tratan, señalando que la ventaja del cine es que no solo tiene la capacidad de instruir sino también de mostrar, como en la puesta en escena y desarrollo de un drama donde sea difícil conocer los hechos de un crimen o de acertar la culpabilidad o inocencia de alguien.

### Palabras clave:

Cine, argumentación, formación judicial, jueces, virtudes judiciales.

### Abstract:

The author analyzes the convenience of using cinema for training judges, noting that important issues for their education have been dealt with throughout the history of cinema. It reviews a series of films and the dilemmas and values they treat, pointing out that the advantage of cinema is that it not only has the capacity to instruct but to show, as in the staging and development of a drama where it's hard to know the facts of a crime or to ascertain the guiltiness or innocence of someone.

### Keywords:

Cinema, argumentation, judicial training, judges, judicial virtues.

---

\* Universidad de Oviedo, España.

## I. Algunas razones para utilizar el cine en la formación judicial

**M**e pregunto una vez más si el cine puede ser una herramienta didáctica interesante para la formación judicial; si puede aportar algo al futuro juez más allá de la mera diversión. Sigo creyendo que sí<sup>1</sup>. En términos generales, en la formación cultural de los jóvenes de hoy el componente audiovisual resulta de enorme importancia, por lo que no se explica que en su preparación académica aún no haya adquirido mayor peso. ¿Por qué renunciar a un medio que puede ser sumamente eficaz? Semejante interrogante valdría para la formación generalista en todos o casi todos los saberes; desde la historia, la geografía o la psicología hasta el deporte, la medicina o las matemáticas, por sólo citar algunos<sup>2</sup>.

En el caso de los jueces, su función implica el conocimiento de conflictos personales y sociales, y el conocimiento de normas jurídicas, así como una labor valorativa, argumentativa y decisoria. Por supuesto, difícilmente podrá el cine enseñar ciencia jurídica como lo hace la literatura especializada, como lo hacen los científicos del Derecho; realmente no puede, aunque tampoco lo pretende, pero sí puede aportar algo novedoso e interesante al aprendizaje; darle un sesgo distinto. En el ámbito de la formación judicial, antes de que se comience a dictar sentencias, el cine vale como simulador, de tal manera que la película seleccionada imita un caso real al que hay que enfrentarse jurídicamente. En muchas ocasiones, «en la narración fílmica se muestran los asuntos jurídicos de una forma similar a como éstos se dan en la realidad –dice con razón Pérez Triviño–, y en este sentido, aparecen con todas sus diversas y múltiples aristas y vinculaciones»<sup>3</sup>. Frente a un acercamiento abstracto al mundo del Derecho, el cine propiciaría un conocimiento concreto, realista, interdisciplinar. En esta aproximación cinematográfica también aparecerían las emociones y las ideologías, cuando unas y otras están

<sup>1</sup> Vid. RIVAYA, B., *Un vademécum judicial. Cine para jueces*, Valencia, Tirant lo Blach, 2012. Parece que no soy el único que ve ese interés; vid. Torres-Dulce, E., «El juez en la pantalla», en Toharia, J.J., ed., *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Madrid, CGPJ, 2000, p. 45-60; GARAPON A., «La imagen de la justicia francesa en el cine», en Toharia, *op. cit.* p. 83-98; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Jueces de cine y el arte de juzgar. Del juez de la horca al juez profesional», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento* 26, 2009, p. 467-483; Siniscalchi, G., «Imputato, Alzatevi! La figura del giudice nel cinema italiano», *Questione Giustizia* 2, 2012, p. 157-170.

<sup>2</sup> Vid. RIVAYA, B. y ZAPATERO, L., *Los saberes y el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>3</sup> PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Cine y Derecho. Aplicaciones docentes», *Quaderns de Cine* 1, 2007, p. 71.

inevitablemente presentes en la realidad jurídica. Si a ello unimos que la narración fílmica requiere ser observada críticamente porque muchas veces los mecanismos persuasivos que utiliza propician precisamente la «adopción acrítica» de perspectivas y juicios morales, «inducidos por la manera en que se construye y se presenta el relato», entonces el espectador/ alumno ha de ser capaz de elevarse a «una reflexión argumentativa explícita y crítica»<sup>4</sup>. Así, el uso del cine parece reconocer que el modelo de juez tradicional no es real, que al pretendidamente simple técnico es preferible un juez consciente, reflexivo, crítico, con inteligencias múltiples, la emocional entre ellas.

El cine enseña, en el doble sentido de la palabra, instruye y muestra; es eso lo que lo convierte en un procedimiento especial del que no deberían prescindir quienes son responsables de la formación judicial. Los resultados que se consiguen con su uso (entendiendo por «uso» más que el solo visionado de películas; también la reflexión que propician éstas, reflexión que tanto depende del documento fílmico como de la formación del espectador); los resultados que se consiguen con su uso —decía— son distintos, y complementarios, a los que se logran con el insustituible estudio de la literatura jurídica. Trataré de demostrarlo a continuación, refiriéndome a algunas enseñanzas cinematográficas.

## **II. El Derecho como argumentación**

Creo que la primera enseñanza que debe adquirir cualquier jurista y, por supuesto, el juez, es que si bien el Derecho se puede definir de múltiples formas, atendiendo a sus varias dimensiones, la práctica del Derecho consiste básicamente en argumentar, no de cualquier manera sino conforme a ciertas normas y principios, para tomar decisiones. El cine lo ha mostrado en múltiples películas pero bastará con referirse a *Twelve Angry Men*, título mal traducido en España por *Doce hombres sin piedad* (Sidney Lumet, 1957), a mi juicio uno de las mejores películas jurídicas de todos los tiempos que es, en sí misma, una clase magistral de Derecho<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BONORINO, P.R., *La violación en el cine*, Valencia, tirant lo blanch, 2011, p. 19-20.

<sup>5</sup> A *12 AngryMen* le dedicó un número monográfico la revista *Chicago Kent Law Review* 82, 2007, *Symposium: The 50th Anniversary of 12 Angry Men*, y acaba de aparecer un libro monográfico sobre el clásico de Lumet: CHÁVEZ, E., ed., *12 hombres en pugna. Ni castigo ni perdón. El derecho a dudar*, Lima, Grijley, 2015.

Como casi todo el mundo sabe, la película de Lumet narra los debates de un jurado que ha de decidir acerca de la inocencia o culpabilidad de un muchacho acusado de haber dado muerte a su padre. Para llegar a tomar esa decisión, no porque sí sino por unas u otras razones, los personajes tienen que hablar, discutir, argumentar. La *visión* del Derecho que resulta de la clásica película es absolutamente moderna, apartada tanto de una concepción racionalista como de otra irracionalista de la práctica judicial; porque el pensar jurídico no es «monológico» sino «esencialmente dialógico»; porque más que de «razonamiento jurídico» habría que hablar de «argumentación jurídica». Es decir, *Doce hombres* enseña que la «práctica jurídica decisoria no está primariamente presidida por un razonar subjetivo, sino por un argumentar intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de la razón individual, las de la conciencia subjetiva del intérprete y/o juez, sino los argumentos intersubjetivos, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones. De este modo, la 'verdad' jurídica no se averigua subjetivamente, se construye intersubjetivamente; no se demuestra en su certeza inmanente, sino que se justifica o se fundamenta en su 'razonabilidad' hacia el exterior, para los demás»<sup>6</sup>. Por eso, como los hechos y su interpretación jurídica no están claros, el deber que algunos recuerdan a lo largo del debate es el de hablar, el de seguir discutiendo. Efectivamente, si se quiere llegar a conocer correctamente los hechos o a interpretar razonablemente las normas, si se pretende hacer luz, el método «más acreditado» de averiguación de la verdad es el de contradicción. «A él se refiere expresivamente la sentencia popular: «de la discusión sale la luz»<sup>7</sup>.

332

De *Doce hombres* podríamos fijarnos en otros muchos elementos interesantes en perspectiva judicial, pero sólo señalaremos una distinción conceptual fundamental a los efectos de entender el Derecho como argumentación<sup>8</sup>. Se trata del momento en que un miembro del jurado pide a otro que explique el cambio de su voto, a lo que éste le contesta que lo hace «porque está harto», lo que provoca una agria discusión. Realmente, aquél no pide a éste que le «explique» su actuación sino que la «justifique»; es decir, lo

<sup>6</sup> GARCÍA AMADO, J.A., «Retórica, argumentación y Derecho», *Isegoría* 21, 1999, p. 137.

<sup>7</sup> Andrés IBÁÑEZ, P., «La argumentación y su expresión en la sentencia» *Estudios de Derecho judicial* 32, 2000, p. 13.

<sup>8</sup> Tomo la expresión del título del libro de Atienza, M., *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

que debería hacer el interpelado no es enunciar los motivos, las causas, sino apuntar las razones, los argumentos, de su voto. En otros términos, quien toma una decisión práctica no está obligado a explicar sus motivos, por qué lo hace, sino a justificar los argumentos de su decisión, por qué debe hacerlo. «Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretende alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión. Hay muchas acciones, muchas decisiones, que podemos explicar aunque no nos parezcan justificadas»<sup>9</sup>.

### III. El Derecho como persuasión

Pero si bien la práctica argumentativa es la propiamente jurídica (y científica, por cierto), consigue resoluciones razonables y aporta legitimidad al juicio, también es cierto que en la toma de las decisiones pueden intervenir otros factores que alejarían el proceso del modelo ideal de diálogo e implicarían un déficit de racionalidad en la decisión. En este sentido, las garantías procesales, bien articuladas, ofrecen un cauce a la discusión que debe ser respetado.

Aquí habría que citar el cine del linchamiento y el cine de la venganza, precisamente para darse cuenta de la importancia del Derecho procesal y las garantías procesales; para tomarlos en serio. El cine del linchamiento tiene su mayor obra en *The Ox-Bow Incident*, *Incidente en Ox-Bow* (William A. Wellman, 1943). En estos casos se trata de hacer justicia, pues se pretende castigar a un presunto criminal, pero sin ningún tipo de garantía. Al prescindir del formalismo típicamente jurídico se prescinde también de las cortapisas que el Derecho establece para evitar que se cometa una injusticia; la *justicia en caliente* puede acabar, mucho más que un juicio con todas las garantías, en una injusticia. Lo mismo ocurre con todo tipo de ajustes de cuentas, tópico éste que ha dado lugar al cine de la venganza, cuya mejor representación se halla –creo– en la serie de *Dirty Harry*, *Harry, el sucio* (Don Siegel, 1971), justiciero que instruye, decide y ejecuta, al mismo tiempo, además de criticar implacablemente todas las garantías jurídicas. Ejercicio que el aspirante a juez puede llevar a cabo es el de observar la teoría del Derecho penal del enemigo en estas películas.

---

<sup>9</sup> ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 254.

También debería traerse aquí el cine de la pasión y muerte de Cristo, tantas veces llevado a la gran pantalla, pues la historia que narra tiene que ver con la decisión, que en este caso quizás sea errónea pero que es, sin duda, injusta y democrática. Claro que depende de lo que se entienda por democracia, pues es cierto que si la democracia es un procedimiento y nada más que un procedimiento, entonces «las minorías no tienen defensa alguna» y «se pueden legitimar las peores atrocidades y genocidios»<sup>10</sup>. En cualquier caso, esta filmografía valdría para (de)mostrar que ni la mayoría ni siquiera la unanimidad son las que justifican la decisión judicial. La multitud no es el mejor juez, sencillamente. Pensar lo contrario contradice el modelo del Estado constitucional de Derecho, que «tiene su fundamento ideal en la armónica integración de dos momentos complementarios: el propiamente *democrático* y el de *derecho*». El juez no ha de estar sometido a ni ser un representante de la mayoría; su legitimación no se halla en el momento democrático sino en el de derecho; sus sentencias no adquieren justificación por ser aceptadas o por coincidir con la opinión de la mayoría, sino por ser conforme a Derecho; su función es la de garantizar derechos, lo que «tiene una ineliminable dimensión de contrapoder»<sup>11</sup>. Podríamos rastrear precisamente entre gran número de películas que tratan de la pretendida legitimidad democrática de la justicia penal, pero sólo quisiera referirme a un producto cinematográfico sin duda deficiente, *Citizen Verdict, Justicia en directo* (Philippe Martínez, 2003), pero que apunta una idea terrible que nos interesa ahora, la de convertir la justicia en un *reality show* en el que es la audiencia la que juzga a un presunto criminal.

334

#### IV. El influjo de los medios de comunicación en la decisión judicial

Conectada con la anterior enseñanza se encuentra esta otra. Si todo el proceso que culmina en la toma de la decisión judicial ha de hacer uso de la racionalidad y concluir en una decisión razonable, el juez tiene que ser consciente de que en ocasiones los medios de comunicación, de forma ilegítima, pueden orientar o incluso tomar la decisión, haciendo que la sentencia adolezca, otra vez, de un déficit de racionalidad. Hay casos tanto reales como cinematográficos que lo prueban. Entre los cinematográficos destaca el de

<sup>10</sup> MIRANDA, J. P., *Racionalidad y democracia*, Salamanca, Sígueme, 1996, p. 78 y 134.

<sup>11</sup> Andrés IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 434.

Barbara Graham, personaje con el que Susan Hayward obtuvo el Oscar a la mejor actriz, en *I Want to Live!*, ¡Quiero vivir! (Robert Wise, 1958). La película de Wise puede leerse como un documento sobre la pena de muerte y, en este sentido, no aporta nuevos argumentos contra ese castigo sino que su peculiaridad reside en el sexo del reo. No aporta nuevos argumentos porque parece el caso claro del error judicial, además de mostrar muy claramente el sufrimiento, la tortura que significa el anuncio de la condena y la espera hasta la ejecución. Más interés tiene la explicación de los motivos que llevaron a que Barbara Graham fuera condenada. Precisamente porque se trataba de una mujer, los autores la acusaron a ella del crimen, en el entendimiento de que no sería condenada a la pena capital. Pero el plan falló y fue sentenciada a esa pena. ¿Por qué falló el plan? Porque un periódico orquestó una campaña contra ella, culpabilizándola, convenciendo tanto a la opinión pública como al tribunal de su responsabilidad. Buen ejemplo, por tanto, de cómo los medios de comunicación pueden orientar una decisión, del riesgo que para el Derecho tienen los juicios paralelos de la opinión pública. Quienes luchen por evitar la ejecución serán conscientes de la importancia que tuvieron los periódicos para crear «el clima que la condenó», y por eso ahora tratarán de que los mismos medios transformen ese contexto.

Ante la presión mediática, «los profesionales de la justicia tendrían que aprender a moverse con una relativa indiferencia. Algo que puede, mejor, debería enseñarse»<sup>12</sup>. En efecto, la lección para los jueces es clara: se les pide que se hagan conscientes de la importancia que pueden tener los medios y la opinión pública en la toma de decisiones, y que eduquen su espíritu crítico ante la presión de aquellos, para lo que podría valer tanto ¡Quiero vivir! como alguna otra filmografía<sup>13</sup>.

## **V. La posibilidad de errar en el conocimiento de los hechos**

Otro conocimiento fundamental para los jueces, pero que afecta a cualquier persona, es el de la falibilidad del conocimiento humano. Una vez más, es distinto leer en un manual que el conocimiento es falible, que observar en una narración cinematográfica que un dato que teníamos por ver-

---

<sup>12</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia*, cit., p. 154.

<sup>13</sup> Vid. RIVAYA, B., «La libertad de expresión en el cine», *Derechos y Libertades* 25, 2011, p. 115-144.

dadero no lo es. Como ningún otro medio, el cine ha convertido en tópicos argumentales el del falso culpable y el error judicial, sin duda porque ambas circunstancias van unidas a una emoción muy cinematográfica, la del suspense. Precisamente Alfred Hitchcock, a quien se llamó el rey del suspense y dirigió *The Wrong Man, Falso culpable* (1956), explicó a Francois Truffaut por qué le atraía tanto ese argumento: «Es que el tema del hombre acusado injustamente produce mayor sensación de peligro a los espectadores, porque se colocan más fácilmente en la situación de este hombre que en la de un culpable que trata de escapar. Siempre tomo en consideración al público»<sup>14</sup>. Por lo demás, el director satisfacía así en la pantalla su propio interés, pues en alguna ocasión declaró que le habría gustado ser abogado criminalista.

Este argumento tiene tanta fuerza dramática que ha sido utilizado desde los inicios del cinematógrafo, nada menos, y podríamos rastrearlo a lo largo de toda la historia del cine, hasta el momento actual. En *Intolerance, Intolerancia* (D.W. Griffith, 1916) ya se encuentra el caso del error judicial en uno de sus medimetrajes, pero el que parece que se va a producir es el más trágico que quepa imaginar, el que significa la condena a muerte de un inocente. Por eso la pena de muerte ha ido unida muchas veces al error judicial, siendo esta unión un recurso argumentativo abolicionista típicamente cinematográfico (ya hemos visto el ejemplo de ¡Quiero vivir!), porque el fallo en este caso es absolutamente irreparable, lo que sirve para reforzar, por medio de una emoción dramática, tanto el atractivo de la trama cuanto el argumento contra la pena capital.

336

Pero el gran director que trató los temas del falso culpable y del error judicial fue, junto a Hitchcock, Fritz Lang; no sólo porque el tópico lo desarrolló en varias ocasiones sino por lo alambicado de los argumentos de las películas que dirigió que versan sobre el error, no sólo judicial, y sobre todo por fijarse en los efectos imprevistos, inimaginables e indeseables, de las decisiones erróneas, pues si bien es verdad que las decisiones acertadas también pueden producir efectos lamentables, resultan mucho más censurables cuando son el resultado de una equivocación que, por principio, no debería producirse. Para el tema que nos interesa, de Lang habría que destacar, sobre todo, *Fury, Furia* (1936), *You Only Live Once, Sólo se vive una vez* (1937) y

<sup>14</sup> TRUFFAUT, F., *El cine según Hitchcock*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 50.

*Beyond a Reasonable Doubt*, cuyo título en español fue simplemente *Más allá de la duda* (1957), haciendo desaparecer el adjetivo «razonable». Cualquiera de esas películas valdrían, por cierto, para plantearse la cuestión de la duda y de la certeza razonables. Realmente, muchísimos otros filmes podrían valer para lo mismo; por citar uno más reciente, véase *MysticRiver* (Clint Eastwood, 2003), película en la que el cineasta juega con el espectador, haciéndole creer que es culpable quien es inocente, que por cierto llega incluso a confesar su (inexistente) culpabilidad. En fin, no sólo ocurre que la empresa del conocimiento humano es complicada y dificultosa, sino que también puede fracasar. ¿Siempre?

## **VI. El carácter probabilístico del conocimiento de los hechos**

Siempre. ¿Por qué? Porque puede afirmarse con certeza que el conocimiento humano, también el científico, también el de los jueces, es probabilístico, lo que no significa que no sea posible el conocimiento sino que no es absoluto sino probable. La película que como ninguna otra sirve para ilustrar la cuestión («el tema de la muy cuestionable sencillez de los hechos»<sup>15</sup>) es una obra de arte del cine judicial, aunque realmente no trate de un juicio sino de un interrogatorio policial, *Rashomon* (Akira Kurosawa, 1950); película que tiene tanta importancia que ha dado lugar a lo que en el ámbito de las ciencias sociales se denomina *efecto Rashomon*, precisamente, que hace referencia a la inevitable subjetividad que afecta a todo testimonio, de tal manera que los diversos relatos de *unos mismos hechos* constituyen *hechos distintos*, siendo todos igualmente plausibles. El *efecto Rashomon* se observa especialmente cuando personas provenientes de culturas diversas describen la misma realidad y, sin embargo, al utilizar cada uno su peculiar perspectiva, no describen lo mismo. No hace falta decir que la película resulta imprescindible para los aspirantes a jueces.

Un bandolero asalta a una pareja: presuntamente, mata al hombre y viola a la mujer. Pero los problemas surgen de inmediato. ¿Efectivamente mata al hombre? Si realmente lo mata, ¿es culpable de la muerte? Si es culpable de la muerte, ¿se trata de un homicidio o de un asesinato? En cuanto

---

<sup>15</sup> Andrés IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia*, cit., p. 252.

a la mujer, ¿el asaltante mantuvo relaciones sexuales con ella? Si realmente las mantuvo, ¿fueron o no consentidas? ¿O lo fueron más o menos?, etc. Los cuatro testimonios que constituyen la película se refieren a los referidos hechos, pero éstos son distintos según que atendamos a unos u otros testimonios. Supuesto que los tres participantes en el suceso y el testigo no mienten, ¿son todas las versiones igualmente verdaderas? ¿Hasta qué punto es posible llegar a saberlo? Ante semejante tesitura, el juez se convierte en el narrador privilegiado obligado a describir unos hechos que no ha conocido directamente, absolutamente incontrastables en condiciones idénticas, que ya nunca más volverán a producirse y sobre los que en adelante sólo podrá actuarse interpretativamente<sup>16</sup>.

*Rashomon* también sirve para distinguir muy claramente entre hechos externos e internos, entre datos conductuales y mentales. Estos últimos resultan fundamentales para determinar la responsabilidad pero es verdad que, en principio, «las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes» son más difíciles de conocer que los otros, que los hechos externos<sup>17</sup>.

## VII. El papel de las emociones en las decisiones judiciales

El juez tiene que hacerse consciente de sus emociones, para que no sean éstas las que tomen una decisión que ha de ser racional o razonable. También el cine serviría para lograr este cometido educador. Aunque pudieran analizarse otras, la película que quiero utilizar para mostrarlo es nada menos que *El rito*, de Ingmar Bergman (1969), una película en la que casi no existe una reflexión explícita, verbalizada, sobre el Derecho, pero sí existe otra cinematográfica, en imágenes, que se observa en el ambiente claustrofóbico de la narración, en el abundante sudor del personaje del juez, en sus gestos, a veces de superioridad, de condescendencia o de ira; a veces de miedo, de terror o de humillación. Resulta indiferente que la labor del juez, aplicar reglas, esté reglada, parece que quiere decirnos Bergman, pues todo el proceso, incluyendo su resolución final, es un producto de vivencias emocionales

<sup>16</sup> RIVAYA, B., *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 176.

<sup>17</sup> GASCÓN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 78.

y factores psicológicos absolutamente incontrolables. Desde luego, pretender que existe un Derecho previo del que se deducirían las decisiones judiciales no sería más que una «ilusión»<sup>18</sup>. Realmente no llama la atención la tendencia bergmaniana al psicologismo y al moralismo sino que esas perspectivas se utilicen para observar el trabajo de un juez, lo que no es común en nuestra tradición y puede resultar hasta escandaloso. En palabras de Juan Antonio Gómez, «la película es una crítica implacable a la concepción positivista, formalista del juez, como ejecutor mecánico de un proceso cognoscitivo lógico-deductivo, como fría, calculadora, aséptica y racional *bouche de la loi*. Es la propia naturaleza psíquica del juez, y su evolución a lo largo del filme, lo que determina el auténtico *modus esendi* de la función judicial, en plena sintonía con los postulados teóricos del realismo jurídico escandinavo»<sup>19</sup>.

El juez no parece ese funcionario del que hablaba Kantorowicz, que se halla sentado ante su mesa, en su cuarto, «armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie», al que se «le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta»<sup>20</sup>. Quizás al principio de esta cinta de Bergman pueda el juez ofrecernos esa imagen, pero bastará poco tiempo para darnos cuenta del sentimiento de culpa que le embarga por dedicarse a la jurisdicción, precisamente, una actividad que desprecia: «Admito que hay cierta crueldad también en mi profesión –dice–. Reprimir, humillar, juzgar e investigar». Pero las emociones del juez podrían ser otras y seguramente lo son en la mayoría de los casos. Sean unas u otras, lo que importa es que determinan la decisión; ésa es la realidad del Derecho según *El rito*. No digo que sea así necesariamente pero no está de más reflexionar sobre esa posibilidad.

---

<sup>18</sup> OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 106.

<sup>19</sup> GÓMEZ GARCÍA, J. A., «Derecho y Cine: *El rito*, o el Derecho y el juez según el realismo jurídico escandinavo», *Revista de Derecho UNED* 3, 2008, p. 118.

<sup>20</sup> KANTOROWICZ, H., «La lucha por la ciencia del Derecho»; en Varios, *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 329.

### VIII. La valentía y el sentido de la justicia como virtudes judiciales

Manuel Atienza, que ya hace años aseguró que el cine y la literatura deberían jugar un papel en la enseñanza de las virtudes judiciales<sup>21</sup>, apuntó la valentía y el sentido de la justicia entre éstas<sup>22</sup>. Efectivamente, tanto es cierto que el cine puede ayudar a cultivarlas como que la valentía y el sentido de la justicia son virtudes fundamentales de los jueces, porque pueden encontrarse ante muy diversas circunstancias que bien exijan enfrentarse a personas o instituciones, lo que un juez cobarde no haría; o bien saber de qué lado está la justicia, lo que un juez sin sentido de ésta no averiguaría. Efectivamente, el cine nos ha enseñado tanto el caso de jueces valientes como de jueces cobardes; tanto el de jueces con un acusado sentido de la justicia como carentes de éste. Para verlo, querría referirme ahora a la filmografía de Constantin Costa-Gavras, a quien se tiene por el director del cine político por excelencia, pero también es autor de un extraordinario cine judicial, absolutamente recomendable para que sea visto por los jueces, pues muchas de sus películas giran en torno a procesos. Ahora que lo pienso, el dato no deja de resultar curioso porque el juicio se presenta en sus películas como uno de los marcos en el que se desarrolla la política: en *Z* (1969), en *L'Aveu, La confesión* (1970), en *Section Spéciale, Sección especial* (1975), en *Music Box, La caja de música* (1989), además de en otras donde los juicios son paralelos, como *Etat de siege, Estado de sitio* (1973), o no llegan a verse, como en *Missing, Desaparecido* (1982).

340

Entonces, dos ejemplos tomados de Costa-Gavras para mostrar una virtud y, su contrapartida, un vicio judiciales; así como el sentido o la carencia de sentido de la justicia. *Z* es una película que forma parte de la historia, ya que contribuyó sin duda al desprestigio y al final del régimen de los coroneles, y de la historia del cine, pues resulta un caso peculiar de thriller político que tuvo enorme éxito. La trama gira en torno a un atentado que acaba con la vida de un líder político griego, progresista y pacifista, y la posterior investigación que lleva a cabo un joven juez, interpretado por Jean-Louis Trintignant, pulcro, inteligente y con sangre fría. En su momento tomé la

<sup>21</sup> «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ, R., eds., *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa y UNAM, 2008, p. 25.

<sup>22</sup> «Ética judicial», *Jueces para la Democracia* 40, 2001, p. 17.

película como ejemplo de uso alternativo del Derecho, pero sólo en un sentido muy genérico pude afirmarlo; realmente se trataba de un uso correcto, valiente, del Derecho. Quiero decir que no había varias alternativas entre las que un juez pudiera legítimamente elegir, optando el protagonista por la opción más avanzada, sino que la disyuntiva consistía en aplicar el Derecho o no hacerlo. ¿Por qué? Porque el poder político, y especialmente el militar, habían colaborado en el crimen y, por tanto, eran los más interesados en que no se aplicara el Derecho, en convertir el juicio en una farsa. El juez de la película resulta ejemplar porque se enfrenta al poder político, cuando lo más fácil sería aceptar la versión oficial que éste había elaborado, la «tesis del accidente», y cerrar la instrucción. Evidentemente, hacer frente a políticos y militares sólo puede traerle problemas y perjuicios, pero decide hacer lo que tiene que hacer, aplicar la ley. Muchas veces el juez tiene que hacer uso de su valentía y en un gran número de ocasiones se debe a las interferencias del poder político, que se inmiscuye en la actividad jurisdiccional buscando satisfacer sus intereses. Esta es otra enseñanza, por cierto, que se puede aprender en el cine: el poder (político pero se puede aplicar a otros poderes) trata de someter a los jueces, ponerlos de su lado, hacer que fallen a su favor.

El otro ejemplo, en el que no se muestra tanto el valor cuanto la cobardía, en el que no se muestra tanto el sentido de la justicia cuanto su carencia, se encuentra en *Sección especial*, una imprescindible película judicial; una de esas películas que se convierten en la mejor explicación de un concepto; en este caso el de la razón de Estado. ¿Les ha de interesar a los jueces la razón de Estado? Creo que sí.

En Vichy, en 1941, varios jóvenes acaban con la vida de un oficial alemán. Ante las previsibles represalias que las fuerzas de ocupación llevarán a cabo, las autoridades francesas deciden, por medio de una ley retroactiva, crear un tribunal especial para juzgar ese tipo de delitos, con competencia para decidir la pena de muerte. El (otro) problema es que no consiguen detener a los culpables y tienen que actuar con celeridad para, de nuevo, contentar a los ocupantes, así que deciden volver juzgar a algunos presos, condenados por delitos leves, que seleccionan entre comunistas y judíos. Ante semejante atrocidad, el ministro de Justicia se opondrá, aunque acabará cediendo. También se opondrá un juez al que se le ofrece la posibilidad de presidir la Sección especial, que airado dirá: «¡Perseguir a terroristas, ser severos, vale; pero condenar a muerte por una ley retroactiva a hombres que no

tuvieron nada que ver es abominable!». Entre los otros jueces y fiscales que participan hay cierto debate, pero la gran mayoría acaba aceptando la vulneración de los principios más básicos. Porque ese tribunal no es imparcial (ajeno a los intereses de las partes), ni independiente (exterior al poder), ni natural (anterior al hecho juzgado); es decir, vulnera las mínimas garantías que ha de cumplir un tribunal<sup>23</sup>. Pero además ese tribunal ha de aplicar el Derecho de una forma que no sólo repugna a quien defienda los principios jurídicos clásicos, liberales e ilustrados, los principios de irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, etc. ¿Por qué? «La cuestión no es sólo jurídica; nos guía la razón de Estado», dice el presidente de la Sección especial refiriéndose a ese argumento que pretende convertir en legítimo lo que, en circunstancias normales, sería condenable a todas luces, amparándose en el interés nacional, la defensa del Estado o el estado de necesidad.

Sección especial recuerda otra joya del cine judicial, *Paths of Glory, Senderos de gloria* (Stanley Kubrick, 1957), en cuya trama el Derecho se aplica con el objetivo de elevar la moral de la tropa, para lo que hay que «fusilar de vez en cuando». Pero la justificación de la decisión judicial, al igual que vimos que no podía fundamentarse en la mayoría o incluso en el consenso social, tampoco puede descansar en consideraciones instrumentalistas o utilitarias. «En el Derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la verdad precisamente en el sentido de correspondencia lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados»<sup>24</sup>. Con la sentencia sólo se ha de buscar satisfacer la justicia conforme a la ley, no elevar la moral de la tropa, tranquilizar a la sociedad, firmar un tratado de paz o quitar de la circulación a elementos indeseable (!) que no han cometido el crimen que se juzga.

No es un mal momento para recomendar a cualquier juez que lea la novela de Kafka y vea la película de Orson Welles, *The Trial, El proceso* (1962), antes de preguntarse por los requisitos que ha de cumplir un juicio. Porque ¿es *El proceso* efectivamente un proceso? Desde luego no es un proceso justo<sup>25</sup>: hay una evidente, escandalosa, indefensión; no se resuelven

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teorías del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 578.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 68.

<sup>25</sup> Díez-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas-Thomson, 2005, p. 405-428.

razonablemente las pretensiones del procesado; no conocemos qué es lo que puede hacer, qué recursos procesales puede utilizar, ni siquiera cabe esperar una resolución firme; la imparcialidad del juez parece un chiste; el derecho a la publicidad del proceso no existe; no hay asistencia ni siquiera interés del abogado por defender a su cliente; la dilación es la regla; ni siquiera tiene el derecho a presentar los medios de prueba que considere pertinentes; el derecho a conocer la acusación se vulnera; la presunción de inocencia se invierte y pasa a serlo de culpabilidad. En fin, hablar de «proceso» en este caso resulta una broma de mal gusto.

### **IX. Los jueces como funcionarios de las clases dominantes**

El marxismo ha tenido múltiples versiones pero, en relación a los jueces, probablemente la canónica afirme que se trata de gestores de los intereses de la burguesía. Al fin y al cabo, si el Estado no es más que el consejo de administración de la burguesía, si los juristas no son otra cosa que «sirvientes a sueldo» de la burguesía y si las leyes no pueden dejar de ser «prejuicios burgueses, tras los cuales se ocultan los correspondientes intereses de la burguesía»<sup>26</sup>, no parece que quepa una mejor concepción de los jueces. Los anarquistas tampoco los vieron con buenos ojos. Por ejemplo Kropotkin, que los sufrió, dijo del juez que era un «pervertido por el estudio del Derecho romano», un «maniático del código», un visionario que vivía en el mundo de «las ficciones jurídicas»<sup>27</sup>, tras lo cual se hallaría su opción de clase. ¿Se trasladó a la pantalla la crítica de los movimientos socialistas?

Sí. A efectos eruditos se podría analizar la relación entre el socialismo y la prehistoria del cine, pero el hecho de que la revolución soviética triunfara en 1917 hace que pronto surja un potente cine socialista que muestra la nueva visión del mundo, incluidos el Derecho y la judicatura. La película que mejor muestra la crítica marxista a los jueces es una joya de la cinematografía soviética, *La madre* (Vsévolod Pudovkin, 1926), que representa filmicamente la lucha de clases, un conflicto entre trabajadores y empresarios que

---

<sup>26</sup> MARX, K. y ENGELS, F., *El manifiesto comunista* [1848], Madrid, Alhambra, 1985, p. 53-54, 65.

<sup>27</sup> KROPOTKIN, P., *Las prisiones*, Valencia, F. Sempere y Cia, s.f., p. 52; *Ouvres*, Paris, Francois Maspero, 1976, p. 224; *Palabras de un rebelde*, Palma de Mallorca, Pequeña Biblioteca Calamus Sriptorius, 1977, p. 91.

acabará en los tribunales. Nos interesa la presentación que hace de éstos en una escena que debería ser de obligado visionado por los jueces, comenzando con una toma completa del majestuoso edificio del Palacio de Justicia, custodiado por militares. Ya dentro espera la madre del revolucionario encausado, una mujer angustiada, enjuta, cuya pequeñez y desamparo contrasta con el imponente edificio que se acaba de enseñar. La imagen de los jueces no deja lugar a dudas de la condena que se hace caer sobre ellos. Pudovkin identifica a cada uno de los tres magistrados con una virtud, rectitud, justicia y piedad, pero quedan contradichas por la actitud o la expresión de los personajes: Uno con cara de aburrido; dormido otro; con un semblante cruel el tercero. Tras la vista, en la que destacan impresionantes primeros planos, la condena. «¿Es esto justicia?», se preguntará la madre. No, contestará el comunismo, porque ésa es una justicia de clase.

Desde el anarquismo, la crítica cinematográfica a la judicatura puede verse, nunca mejor dicho, en *Sacco e Vanzetti* (Giuliano Montaldo, 1971), película que narra los conocidos sucesos que dieron con la ejecución de Sacco y Vanzetti, en 1927, condenados por robo y asesinato. La imaginen que la película de Montaldo transmite de los jueces es lamentable. Es cierto que quien comienza ejerciendo la defensa mantiene una actitud excesivamente relajada ante el tribunal y que el juez muestra el hartazgo por ese comportamiento, pero la genial escena del plano subjetivo, cuando la cámara se convierte en los ojos del juzgador que miran las sandalias que calza el letrado ya nos dice que la sentencia va a ser condenatoria, no porque los acusados sean culpables sino por otras razones: porque son pobres, anarquistas, inmigrantes y el abogado no guarda el debido respeto. Se trata, como saben ver los dos imputados y su defensor, de un «proceso político» que acabará con la condena de los imputados, en el marco de la lucha contra el movimiento obrero.

Por supuesto, no hay que compartir necesariamente la crítica, pero es un ejercicio interesante que los jueces se planteen si es cierta, o pudo haber sido, y hasta qué punto.

Éstas son sólo algunas de las enseñanzas, las más obvias, que en el cine puede encontrar un juez o un aspirante a juez. Por la forma fílmica de enseñar, vivencial y en absoluto abstracta, se trata de realidades o propuestas que se convierten rápidamente en motivo de reflexión; quizás ésa sea una de las grandes virtudes del cine como medio de enseñanza.

## La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine

✉ ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA\*

### Sumario:

**I.** Introducción. **II.** Planteamiento y método de la investigación. **III.** Propuesta del cine como estrategia didáctica en la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales, a través del curso de razonamiento jurídico. 3.1. Introducción. 3.2. Fundamentos. 3.3. Objetivos. 3.4. Metodología. 3.4.1. Películas. 3.4.2. Contenidos. 3.4.3. Infraestructura. 3.4.4. Evaluación. 3.4.5. Forma de trabajo. **IV.** Resultados. **V.** Discusión. **VI.** Conclusiones.

### Resumen:

El autor propone el uso del cine como herramienta para la enseñanza de principios constitucionales a los alumnos de Derecho, usando el curso de razonamiento jurídico. Para ello presenta un estudio que realizó directamente, usando un grupo experimental y un grupo de control, ambos bajo su dirección. Un grupo aprendió conceptos jurídicos mediante el cine y otro por la manera tradicional. El artículo nos presenta su metodología y resultados.

345

### Palabras clave:

Cine, razonamiento jurídico, ponderación, enseñanza del Derecho.

### Abstract:

The author proposes the use of cinema as a teaching tool in legal reasoning classes in order to teach constitutional principles to students of law. He presents his own investigation on the subject, where he used an experimental group and a control group, both under his direct supervision. One group learned legal concepts through cinema and the other through the traditional way. The article presents his methodology and results.

### Keywords:

Cinema, legal reasoning, balancing, legal education.

---

\* Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco.

## **I. Introducción**

**H**ace más de cuatro décadas que la enseñanza del derecho vive una permanente tensión entre la tradición y el cambio<sup>1</sup>. Es desde aquellos momentos que estudiosos como De Trazegnies, Avendaño y Zolezzi, plantearon los principios en los que debería basarse ese discurso renovador que define al derecho como «un instrumento para la realización de fines sociales y no como un simple ordenamiento formal», lineamientos que hoy podemos considerar vigentes: a) estudiar al derecho tal como se produce en la sociedad, es decir, a través de los distintos modos en los que se manifiesta y no en abstracto; b) confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales para examinar la coherencia de su racionalidad interna en contraste con las exigencias, necesidades y aspiraciones sociales; c) asumido como practica social, el Derecho evoluciona con la sociedad misma y no es el único orden jurídico posible<sup>2</sup>.

Tradicionalmente la enseñanza del derecho se realiza mediante la descripción de las normas o instituciones de cada rama del derecho desde la perspectiva formalista, de una manera aislada sin conectarlos con la sociedad donde se desarrollan<sup>3</sup>. A esto debemos sumar que por la experiencia, los abogados sabemos que la enseñanza del derecho se realiza principal y casi generalmente a través de la clase magistral, que en palabras de Capella (1995), citado por Rivaya (2006) para el caso Español, se trata de «un monólogo de tres cuartos de hora de duración (...) impartido a centenares de personas a la vez, ininterrumpido salvo excepcionalmente (...) seguido en ocasiones, al acabar la clase, de aclaraciones y consultas por parte de alumnos interesados y peloteo de los que quieren hacerse ver».

Más allá del tema de la enseñanza jurídica, no podemos dejar de considerar el enfoque constructivista que viene guiando la educación en este siglo, en el que ya no solo se habla de «enseñanza» como lo hacía el diseño

---

<sup>1</sup> GONZALES, Gorki (2008), «La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades». PUCP. Lima.

<sup>2</sup> GONZALES, Gorki (2008), «La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades». PUCP. Lima..

<sup>3</sup> PEREZ, José Luis (2008), «Cine y Derecho. Aplicaciones Docentes» Univ. Pompeu Fabra. En: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/cine-y-derecho-aplicaciones-docentes-0/>>. Consultado el 2 de diciembre de 2013.

instruccional, sino más bien de un complejo proceso de enseñanza-aprendizaje, para el cual: «el aprendizaje no es cambio de conducta ni mera adquisición de información ni solo un cambio de percepción, sino el proceso de construcción de representaciones de la realidad que hace el sujeto»; y dentro del cual se puede resaltar el constructivismo social de Vygotsky, que sitúa al alumno dentro de un contexto sociocultural. (Pacheco, 2004)

Un tercer aspecto a considerar es la aparición, en los últimos años, de diferentes estudios interdisciplinarios entre el derecho y otras disciplinas sean estas sociales, filosóficas o culturales, las cuales encuentran su justificación en que, a partir de mediados del siglo XX se ha empezado un proceso para dejar atrás la concepción única y casi absoluta del formalismo jurídico, empezando a complementar al, hasta entonces, insuficiente derecho, con la moral, la sociología, la economía, entre otros. Según Rivaya (2004), un ejemplo de ello son los trabajos en materia de Cine y Derecho que se han venido realizando, principalmente en los Estados Unidos, pero con un ritmo importante en España y en nuestro propio país; los que encuentran un sentido primario en que «el cine no ha podido dejar de lado la temática jurídica, sencillamente porque el Derecho no es más que la propia vida social, observada desde cierta perspectiva, por que el dato jurídico, la impregna toda».

347

En este panorama, considerando por una parte la permanente crisis de la educación en materia jurídica, y por otra, los avances del enfoque constructivista, así como los diferentes estudios interdisciplinarios entre el cine y el derecho, y teniendo en cuenta que en las últimas décadas se han desarrollado diferentes estrategias, medios y materiales didácticos, de naturaleza visual, sonora, audiovisual y de nuevas tecnologías; vemos de suma importancia para el contexto social la aplicación de nuevas estrategias en el proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho y en el caso específico, mediante el cine, debido a sus diferentes relaciones de reciprocidad que muestran los estudios y experiencias realizados hasta la fecha. Son estas las consideraciones que motivaron la presente investigación.

## **II. Planteamiento y método de la investigación**

El presente trabajo busca probar que la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales puede tener mucho éxito mediante la estrategia didáctica del cine. Para ello he seleccionado la asignatura de razonamiento

jurídico, como el medio para aplicar mi propuesta, debido a que sus contenidos incluyen la aplicación de los principios constitucionales en la realidad y a la vez para realizar el experimento que pruebe su influencia positiva en el proceso de enseñanza-aprendizaje, esto último mediante el rendimiento académico de los estudiantes matriculados en la mencionada asignatura, por ello el objetivo de la presente investigación es determinar en qué medida, la aplicación del cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje, influye en el rendimiento académico de los estudiantes del curso de razonamiento jurídico.

En ese entender, tenemos que la presente es una investigación experimental, del tipo experimento «puro» y diseño con posprueba únicamente y grupo de control. Experimental, pues lo que se pretende es establecer el posible efecto de una causa que se manipula. (Fernández, Hernández y Baptista, 2010).

Del mismo modo, siguiendo la tipología de Campbell y Stanley (1966) citados por Hernández, Fernández y Baptista (2010), estamos ante un experimento «puro», pues este reúne dos requisitos para lograr el control y la validez interna: grupos de comparación (manipulación de la variable independiente), y equivalencia de grupos.

348

Se trata de un diseño con posprueba únicamente y grupo de control, porque incluye dos grupos equivalentes seleccionados de acuerdo a la técnica del emparejamiento, uno recibe el tratamiento experimental y el otro no, de esta manera la manipulación de la variable independiente alcanza solo dos niveles: presencia y ausencia. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010)

La población está constituida por el 100% de los estudiantes matriculados en el curso de Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B», en la carrera profesional de Derecho de la Universidad Andina del Cusco. Los cuales totalizan 111 estudiantes, 55 en el grupo «A» y 56 en el grupo «B». La población del presente estudio es de tipo finita, integrada por los estudiantes matriculados en el curso de Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B».

El tipo de muestreo utilizado en este trabajo es no probabilístico o dirigido, pues supone un procedimiento de selección informal. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010) Las investigaciones experimentales, la mayoría de veces utilizan muestras dirigidas, a diferencia de los estudios no experi-

mentales descriptivos o correlacionales-causales, que deben utilizar muestras probabilísticas. (Hernández, Fernández y Baptista, 2010)

En este trabajo era necesario conformar dos grupos que sean prácticamente iguales, para poder aplicar el experimento de acuerdo al diseño de investigación señalado, de esta manera, se seleccionaron:

- Un grupo experimental conformado por quince alumnos del curso de Razonamiento jurídico, grupo «B»;
- Un grupo de control conformado por quince estudiantes del curso de Razonamiento jurídico, grupo «A».

Ambos grupos fueron seleccionados, de acuerdo al promedio obtenido por los estudiantes en las dos primeras unidades. De esta forma ambos grupos son homogéneos en cuanto a su rendimiento académico, incluyéndose en cada grupo: dos estudiantes cuyo promedio es 18, tres cuyo promedio es 17, tres con 16, tres con 15, tres con 14 y uno con 13; siendo el criterio de inclusión el de ser estudiante de la carrera profesional de derecho y estar matriculado en el curso de Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B».

349

La recolección de datos se realizó mediante un examen escrito de conocimientos correspondiente a la unidad 3 del curso de razonamiento jurídico, el mismo que fue diseñado por mi persona, como docente de la asignatura y autor de la presente investigación. El objetivo fue evaluar el rendimiento académico de los estudiantes, tanto del grupo experimental como del grupo control, en la unidad 3, y de esta forma comparar la influencia de la estrategia empleada en la investigación. El examen consistió en una prueba objetiva de diez preguntas y que fue desarrollada por todo el universo (Razonamiento jurídico, grupos «A» y «B») en un tiempo de 15 minutos. Para posteriormente considerar solo las calificaciones del grupo control y el grupo experimental en la comparación destinada a determinar en qué medida influyó la estrategia planteada. Al ser mi persona el docente de ambos cursos, la información sobre el rendimiento académico se obtuvo de primera mano.

Finalmente, debo precisar que para realizar la investigación, desarrollé una propuesta basada en utilizar el cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza aprendizaje del curso de razonamiento jurídico, trabajo analítico y argumentativo que explico y fundamento a continuación.

### **III. Propuesta del cine como estrategia didáctica en la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales, a través del curso de razonamiento jurídico**

#### **3.1. Introducción**

El cine como estrategia didáctica para la enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales en el curso de razonamiento jurídico, es la propuesta que realicé con el fin de ser aplicada como parte del proceso de enseñanza-aprendizaje de la asignatura de razonamiento jurídico, e incluso materias afines que tengan contenidos iguales o similares, dentro de los planes curriculares de la carrera profesional de derecho.

Planteamos una propuesta didáctica novedosa que sirve como canal facilitador de la obtención de conocimientos y agente de enseñanza que inspira la reflexión y el análisis, constituyendo un nuevo enfoque para la enseñanza y el aprendizaje de los contenidos temáticos del razonamiento jurídico, en especial de los principios constitucionales.

350

#### **3.2. Fundamentos**

Para comenzar a argumentar los fundamentos que sustentan la presente estrategia didáctica debemos comenzar haciéndonos la siguiente pregunta: ¿es posible utilizar el cine como un instrumento para la didáctica jurídica?

La pregunta lanzada no es nueva, pues ya fue realizada para el mundo académico por diferentes profesores en el mundo, entre ellos Rivaya (2006) en la Universidad de Oviedo, quien en la búsqueda de responderla realiza un estudio, cuyos detalles son necesarios de precisar.

En primer término, el profesor español hace un análisis sobre el tradicionalismo de la pedagogía jurídica española, basándose en estudios previos hace una crítica sobre cómo esta se realiza en gran medida mediante la denominada clase magistral, la cual si bien sigue siendo necesaria, no es suficiente para los objetivos de esa operación, hoy en día tan compleja, que es el estudio o la formación jurídica. Puntualiza la problemática de la desmotivación del estudiante así como de su participación activa en el proceso. (Rivaya, 2006).

En segundo lugar, nos habla sobre un posible papel para el cine en el nuevo contexto de la enseñanza del derecho, explicando la transformación completa en la formación superior de acuerdo a los nuevos espacios educativos en Europa, precisando que el derecho no podrá mantenerse al margen de dicha situación, por lo que se configura un panorama en el que el cine puede colaborar decisivamente en esa tarea, argumentando ciertas virtualidades que el cine podría aportar a la educación jurídica, tales como: el ser una atractiva innovación educativa, un medio para que la educación se centre en el alumno, introduce nuevos recursos lo que mejora la calidad de enseñanza, potencia la interdisciplinariedad, y ayuda al desarrollo de las posibilidades de una formación permanente. En esa medida también puntualiza que con ello no se busca que la educación en derecho sea cinematográfica, pues esta siempre debe ser literaria, sino en aprovechar las posibilidades que este instrumento nos brinda para mejorar aquella (Rivaya, 2006).

Finalmente, el autor hace una propuesta de las modalidades en las que se podría introducir el cine en la enseñanza del derecho, considerando dos; una mediante la incorporación de una película dentro de una asignatura convencional, con el objeto de explicar un tema jurídico específico, pudiendo tener diferentes posibilidades de acuerdo al sin número de películas con temáticas civil, penal, constitucional, procesal, derechos humanos, entre otras; y la otra, constituyendo una asignatura dedicada específicamente a cine y derecho, en el que se puede desarrollar de forma consecutiva análisis y estudios de las diferentes disciplinas jurídica (Rivaya, 2006).

Reforzando la idea de utilizar el cine para la didáctica jurídica, encontramos los aportes del profesor Pérez (2008), quien expone dos argumentos en los que basa la relevancia del estudio de películas en un aula jurídica.

El primero de ellos, al que el profesor denomina «potencialidad contextual» del cine, se sustenta en la concepción de que el derecho no es un ámbito que pueda estar aislado de otros fenómenos como la moral, la política o los aspectos sociales, sino mas bien es una realidad amplia y compleja que está continuamente relacionada con dichos fenómenos, es en ese entender que el cine puede contribuir a mostrar todos esos aspectos con los que interactúa, siendo este el escenario en el que el estudio del derecho a través del cine adquiere un valor notable, pues existen pocos instrumentos tan pro-

picios como el cine, para un análisis interdisciplinario, ya que describe la realidad casi tal cual como es. (Pérez, 2008)

Bajo la aceptación del argumento antes expuesto, surge la «potencialidad emocional» del cine, la que se fundamenta en que además de la interdisciplinariedad, se deben tomar en cuenta otros aspectos de naturaleza práctica y emocional. La docencia del fenómeno jurídico no puede reducirse a la comprensión abstracta de las normas jurídicas, pues estas se entrelazan en un contexto social, político y moral, y su aplicación a los casos concretos tiene importantes efectos en la vida de los individuos. El análisis jurídico a través del cine, supone dar entrada al factor emocional en la enseñanza, pues el cine, como las demás artes, está destinado a producir emociones, y estas suelen tener dos repercusiones positivas para la docencia: favorecen el interés del estudiante por un tema jurídico, y sirve para que se comprenda mejor la materia que se está tratando. Como agregado sustancial encontramos que, para que la «potencialidad emocional» del cine sea buena consejera docente, debe ser alentada, apoyada y guiada por el profesor. (Pérez, 2008).

### **3.3. Objetivos**

Explicar los contenidos temáticos del curso de razonamiento jurídico de una forma adecuada y comprensible, así como lograr un mayor interés por parte de los estudiantes al analizar la realidad del derecho mediante los filmes, y que de esta manera comprenda y aprenda significativamente los conocimientos más importantes acerca de los principios constitucionales en la asignatura del razonamiento jurídico.

Presentar un modelo de estrategia didáctica basada en la apreciación, comentario y análisis de películas, reflexionando sobre la importancia de utilizar medios más interesantes en la didáctica jurídica.

### **3.4. Metodología**

De acuerdo a lo expuesto, la estrategia didáctica del cine, es una propuesta novedosa para la enseñanza de los principios constitucionales en el curso de razonamiento jurídico, que busca mejorar el aprendizaje significativo en los estudiantes. En ese sentido, pasaremos a desarrollar los componentes de nuestro modelo.

### 3.4.1. Películas

Como parte medular de nuestra estrategia hemos seleccionado dos películas cuyos argumentos cinematográficos tienen contenido jurídico y pueden servir para ejemplificar o recrear las situaciones que muestran el derecho práctico, directamente relacionado con los contenidos de la asignatura. Se trata de las películas:

#### ¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg) (Film Affinity)

Título original: Judgment at Núremberg

Año: 1961

Duración: 186 min.

País: Estados Unidos

Director: Stanley Kramer

Guión: Abby Mann (Teatro: Abby Mann)

Música: Ernest Gold

Fotografía: Ernest Laszlo (B&W)

Reparto: Spencer Tracy, Burt Lancaster, Richard Widmark, Marlene Dietrich, Maximilian Schell, Judy Garland, Montgomery Clift, Edward Binns, Werner Klemperer, Torben Meyer, Martin Brandt, William Shatner, Kenneth MacKenna, Alan Baxter, Ray Teal

Productora: MGM/UA

Género: Drama Histórico. Drama judicial. Nazismo

Sinopsis: En 1948, tres años después del final de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), cuatro jueces, cómplices de la política nazi de esterilización y limpieza étnica, van a ser juzgados en Núremberg. Sobre Dan Haywood (Spencer Tracy), un juez norteamericano retirado, recae la importante responsabilidad de presidir este juicio contra los crímenes de guerra nazis.

#### El escándalo de Larry Flynt (Film Affinity)

Título original: The People vs. Larry Flynt

Año: 1996

Duración: 130 min.

País: Estados Unidos

Director: Milos Forman

Guión: Scott Alexander & Larry Karaszewski

Música: Thomas Newman

Fotografía: Philippe Rousselot

Reparto: Woody Harrelson, Courtney Love, Edward Norton, Crispin Glover, James Cromwell, James Carville, Brett Harrelson, Donna Haver

Productora: Columbia Pictures

Género: Drama Biográfico. Años 70

Síntesis: En Estados Unidos, a principios de los años setenta, en plena revolución sexual, un empresario llamado Larry Flynt crea una cadena de establecimientos de strip-tease, que será la base de su gran imperio de revistas: Hustler fue, para muchos, una revista vulgar, sensacionalista y provocadora, pero convirtió a Flynt en el adalid de la primera enmienda de la Constitución americana.

### **3.4.2 Contenidos**

354

En cuanto a los contenidos, consideramos los siguientes temas de la asignatura que tratan sobre principios constitucionales, para que puedan ser estudiados utilizando la estrategia didáctica del cine.

#### **Teoría de los principios**

Fue el filósofo del derecho, Ronald Dworkin, quien por primera vez planteó un modelo de principios en contraposición al modelo de reglas del sistema jurídico, planteado por autores como Kelsen o Hart, vigente hasta nuestros días, pero con mayor auge en la primera mitad del siglo XX (Alexy, 2006).

Según este enfoque principialista planteado por Dworkin, el derecho no sólo está integrado por reglas sino también por principios a los que se recurre ante un caso difícil, como sería la ausencia de una regla positiva que resuelva dicho caso. Siempre hay una y solo una respuesta correcta en el derecho y el juez debe aspirar a ser un «Hércules» equipado de una serie de habilidades y capacidades que lo harían capaz de encontrarla (Alexy, 2006).

En ese mismo sentido el profesor alemán Robert Alexy (2006), propone un enfoque similar pero con ciertas y marcadas diferencias; nos dice

que el derecho está integrado por normas las cuales se dividen en reglas y principios y que no se puede esperar una sola respuesta correcta en los casos difíciles porque los jueces no disponen de tiempo ni conocimiento ilimitado y que además si dos principios entran en colisión se recurre a la ponderación, donde ponderar es dar un peso a cada principio en relación al caso concreto para preferir uno en lugar del otro.

Si existen coincidencias entre Dworkin y Alexy, sin duda una de ellas es que ambos ayudan a construir los criterios de distinción entre reglas y principios, aspecto sustancial de ambas teorías. Así encontramos que:

En cuanto a los principios, la obligación abstracta de aplicar la consecuencia jurídica de estos puede tornarse no obligatoria en casos concretos y el derecho contenido en el principio puede ser afectado u optimizado en algún grado, por tanto los principios son graduables y optimizables. Además de ello, los principios entran en colisión en casos concretos, es decir cuando la satisfacción de un principio implica la afectación del otro y dicha colisión se resuelve con la precedencia de uno sobre el otro en virtud de su peso según el caso concreto por tanto los principios son ponderables (Alexy, 2006).

355

Por otra parte, acerca de las reglas tenemos que la obligación abstracta de aplicar la consecuencia jurídica de estas, nunca puede tornarse no obligatoria en casos concretos, en consecuencia las reglas son de aplicación todo o nada por tanto las reglas no se gradúan ni optimizan. Cuando las reglas entran en contradicción (incompatibilidad), estos casos se resuelven por el criterio de ley superior o ley posterior y la regla que no prima queda invalidada, y si se presenta una excepción se resuelve por el criterio de especialidad, por tanto en caso de contradicción entre reglas no hay ponderación (Alexy, 2006).

### **Ponderación**

Según Bernal (2003) la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, pues determinan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Cuando se pretende aplicar el mandato de optimización previsto en el principio respectivo, se tiene que generar una medida pública o dictar una

sentencia en la que se aplique dicho principio. Sin embargo en el proceso de optimización de un principio se encuentran obstáculos relativos a las posibilidades jurídicas y fácticas.

La ponderación es otro método estructural, como también lo es el denominado silogismo jurídico. Es utilizable en los denominados casos difíciles, relativos a colisiones de principios sobre derechos fundamentales. Consiste en el proceso de asignación de pesos a los principios en conflicto, para preferir aquel que haya obtenido mayor peso de importancia (balancing). La ponderación implica – en un caso concreto de colisión de principios - la preferencia por el principio de mayor importancia y la afectación de otro principio que se considere de menor importancia. La ponderación es un procedimiento racional (pero limitado) que contribuye a la solución de conflictos entre principios, pero no ofrece resultados definitivos y exentos de alguna subjetividad. La ponderación dota de coherencia lógica al razonamiento jurídico, pero no en sentido absoluto, porque sus resultados no siempre son unívocos.

356

Es quizá Robert Alexy quien con mayor claridad y precisión haya expuesto la estructura de la ponderación (Bernal, 2003). De acuerdo con él, los tres elementos que forman la estructura de la ponderación son:

- La ley de la ponderación: según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». A su vez esta ley se divide en tres pasos a saber: definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios; definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y definir si la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

- La fórmula del peso: expresa que el peso del principio P1 en relación con el principio Pj, en las circunstancias de un caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P1 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.

- Las cargas de argumentación: estas operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos. En este punto Bernal Pulido considera que Alexy, parece defender dos posiciones, pues en su obra «Teoría de los derechos fundamentales» expone que la carga argumentativa será a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica; mientras que en otro trabajo, escrito quince años después, un empate jugaría a favor del legislador y el principio democrático en el que se funda la competencia del parlamento.

### **3.4.3. Infraestructura**

La infraestructura está referida a los recursos disponibles para llevar a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje, o sea la implementación de ciertas condiciones para el correcto uso de la estrategia. En este caso se requiere, además del salón habitual de clases, un aula implementada con proyector de audiovisuales y equipo de sonido de buena calidad, espacio con el que cuenta la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco en su Sala de Cine Jurídico.

357

### **3.4.4 Evaluación**

Jornet, citado por Leyva (2010), expresa que: se entiende por evaluación un proceso sistemático de indagación y comprensión de la realidad educativa que pretende la emisión de un juicio de valor sobre la misma, orientado a la toma de decisiones y la mejora. La evaluación se realizará con un examen escrito sobre los temas correspondientes.

### **3.4.5. Forma de trabajo**

La aplicación de la presente estrategia debe llevarse a cabo en dos tipos de ambientes: el salón de clases y la sala de cine jurídico; durante un total de nueve sesiones, distribuidas de la siguiente manera:

**Sesión 1:** Exposición introductoria sobre la didáctica a utilizar; breve explicación y entrega de material sobre la teoría de los principios y proyección de la primera parte de la película «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)».

**Sesión 2:** Exhibición de la segunda parte de la película «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)».

**Sesión 3:** Exposición sobre los detalles técnicos y artísticos de la película «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)» y breve comentario sobre su importancia histórica. Taller colectivo-participativo de análisis del audiovisual sobre el principalismo y el positivismo.

**Sesión 4:** Forum, sobre la identificación de los principios y reglas usando como marco los comentarios y análisis del filme «¿Vencedores o vencidos? (El juicio de Núremberg)» visionado clases atrás.

**Sesión 5:** Exposición por parte del profesor resumiendo los principales aspectos del principalismo, puntualizando en qué consiste la colisión de principios y la ponderación.

**Sesión 6:** Proyección de la película «El escándalo de Larry Flynt». Entrega de material de estudio sobre la Ponderación.

**Sesión 7:** Exposición sobre los detalles técnicos y artísticos de la película «El escándalo de Larry Flynt» y breve comentario sobre su relevancia histórica. Taller sobre identificación de principios, colisiones y aplicación de la ponderación.

**Sesión 8:** Forum sobre el principalismo y la ponderación utilizando como marco de referencia la cinta «El escándalo de Larry Flynt» proyectada dos sesiones atrás. Exposición final y resumen de conclusiones.

**Sesión 9:** Evaluación consistente en un examen escrito de conocimientos.

358

#### **IV. Resultados**

Luego de realizado el experimento, podemos señalar lo siguiente:

El promedio del grupo experimental subió 2 puntos en la unidad 3, en relación al promedio de las unidades 1 y 2. En el caso del grupo control, el promedio también subió, pero solo 1,2 puntos.

De los 15 estudiantes integrantes del grupo experimental, 13 de ellos

incrementaron su nota, uno mantuvo la misma calificación y también uno disminuyó su rendimiento. Mientras que en el grupo control, 7 incrementaron su nota, 6 mantuvieron su rendimiento, y 2 disminuyeron su calificación.

En relación a los estudiantes con un promedio de 18 en las unidades 1 y 2, en el grupo experimental ambos subieron su rendimiento, uno de ellos en un punto y el otro en 2; mientras que en el grupo control, uno subió su nota en 2 puntos y el otro mantuvo la misma calificación.

De entre los estudiantes cuyo promedio inicial era 17 en el grupo experimental, 2 de ellos incrementaron su nota en 1 y 2 puntos respectivamente y el otro disminuyó en un punto. En el grupo control dos mantuvieron la misma calificación y otro aumento en 2 puntos.

En cuanto a aquéllos que tenían un promedio de 16 en el grupo experimental los 3 estudiantes subieron su rendimiento, 2 de ellos en 2 puntos y el otro en 1. En el grupo control, uno subió su nota en 4 puntos, otro en 3 puntos, y uno más mantuvo la misma nota.

Los estudiantes, cuyo promedio de las unidades 1 y 2 era 15 en el grupo experimental, uno incrementó su nota en 5 puntos, otro en 3 puntos y el último se mantuvo igual; por otro lado, en el grupo control uno incrementó en 5 puntos, otro se mantuvo igual y el tercero disminuyó en un punto.

De los estudiantes cuya nota inicial era 14, los tres subieron sus notas en 3 y 2 puntos en el grupo experimental; de los 3 estudiantes del grupo control que fueron seleccionados con una nota de 14, uno incrementó en un punto, otro se mantuvo igual y el tercero disminuyó su nota en un punto.

El estudiante que tenía la nota de 13 en el grupo experimental, incrementó su rendimiento en 2 puntos, al igual que el del grupo control.

Los resultados confirman que la estrategia didáctica del cine, influye positivamente en el rendimiento académico de los estudiantes del curso de razonamiento jurídico.

## **V. Discusión**

De acuerdo a los resultados obtenidos, encontramos que los estudian-

tes del grupo experimental tuvieron un incremento de dos puntos en su promedio general grupal, lo que se puede considerar como importante y positivo para su rendimiento académico, empezando de esta forma a responder la pregunta principal que se hiciera al plantear esta investigación.

Para complementar ello vemos que el grupo de control, cuyos promedios eran exactamente iguales a los del grupo experimental, antes de la aplicación de la estrategia, si bien también incrementaron su rendimiento este no fue tan importante como el del grupo experimental, subiendo solo en 1,2 puntos en cuanto al promedio general grupal se refiere.

Si bien existe incremento en el rendimiento académico de ambos grupos este es mayor en el grupo experimental, por lo que al ser los dos grupos homogéneos y habiéndose aplicado la estrategia didáctica del cine solo al grupo experimental, debemos entender que esta es la que generó el aumento en el rendimiento de los estudiantes, al menos en la diferencia que existe entre uno y otro incremento.

360

Considerando el incremento producido en el rendimiento de los estudiantes del grupo experimental y la comparación realizada con los resultados del grupo de control, podemos decir que el cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza aprendizaje del curso de razonamiento jurídico, influye positivamente en el rendimiento académico.

Así mismo, es necesario precisar que si bien existe la posibilidad remota de que otros factores no identificados y de imposible manejo para el investigador, hubiesen influido en los resultados de la investigación, esta no puede desmerecerse, por la improbabilidad de tener esa certeza y principalmente por que el rendimiento académico de los estudiantes, no disminuyó considerablemente, si no, más bien se mantuvo o aumentó positivamente.

## **VI. Conclusiones**

El cine como estrategia didáctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje influye positivamente en el rendimiento académico de los estudiantes del curso de razonamiento jurídico.

La estrategia didáctica del cine, influye positivamente en el proceso de enseñanza-aprendizaje, funcionando de forma complementaria con las

## *La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine*

demás estrategias tradicionales y modernas, por lo que es necesaria pero no puede ser la única.

La estrategia didáctica del cine es un medio muy atractivo e interesante para la enseñanza de las instituciones jurídicas del razonamiento jurídico, utilizando los talleres colectivo-participativos y el fórum de discusión y análisis.

La enseñanza-aprendizaje de los principios constitucionales a través del cine es una estrategia positiva que ayuda al mejor entendimiento de la aplicación de las normas jurídicas en la realidad social, debido a que el cine es la recreación de la vida misma y nos permite ver el derecho en acción como espectadores privilegiados debido a la gran potencialidad contextual de las obras del arte de la cinematografía.



JURISPRUDENCIA  
COMENTADA



## Comentario a la Sentencia *Delgamuukw v. British Columbia* [1997]

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES  
*Doctorando en la Facultad de Derecho  
de la Universidad McGill, Canadá*

### 1. Introducción

La sentencia bajo comentario es un hito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá en materia de derechos indígenas y territorio indígena. Sin entrar a pronunciarse sobre el fondo de la demanda, la Corte emite una serie de fundamentos transcendentales para la comprensión de materias relativas a la apreciación de medios probatorios en casos relativos a la propiedad de los territorios indígenas, la naturaleza del denominado título indígena o título ancestral (*aboriginal title*), la forma en cómo la ley constitucional de 1982 de Canadá protege los derechos indígenas y los derechos territoriales, así como las relaciones entre el gobierno federal y el provincial en materia de derechos indígenas.

365

La complejidad de la sentencia no me permite entrar a comentar en profundidad todos los puntos relevantes de la sentencia. Me centraré por ello únicamente en la adaptación de las reglas sobre admisibilidad y apreciación de los medios probatorios en casos relativos a derechos territoriales indígenas, que incluye las historias orales y leyendas indígenas. De otro lado, comentaré sobre como la Corte ha explicado el contenido del título ancestral del territorio indígena.

### 2. Organización de la sentencia

La sentencia del presente caso está dividida en cuatro grandes secciones: En la primera sección la Corte establece los temas y sub-temas requeridos para resolver el caso. En la segunda sección, pasa a establecer los hechos determinados por el juez de primera instancia. Seguidamente, en la tercera sección, la Corte resume los argumentos vertidos por las instancias inferiores

sobre cada uno de los temas referidos. En este caso, la Corte Suprema resume los argumentos utilizados por los jueces de primera instancia (*Supreme Court of British Columbia*) y los de segunda instancia *Court of Appeals*).<sup>1</sup> Una vez resumido los hechos y los argumentos, la Corte pasa a desarrollar sus argumentos sobre los temas y sub-temas previamente establecidos. Así, en cada parte de esta sección desarrolla primero los principios generales de manera abstracta y de acuerdo a la jurisprudencia precedente y luego pasa a explicar la aplicación de tales principios al caso concreto. Los temas y sub-temas establecidos por la Corte para este caso son:

«A. ¿Los actos procesales impiden que la Corte se pronuncie sobre cuestiones relativas a título indígena y auto-gobierno?

B. ¿Qué poder tiene la Corte para modificar las conclusiones sobre los hechos realizados por el juez de primera instancia?

C. ¿Cuál es el contenido del título indígena, cómo es protegido por el artículo 35 de la Constitución y qué se requiere para su acreditación?

D. ¿Ha sido la demanda sobre auto-gobierno acreditada?

E. Tiene la provincia el poder de extinguir los derechos indígenas luego de 1871, ya sea mediante legislación provincial o en virtud del artículo 88 de la «Ley Sobre los Indios»<sup>2</sup>

366

Como ya lo advertí, no voy a resumir cada uno de los puntos desarrollados por la Corte, debido a que ello excedería el límite de páginas permitido. En cambio voy a centrarme en los punto que motivaron comentar esta sentencia, esto es, los puntos relativos a los tipos de medios probatorios utilizados en este tipo de procedimientos y la naturaleza del llamado título indígena (*aboriginal title*).

### 3. Demanada

Los jefes hereditarios de los pueblos indígenas *Gitksan* y *Wet' suwet'*, que habitan lo que actualmente es la provincia canadiense de British-Colum-

<sup>1</sup> Las denominaciones de las instancias precedentes pueden parecer extrañas al lector, pero esta la manera en que se organiza la provincia de British-Columbia. En otras provincias la denominación varía.

<sup>2</sup> La traducción es mía.

bia, demandaron la propiedad (*ownership*) y jurisdicción (*jurisdiction*) de una extensión territorial. El pueblo indígena *Gitksan* está conformado aproximadamente por 4000 a 5000 personas. Mientras que el pueblo indígena *Wet'suwet'* tiene entre 1500 y 2000 miembros. Los pueblos están organizados en clanes y casas. Cada casa tiene un líder hereditario elegido por los ancianos de la comunidad.

El territorio demandado tiene una extensión de 58,000 Km<sup>2</sup>, y está ubicado en la parte noroeste de tal provincia. Para situar al lector peruano y poner las cosas en perspectiva, esta provincia canadiense tiene una extensión de 944,764 km<sup>2</sup>, y el área demandada por los pueblos indígenas es un área un poco mayor a la superficie de la Región San Martín en Perú, que tiene una extensión de 51,253.31 Km<sup>2</sup>. Se trata pues de una extensión considerable de territorio. La situación resulta más compleja aun porque partes de dicha extensión territorial incluye territorio reclamado por otro pueblo indígena y poblado por comunidades no indígenas.

#### **4. Contenido de la sentencia: la corte ordena un nuevo proceso**

Los demandantes líderes, 51 líderes indígenas representando la mayoría de las casas de los *Gitksan* y *Wet'suwet'*, presentaron la demanda de manera individual, en su propio derecho y en representación de sus respectivas casas. En la apelación sin embargo, la demanda fue alterada de dos maneras; en primer lugar, en vez de referirse a la propiedad (*ownership*) y jurisdicción (*jurisdiction*), los demandantes se refirieron en la apelación a otros términos; título indígena (*aboriginal title*) y auto-gobierno (*self-governance*). Estos términos, a diferencia de los utilizados originariamente, tienen mayor uso y receptividad en la jurisprudencia y legislación canadiense. En segundo lugar, las demandas individuales fueron amalgamadas en dos demandas comunales, cada una presentada en representación de cada pueblo indígena.

Respecto a la primera modificación la Corte Suprema comprendió que no se trataba de un error insubsanable ya que ello no fue cuestionado por la provincia demandada. De igual forma, la Corte tomó en cuenta la incertidumbre jurídica respecto del contenido y la naturaleza del Título indígena. Y es que no existía entonces una opinión autoritativa sobre cual era la diferencia entre esta institución jurídica y la de propiedad (*ownership*). En tal sentido, esta modificación no representaba una afectación a la deman-

dante. Respecto al segundo punto, la Corte observó que no se subsanó tal aspecto por lo que concluyó que los demandados sufrieron ciertos perjuicios. Por consiguiente, este error en la apelación determinó que la Corte no se pronuncie sobre el fondo de la demanda, ordenando que se lleve a cabo un nuevo proceso. A pesar de ello la Corte decidió pronunciarse sobre ciertos temas substanciales.

## 5. Historias y leyendas indígenas como medios probatorios

El proceso judicial para acreditar el título indígena (*aboriginal title*) es bastante complejo debido a la naturaleza de este título. No ahondaré por el momento sobre la naturaleza de este título, por ahora basta indicar de manera simplificada, que el título indígena es el título legal por medio del cual los pueblos indígenas de Canadá asumen la propiedad del territorio. Este título indígena ha sido considerado por la Corte como un derecho *sui generis*; no es un derecho propio del *common law* ni tampoco de naturaleza exclusivamente indígena. Es una construcción jurídica con características únicas dentro de la tradición jurídica de Canadá en donde dos tradiciones jurídicas confluyen. Ello en virtud a que es un tipo de propiedad que existía antes de que el Estado canadiense impusiera su soberanía. Así, la Corte distingue entre la doctrina del *common law* sobre los derechos indígenas, que como ya se indicó son considerados *sui generis*. Esta especial característica requiere que el tratamiento de los medios probatorios se adecuen a las especiales características de este tipo de demandas. Así, el juez de primera instancia debe tomar en consideración las «dificultades probatorias inherentes al examen de las demandas sobre derechos ancestrales» y también debe «interpretar dichos medios probatorios con el mismo espíritu». (fund. 82).<sup>3</sup>

368

La Corte toma en cuenta lo complejo que resulta para los pueblos indígenas acreditar su pretensiones territoriales ya que al momento de la llegada de los europeos –o desde el llamado primer contacto– las sociedades indígenas no contaban con registros escritos. Sería excesivamente difícil para

---

<sup>3</sup> En este caso la Corte esta adaptando lo ya especificado en la sentencia del caso *R. v Van Der Peet* [1996] relativo a derecho indígenas no territoriales. En efecto, la Corte ha establecido que es factible proteger ciertos derechos indígenas (no-territoriales) como la caza o la pesca tradicional sin que tenga que reconocerse la propiedad de los pueblo indígenas sobre el territorio en que estos derechos son ejercidos.

los pueblos indígenas, anota la Corte, producir medios probatorios conclusivos sobre costumbre y prácticas anteriores al contacto con los europeos. De igual manera el juez debe tomar en cuenta la perspectiva de los pueblos indígenas y la relación que tienen con el territorio reclamado. En suma, esto requiere que el juez de primera instancia acepte historias orales indígenas, ya que en su mayoría, estos son los únicos registros que tienen los pueblos indígenas sobre su pasado.

Esto es desde luego un alejamiento respecto a una aproximación ortodoxa del derecho procesal occidental, ya que, por sus propias características las historias y leyendas indígenas no encajan en la tradicional función del juez de primera instancia, que debe determinar los hechos relevantes para el caso. Esta adaptación del derecho procesal, no obstante generar tensiones y dificultades, resulta más conveniente y legítima, ya que sería injusto para los pueblos indígenas exigirles registros escritos.

En este caso, la Corte determinó que el juez de primera instancia no valoró adecuadamente los *adaawak* de los *Gitksan* y los *kungax* de los *Wet'suwet'*. Estos son tipos especiales de historias orales de estos pueblos indígenas, descritos como sagrados y oficiales, puesto que contienen «las más importantes leyes, historias, tradiciones y [referencias al] territorio tradicional de cada casa» (fund. 95). Estas historias son especiales puesto que son «repetidas, representadas y autenticadas en celebraciones importantes». (fund. 95). Los *adaawak* y *kungax* fueron ofrecidos a fin de demostrar el sistema de tenencia de tierras al interior de cada casa. No obstante el juez de primera instancia rechazó que estos sean «prueba confirmatoria» de la presencia de los pueblos indígenas en tales territorios. Para él los *adaawak* y los *kungax* no brindaban una historia detallada de propiedad u ocupación del territorio reclamado. Ello fue cuestionado por la Corte Suprema que entendió que el juez de primera instancia en realidad estaba mostrando «reservas generales» concernientes a la utilización de historias orales como evidencia. La Corte explicó que las historias orales deben apreciarse de manera independiente y no como evidencia confirmatoria de un hecho. De lo contrario, la Corte apreció, el sistema legal canadiense subestimaría constantemente las historias orales de los pueblos indígenas. Por estas razones, la Corte afirmó que se debía iniciar un nuevo proceso en donde las evidencias debían apreciarse de acuerdo con los principios establecidos en la sentencia y la jurisprudencia de la Corte.

## 6. Del contenido del título indígena al territorio ancestral (*aboriginal title*)

La regulación de la propiedad de la tierra en Canadá es propia de un sistema del *common law* influenciado por la tradición británica. En este sistema predomina la ficción legal de que la Corona es la ocupante original de todas las tierras del reino, inclusive negando la existencia de sociedades indígenas y sus formas de propiedad. Es por ello que hasta hace no mucho las cortes se resistían a establecer que el título indígena era uno de propiedad. Se referían a: derechos de ocupación, de usufructo, o de interés *sui generis*.<sup>4</sup>

Desde 1973 la Corte Suprema modificó estos criterios y entendió que el título indígena existía antes de la colonización.<sup>5</sup> A partir de tal sentencia la Corte desarrolló ciertos criterios pero solo en la sentencia bajo comentario la Corte se expresó de manera específica y extendida sobre el contenido del título indígena. Para la Corte el título indígena es *sui generis* porque tiene características que no encuentran referente en las reglas de propiedad del *common law*. Este es uno de los puntos más importantes de la sentencia puesto que establece cuales son las características del título indígena, las que resumo a continuación: a) Es inalienable. Tales tierras pueden ser transferidas únicamente al Estado, esto es, no pueden ser transferidas a terceros, b) tiene su origen en el hecho de que los pueblos indígenas ocuparon esta parte del continente antes de la afirmación de la soberanía británica. De esta manera la fuente del título indígena es la relación entre el *common law* y los sistemas legales indígenas; c) el título indígena es comunitario. Es decir, no puede ser concedido a personas individuales (fund. 113-115).

370

Sobre el contenido del título indígena la Corte estableció en primer lugar que el título indígena implica «el derecho exclusivo de *utilización y ocupación* de la tierra para la realización de una variedad de propósitos» que no tienen que estar relacionados a prácticas, costumbres y tradiciones indígenas. En segundo lugar, indicó que la utilización de la tierra protegida por el título

<sup>4</sup> Ver Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (University of Toronto Press: Toronto, 2001) p. 87.

<sup>5</sup> La sentencia *Calder v British Columbia (AG)* [1973] reconoció por primera vez la existencia del título indígena sin que exista de por medio un tratado entre el Estado canadiense (o en su momento la Corona Británica). De igual forma reconoció que el título indígena existía desde antes de la colonización europea de Norte América. Ver Godlewski, Christina y Webber, Jeremy «The Calder Decision, Aboriginal Title, Treaties, and the Nisga'a» en Foster, Hamar; Raven, Heather; and Webber, Jeremy. *Let the Right be Done* (Vancouver, UBC Press, 2007).

indígena no debe contravenir la relación tradicional existente entre el pueblo indígena y la tierra. En tal sentido, la situación que se pasa a exponer no estaría permitida. Imagínese que determinado territorio es adjudicado a un pueblo indígena bajo el argumento de que se trata de un área reservada para la caza tradicional, y una vez adjudicado el pueblo indígena utiliza esa zona de manera tal que amenaza la propia sustentabilidad de la caza en el área. Ello implicaría, de acuerdo a la Corte, que el pueblo indígena habría excedido las limitaciones inherentes del título indígena.

Finalmente, la Corte establece un test para la determinación de la existencia de un título indígena, lo que paso a resumir brevemente; a) para la Corte la tierra reclamada por los pueblos indígenas debe haber sido ocupada por ellos de manera previa a la afirmación de la soberanía británica, b) debe demostrarse la continuidad entre la ocupación pre-soberanía británica y la presente ocupación, c) al momento de la afirmación de la soberanía británica la ocupación del pueblo indígena demandante debe haber sido exclusiva (fund. 144-159).

Y si bien el título indígena tiene una protección constitucional directa, la Corte explica que ello no implica de que se trate de un derecho absoluto, por lo que puede ser afectado por el Estado canadiense. Sin embargo, la corte explica que para ello se deberán cumplir con ciertas garantías como la consulta previa a las comunidades indígenas. Esta consulta será más intensa si es que la afectación es intensa, llegando inclusive –en determinados casos– a la situación en que el Estado requiera el consentimiento de los pueblos indígenas.<sup>6</sup>

## **7. A manera de conclusión**

Un proceso legal de este tipo en Canadá es sumamente largo y costoso, en términos económicos y humanos. Nótese que este proceso se inició en 1993 e involucró una cantidad voluminosa de transcripciones, declaraciones juradas y la participación de testigos. Y si bien la Corte estableció que en este caso debía iniciarse un nuevo proceso, también entendió que la mejor manera de solucionar este tipo de conflictos es mediante la negociación di-

---

<sup>6</sup> El análisis más completo sobre el derecho de consulta en Canadá en: Newman, Dwight. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Purich: Saskatoon, 2014).

recta entre las partes involucradas. Esta negociación que debe ser llevada de buena fe, apunta la Corte, y debe también promover la reconciliación de las sociedades indígenas pre-existentes con la soberanía del Estado canadiense.

Esta sentencia, como todo pronunciamiento de las altas cortes, no esta exenta de críticas, a las que no puedo hacer referencia ahora debido a que excedería el espacio concedido.<sup>7</sup> Lo importante, lo que los académicos, abogados y líderes indígenas podemos aprender al reflexionar sobre esta sentencia, es que el derecho no solo esta inserto en los códigos o constituciones. Finalmente, no se propone con este breve comentario promover el trasplante de la argumentación de una corte extranjera a la realidad peruana. Sino más bien, inspirar nuevos planteamientos que busquen concretizar diferentes dimensiones de justicia en un país como el Perú que se reconoce como multicultural y abierto al pluralismo legal.

---

<sup>7</sup> Ver entre otros; Christie, Gordon. «A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation» (2005) 23, Windsor Year Book Access to Justice, p. 17.

# Reajuste de pensión de jubilación

*Comentario a la STC 00828-2014-PA/TC*

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

*Asesora Jurisdiccional del Tribunal  
Constitucional del Perú*

## 1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

1.1 Aplicación de la Ley N° 23908.

1.2 La Pensión Mínima de la Ley N° 23908

## 2. Contexto histórico político de la sentencia

En el presente caso, se discutía con respecto al reajuste de pensión de jubilación de acuerdo con la Ley 23908, el cual debía realizar la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en su calidad de demandada, a favor de doña Juana Aurora Herrera Valdivia. Asimismo, se alega que el monto debía ser equivalente a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el ingreso mínimo legal, en cada oportunidad en que éstos se hubieran incrementado, para lo cual sostiene que se debe tomar en cuenta el Decreto Supremo 003-92/TR.

Cabe hacer referencia que el Tribunal Constitucional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse en otros procesos similares al analizado, como es el caso de la STC 5189-2005-PA, de 13 de setiembre de 2006, en la cual estableció los criterios para la aplicación de la Ley 23908 durante su período de vigencia, esto es, entre el 8 de setiembre de 1984 y el 18 de diciembre de 1992.

En cuanto al voto en mayoría se hace un análisis en el que, se considera que el referido ajuste de la pensión de jubilación de la actora conforme a la Ley 23908 debe ser fundado dicho extremo de la demanda, por cuanto la empleada ha reconocido la lesión del derecho de la recurrente; con lo cual,

corresponde ordenar a la ONP que proceda a reajustar su pensión en los términos de la mencionada ley, incluyendo el pago de los intereses y el reintegro de los devengados respectivos.

Asimismo, con respecto al extremo referido al sueldo mínimo vital regulado en el Decreto Supremo 003-92-TR se indicó que debe ser desestimado el aludido ajuste, teniendo en cuenta que el ingreso mínimo legal, antes denominado sueldo mínimo vital, viene a ser un concepto integrante de la remuneración mínima vital; y dado que el Decreto Supremo 003-92-TR reguló la remuneración mínima vital aplicable a los trabajadores del régimen laboral privado y no el sueldo mínimo vital como es sostenido por el demandante.

Entonces, se declara fundada en parte la demanda en relación al extremo referido al reajuste de la pensión inicial de la recurrente en aplicación del artículo 1 de la Ley 23908, al haberse allanado la ONP como demandada respecto a la pretensión de la aplicación de los tres sueldos mínimos vitales sustituidos por el ingreso mínimo legal. Con lo cual se ordenaría a la ONP la emisión de una nueva resolución, más el pago de los intereses y devengados correspondientes, además de los costos procesales.

374

### **3. Análisis**

Considero que dada la avanzada edad de la accionante, cuya edad es 107 años, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda y atendiendo a que constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución; las cuales obligan a superar exigencias de tipo formal, este Tribunal, en forma excepcionalísima, debe emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin vista de la causa; máxime, si se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital y se ha garantizado el derecho de defensa de la emplazada y ésta por su parte ha formulado allanamiento parcial a la demanda.