



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

TREINTA AÑOS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Tomo II

Gerardo Eto Cruz
Coordinador

Lima, 2014



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

TREINTA AÑOS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Tomo II

Coordinador:
Gerardo Eto Cruz



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Lima, 2014

Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú - Tomo II

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:
ISBN:

© Copyright:

Gerardo ETO CRUZ (Coordinador)
Samuel ABAD YUPANQUI
Hermógenes ACOSTA DE LOS SANTOS
Marcela I. BASTERRA
Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS
Ernesto BLUME FORTINI
Joaquín BRAGE CAMAZANO
Allan R. BREWER-CARIAS
Fernando José CAFFERATA
Fernando CALLE HAYEN
Miguel CARBONELL
Walter F. CARNOTA
María Cristina CHEN STANZIOLA
Juan COLOMBO CABELL
Giancarlo CRESCI VASALLO
Oscar DÍAZ MUÑOZ
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO
Domingo GARCÍA BELAUNDE

Sergio GARCÍA RAMÍREZ
Jairo Enrique HERRERA PÉREZ
Nadia Paola IRIARTE PAMO
Felipe Johan LEÓN FLORIÁN
Berly Javier Fernando LÓPEZ FLORES
Julieta MORALES SÁNCHEZ
Pablo Luis MANILI
Rubén MARTÍNEZ DALMAU
Victorhugo MONTOYA CHÁVEZ
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA
Victor Julio ORTECHO VILLENA
Flavio Adolfo REATEGUI APAZA
Jose Miguel ROJAS BERNAL
Giancarlo ROLLA
Marcial RUBIO CORREA
Daniel A. SABSAY
Omar SAR SUÁREZ
Vanessa TASSARA ZEVALLOS
Rubén HERNÁNDEZ VALLE

© Copyright 2014: Tribunal Constitucional del Perú
Centro de Estudios Constitucionales
Los Cedros N° 209 - San Isidro

Impreso en el Perú
Primera Edición, junio 2014
Tiraje: 1,000 unidades.

Q & P Impresores S.R.L.
Av. Ignacio Merino 1546 - Lince
Telf. 470-1788 - 266-0754
qypimpresores2005@yahoo.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente

Óscar Urviola Hani

Vicepresidente

Manuel Miranda Canales

Magistrados

Ernesto Blume Fortini

Marianella Ledesma Narváez

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Secretario General

Óscar Zapata Alcázar

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Carlos Ramos Núñez

Director General

ÍNDICE

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO UNA MODALIDAD DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL	
Gerardo Eto Cruz (Perú).....	513
LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL	
Francisco Fernández Segado (España).....	527
¿QUÉ ES UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PARA QUÉ SIRVE?	
Domingo García Belaunde (Perú)	613
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONSTRUCCIONES Y DILEMAS	
Sergio García Ramírez - Julieta Morales Sánchez (México)	621
APUNTES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA	
Rubén Hernández Valle (Costa Rica).....	639
EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE “AMPARO CONTRA HÁBEAS CORPUS” EN EL PERÚ	
Berly Javier Fernando López Flores (Perú).....	657
LA NECESIDAD DE REFORMAR EL AMPARO EN ARGENTINA Y LAS LECCIONES DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO	
Pablo Luis Manili (Argentina)	685

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA	
Rubén Martínez Dalmau (España)	699
LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
Víctorhugo Montoya Chávez (Perú)	719
EL CIRCUITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ (RELACIONES COMPLEMENTARIAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL)	
Francisco Morales Saravia (Perú)	753
LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS EN EL PERÚ	
Víctor Julio Ortecho Villena (Perú)	769
ENTRE LA LEGALIDAD Y LA CONSTITUCIONALIDAD: EL IMPACTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA	
José Miguel Rojas Bernal (Perú)	791
EL LUGAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD POLÍTICA PERUANA	
Marcial Rubio Correa (Perú)	827
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	
Omar Sar Suárez (Perú)	843
EL “AMPARO COLECTIVO” DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EXPANSIVA	
Daniel A. Sabsay (Argentina)	869
EL HÁBEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PERÚ	
Camilo Suárez López de Castilla (Perú)	895
LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL	
Algunos casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional	
Vanessa Tassara Zevallos (Perú)	921
PARTE II	
DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..	955
EL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL AMPARO AMBIENTAL	
Marcela I. Basterra (Argentina)	957

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Ricardo Beaumont Callirgos (Perú).....	989
EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA Miguel Carbonell (México).....	1013
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE SERVICIOS DE REDES SOCIALES María Cristina Chen Stanziola (Panamá).....	1041
EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Óscar Díaz Muñoz (Perú).....	1077
LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Iván Escobar Fornos (Nicaragua).....	1089
TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA SOSTENIBILIDAD FISCAL DE LOS ESTADOS Jairo Enrique Herrera Pérez (Colombia)	1121
PUEBLOS INDÍGENAS: TIERRA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES. EL DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL Nadia Paola Iriarte Pamo (Perú)	1147
POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO DEL ASEGURAMIENTO UNIVERSAL EN SALUD Y SU EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Felipe Johan León Florián (Perú)	1183
LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO Hernán Alejandro Olano García (Colombia).....	1201
EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS SUPUESTOS QUE EXIGEN AL ESTADO OBTENER EL CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Flavio Adolfo Reátegui Apaza (Perú)	1247

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO UNA MODALIDAD DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL

Gerardo Eto Cruz

Ex Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. II. La inconstitucionalidad por omisión y su vertiente de “origen jurisprudencial”. III. Las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional: naturaleza, efectos y mecanismos de efectivización. IV. Algunos casos prácticos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. V. Conclusiones.

I. Planteamiento del tema

En la experiencia reciente, la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales en el mundo en torno al control de constitucionalidad de las leyes ha conocido de importantes cambios no sólo en lo que concierne a los principios y derechos que han sido reconocidos y redimensionados al compás y por impulso de las exigencias de las nuevas realidades, sino también, y en no menor medida, en el ámbito de las técnicas y formas de protección que de tales derechos realizan los tribunales y cortes en sus sentencias y autos; fórmulas estas que, alejadas del paradigma del Tribunal Constitucional como simple “legislador negativo”, se incardinan en una lógica de “reparación bilateral” o “compartida” de la ley inconstitucional, en la que participan (“solidariamente”, por así decirlo) tanto el órgano jurisdiccional a través de sus decisiones definitivas e inapelables, así como los órganos políticos, encargados de llevar a la práctica lo que en tales decisiones aparece simplemente como un “ideal regulativo”.

Esta “revolución” a nivel de las fórmulas de decisión constitucional, claramente signo de nuestro tiempo, encuentra su pico más alto en el campo de las denominadas “sentencias constitucionales atípicas”, que agrupan a aquellas decisiones que no se encuadran a la perfección dentro del binomio “constitucionalidad-inconstitucionalidad”, sino que suponen el ensayo de novedosos métodos de interpretación y decisión constitucional, que responden a la necesidad de evitar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley produzca un vacío legal cuyo efecto sea más pernicioso aún que la ley inconstitucional cuya reparación precisamente se pretende.

Sobre este aspecto, es necesario reconocer que la doctrina nacional y extranjera ya se ha encargado de proponer importantes clasificaciones y nomenclaturas para sistematizar los tipos de sentencia que sobre la inconstitucionalidad de la ley han puesto en práctica los tribunales a nivel comparado. Sin embargo, los notables aportes en este ámbito contrastan, a no dudarlo, con la sequía de estudios en torno a los métodos que serían necesarios para dar cumplimiento a tales sentencias atípicas, las que por lo general contienen un mandato cuya implementación requiere de la actuación de diversos actores jurisdiccionales y políticos, si es que no quiere hacer de ellas un simple ejercicio de retórica.

La presente comunicación va en la dirección de abrir un flanco en este debate aún no explorado; el cual, precisamente a raíz de su novedad, es un campo fértil para muchas ideas, hipótesis y especulaciones, de la cual esta comunicación está también inspirada.

La tesis que vamos a defender aquí y ahora, para decirlo brevemente, es la siguiente: la figura de la inconstitucionalidad por omisión, inicialmente pensada en términos de la ausencia de una legislación exigida directamente por la Constitución, es también aplicable al supuesto del incumplimiento de una sentencia exhortativa vinculante del Tribunal Constitucional por el Congreso de la República, ya que tales exhortaciones constituyen la “concretización” o “intermediación interpretativa” efectuada por el Tribunal Constitucional, de las normas constitucionales. Por ende, la desobediencia o inercia legislativa frente a una sentencia exhortativa configura un supuesto de inconstitucionalidad por omisión de origen jurisprudencial.

II. La inconstitucionalidad por omisión y su vertiente de “origen jurisprudencial”

En su origen o concepto, la inconstitucionalidad por omisión es una figura que tiene por objeto controlar las omisiones normativas del legislador que vulneran uno o más derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La premisa que está en la base de este mecanismo es la siguiente: así como existen normas constitucionales que reconocen principios o derechos fundamentales (normas principio), así también existen en la Constitución órdenes expresas al legislador que le exigen a éste desarrollar una regulación normativa para proteger o desarrollar los principios o derechos allí mencionados (normas programáticas). Por lo tanto, cuando una Corte o Tribunal declara que la inercia del legislador es contraria a la Constitución y debe ser superada, no está haciendo otra cosa que optimizar el programa normativo de esta última, y en especial, de las normas constitucionales que reconocen derechos sociales o de prestación.

En perspectiva comparada, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se encuentra reconocido explícitamente en diversos ordenamientos jurídicos, como son los casos de las Constituciones de Portugal (artículo 283°); de Brasil (artículo 103°.2); de Venezuela (artículo 336°.7); y de Ecuador (artículo 436°.10); aunque también a nivel de la legislación infraconstitucional, como lo demuestran los casos de Costa Rica (Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 73.f); Hungría (Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina (artículo 207.2.d), del Estado de Chiapas en México (artículo 56, fracción III); del Estado de Veracruz, también en México (artículo 65.III); del Estado de Tlaxcala, en este mismo país (artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo (artículo 105.III).

Mientras tanto, en aquellos países que no han recogido expresamente la figura de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, tal reconocimiento se ha efectuado por vía jurisprudencial, como fue el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán a través de la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (BVerfGE 25, 167), que declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso.

Sin embargo, no cualquier omisión legislativa, ha dicho la doctrina con acierto, desencadena per se un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, pasible de control y sanción por la justicia constitucional: en realidad, para que ello suceda, son tres los requisitos sobre cuya exigencia existe un amplio consenso, a saber: a) la existencia de un mandato constitucional de regulación normativa; b) el transcurso de un período de tiempo razonable; y c) el efecto inconstitucional de la omisión (o “resultado inconstitucional”)¹.

Ahora bien, es claro que de “mandato constitucional de regulación normativa” [requisito a)] es posible hablar en un doble sentido: a’) por un lado, como la exigencia de que la orden de regulación al legislador figure de modo explícito y claro en la Constitución, de modo tal que la inercia legislativa sometida a control aparezca como igualmente directa y manifiesta; o b’) por el otro, como la posibilidad de que la configuración de tal mandato u orden de legislar venga “intermediada” o “concretizada” a través de la interpretación del Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución (artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), expuesta como tal en sus sentencias.

Ciertamente, a estas alturas, ya no se podrá seguir sosteniendo que el Derecho Constitucional de nuestro tiempo se reduce a los 206 artículos de los que se compone nuestra Constitución, ni aún a los tratados internacionales sobre derechos humanos que la complementan. Por el contrario, tanto por razones de índole teórica (básicamente, teoría de la interpretación constitucional) como de orden legal (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en concordancia con su artículo 82º), es ya un dato asumido pacíficamente que la jurisprudencia vinculante que emana de las sentencias del Tribunal Constitucional no sólo son “fuente del derecho” directamente aplicable (en tanto que interpretaciones autorizadas y definitivas del texto constitucional), sino también “normas vinculantes” para todos los operadores jurídicos y ciudadanos en general (todo ello, en virtud de la fuerza de cosa juzgada que tales interpretaciones revisten).

Y es así como una sentencia del Tribunal Constitucional puede convertir una orden al legislador que aparece poco clara o evidente en la Constitución, en un mandato concreto, directo y perfectamente exigible a su destinatario. En efecto, bien sea a través de los métodos específicos de interpretación constitucional (fuerza normativa de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, principio de unidad) o del juicio de ponderación (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad), el criterio interpretativo que deriva de una sentencia constitucional se convierte, él mismo, en derecho de rango constitucional aunque, claro está, sujeto siempre al carácter dinámico que singulariza a este ejercicio hermenéutico.

1 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998.

Pero, sin duda, esta “alquimia interpretativa”² practicada por tribunales y cortes constitucionales en sus sentencias, para no perder su sentido, requiere ser garantizada en su cumplimiento cabal y efectivo por sus destinatarios, a través de los mecanismos procesales que ofrece el ordenamiento jurídico; pues de otro modo, la esencia de la jurisdicción constitucional (que es doble: garantizar la supremacía normativa de la Constitución y proteger los derechos fundamentales) se quedaría a medio camino: vale decir, favoreciendo el establecimiento de obligaciones constitucionales específicas al legislador democrático (garantía primaria), pero dejando a salvo su aplicación o exigibilidad en cada caso concreto (garantía secundaria).

El papel del Tribunal Constitucional como órgano colaborador en el desarrollo y efectividad de las normas constitucionales exige, en realidad, que sus interpretaciones vinculen a todos los órganos del Estado y a los ciudadanos, a la manera de “mandatos normativos que se proyectan con efecto erga omnes conforme al artículo 204º de la Constitución y los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional”³. A partir de ahí, y tal como se ha admitido también de modo expreso en nuestra jurisprudencia, es posible afirmar que la situación de renuencia del Congreso de la República ante una exhortación contenida en una sentencia constitucional supone un supuesto de “omisión legislativa por delimitación jurisprudencial”⁴ del derecho o derechos concernidos.

Sin embargo, cabe aún preguntarse: ¿toda exhortación es vinculante? En todo caso, ¿cómo es posible diferenciarlas en uno y otro caso? Y finalmente: ¿cómo lograr que finalmente una sentencia exhortativa sea cumplida por su destinatario único y excluyente, el Congreso de la República?

2 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

3 STC N.º 0006-2008-PI/TC, fundamento 44.

4 STC N.º 0006-2008-PI/TC, fundamento 46.

III. Las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional: naturaleza, efectos y mecanismos de efectivización

Dentro de la ya clásica tipología de sentencias de inconstitucionalidad que pertenecen a la jurisdicción constitucional orgánica, se encuentran las denominadas “sentencias interpretativas-manipulativas”, una de cuyas modalidades más peculiares es la “sentencia exhortativa”, que recibe este nombre porque si bien en ella se declara la inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, el Tribunal no dispone su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico, sino que concede al Congreso de la República un plazo para expedir la ley sustitutoria que sea conforme a la Constitución (*vacatio sententiae*). Su origen se ubica en la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán, emitida con posterioridad a la modificación del artículo 31°.2 de la BVerGG que permitió añadir dos nuevas categorías a la ya existente declaración de nulidad: a) la declaración de compatibilidad (*vereinbare Erklärung*); y b) la declaración de incompatibilidad (*unvereinbare Erklärung*) de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental⁵.

También denominada “sentencia monitoria”, “admonitoria” o “apelativa”, esta clase de pronunciamientos del Tribunal Constitucional admite una ulterior clasificación, dependiendo del tipo de “exhortación” que contiene la sentencia. A decir de Sagüés, esa clasificación podría ser la siguiente⁶: a) sentencia exhortativa de delegación, que fija al legislador las pautas que debe satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución; b) sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, que si bien constata la inconstitucionalidad de una norma, no la invalida, por los efectos desastrosos que ello podría generar, imponiéndole al legislador el deber de suprimir la situación inconstitucional; y c) sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, cuando una norma es considerada “todavía” constitucional, pero puede dejar de serlo si no se toman las medidas correctivas pertinentes, a cuyo dictado se conmina al legislador.

Aquí nos ocuparemos principalmente de la “sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple”, vale decir, aquella cuya declaración de inconstitucionalidad queda suspendida hasta que el Poder Legislativo emita la ley que subsane la situación inconstitucional.

Varias son las razones por las cuales un Tribunal Constitucional puede obrar de este modo. Así, por ejemplo: i) cuando el legislador no tiene ninguna otra posibilidad reguladora teniendo en cuenta la situación histórica (derecho transitorio); ii) cuando

5 LÓPEZ BOFILL, Héctor: *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 100.

6 SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Año 4, N.º 2, pp. 194-195.

los vicios legislativos no fueran evidentes; iii) cuando la declaración de nulidad no sólo no satisfaría la pretensión del recurrente ni los intereses de los excluidos, sino que además causaría un grave perjuicio al colectivo beneficiado, así como cuando se quiere evitar una injerencia en el ámbito del legislativo; y finalmente, iv) cuando la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que, precisamente, se trata de impedir, así como cuando se aprecia que una eventual sentencia, que declarara la nulidad, crearía un vacío legislativo provocador de un alejamiento todavía mayor de una situación de legitimidad constitucional sustantiva (principalmente, situaciones de caos social y financiero)⁷.

Sin embargo, para garantizar que esta clase de decisiones del Tribunal Constitucional surta los efectos requeridos, es necesario ahondar en el tipo de obligación que de ellas se desprenden para el Poder Legislativo. A nuestra consideración, son tres las consecuencias jurídicas que se desprenden de toda sentencia exhortativa vinculante, y éstas son: en primer lugar, el deber del Congreso de la República de emitir la norma dentro del plazo concedido por la sentencia del Tribunal Constitucional; en segundo término, el deber de no emitir una norma idéntica a la ya declarada inconstitucional; y por último, el deber de emitir la norma, dentro del plazo, siguiendo las directrices fijadas por el Tribunal, cuando éstas hayan sido incluidas en la propia sentencia de inconstitucionalidad.

Pero, ¿cómo garantizar que estas obligaciones se cumplan por el Poder Legislativo? Nos remitimos a algunos casos prácticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para de allí extraer algunas enseñanzas.

7 FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A.: *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N.º 43, Porrúa / IMDPC, México D.F., 2011, pp. 216-217.

IV. Algunos casos paradigmáticos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

a) STC N.º 0006-2008-PI (caso Hoja de Coca)

En la **STC N.º 0020-2005-PI/TC y acumulado**⁸ (caso Hoja de Coca I) se declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República (junto con más de 31 congresistas como litisconsortes activos facultativos) contra dos ordenanzas regionales expedidas por los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco. Tales ordenanzas declaraban a la planta de hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación.

Al ser tal declaratoria una competencia compartida, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. Sin embargo, valoró también el argumento de la demandada de que la ordenanza en cuestión había sido expedida debido a la inercia del Gobierno Nacional en cumplir su función específica dentro de dicha competencia compartida⁹. Por ello, el TC exhortó al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477; y al Instituto Nacional de Cultura (INC), a iniciar los trámites administrativos “para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial”¹⁰.

El segundo pronunciamiento del TC en torno a este mismo asunto, tendría lugar en la **STC N.º 0006-2008-PI/TC**¹¹ (caso Hoja de Coca II). Nuevamente, el Presidente de la República impugnaba, a través de una demanda de inconstitucionalidad, una ordenanza regional, esta vez del Gobierno Regional de Puno, que volvía a reconocer a la planta de hoja de coca como patrimonio cultural y símbolo del pueblo quechua-aymara de esa región, y declaraba determinadas cuencas como zonas cocaleras.

El TC admitió que, en efecto, nos encontrábamos ante un caso similar al resuelto en su **STC N.º 0020-2005-PI/TC y acumulado**, y por ello, reiteró su desarrollo en torno al derecho a la identidad cultural en su jurisprudencia y la consideración de la hoja de coca como expresión de la identidad cultural. Y así, luego de recordar las exhortaciones realizadas en su anterior sentencia, el TC constató que habían transcurrido poco más de dos años desde su expedición, sin que el Congreso de la República haya cumplido con reconocer a la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación. Y expuso:

8 STC N.º 0020-2005 y 0021-2005-AI/TC, de fecha 27 de septiembre de 2005.

9 STC N.º 0020-2005-AI/TC y acumulado, fundamento 89.

10 STC N.º 0020-2005-AI/TC y acumulado, fundamento 111.

11 STC N.º 0006-2008-AAI/TC, de fecha 11 de junio de 2008.

“(…) dada la directa relación con los conflictos sociales y jurídicos que viene propiciándose a raíz de la falta de actuación del legislador a efectos de satisfacer la razonable aspiración de los pueblos y grupos sociales directamente vinculados con el cultivo tradicional de la hoja de coca, se ha ido configurando un **supuesto de omisión legislativa** que es posible de control por parte de este Colegiado”¹².

Así pues, y no obstante no figurar en el fallo, el Tribunal declaró que el Congreso de la República estaba obligado a actuar en la próxima legislatura “emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicos que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca”¹³, lo que permitiría a la par evitar los permanentes conflictos que esta desidia generaba. Por ello, señaló con toda rotundidad:

“(…) si la inacción del órgano competente continúa y para evitar Ordenanzas masivas que declaren a la hoja de coca como patrimonio cultural, **el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución tendría, irremediablemente, que analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja de coca en relación con la Convención de 1961**, desarrollando los motivos, impedimentos, o concordancias existentes en aplicación de la inconstitucionalidad por omisión realizando un desarrollo constitucional expreso”¹⁴.

b) STC N.º 0014-2007-PI (caso Libre Desafiliación)

En la STC N.º 01776-2004-AA/TC¹⁵ el Tribunal Constitucional analizó una demanda de amparo cuyo petitorio era que se deje sin efecto el contrato de afiliación a una AFP, de un trabajador minero. Con ocasión de este caso, el TC evaluó si existía o no la capacidad de retorno al Sistema Nacional, pues mientras la legislación había permitido el traslado del sistema nacional al privado, no había hecho lo mismo en sentido inverso; lo que juzgó inconstitucional. En ese sentido, el TC señaló que el retorno no podía ser absoluto, debía serlo en forma parcial, y sólo en **tres supuestos**: a) si la persona cumplía ya con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, pero no la había reclamado, y aún así se pasó al sistema público; b) si no existió información para que se realizara la afiliación; y c) si se está protegiendo labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud.

Luego de expedida la sentencia del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República promulgó la **Ley N.º 28991**, Ley de Libre Desafiliación Informada,

12 STC N.º 0006-2008-AAI/TC, fundamento 35 (énfasis agregado).

13 STC N.º 0006-2008-AAI/TC, fundamento 47.

14 STC N.º 0006-2008-AAI/TC, fundamento 54 (énfasis agregado).

15 STC N.º 01776-2004-/TC, de fecha 26 de enero de 2007.

publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de marzo de 2007, que buscaba recoger la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de amparo a través de diversas directrices.

Sin embargo, esta ley fue impugnada por un grupo de congresistas, bajo el argumento de que había excluido una causal de retorno expresamente prevista en la sentencia del TC. Y el TC, dando respuesta a esta demanda de inconstitucionalidad, emitió la **STC N.º 0014-2007-PI/TC**¹⁶ (caso Ley de Libre Desafiliación), oportunidad que le sirvió para examinar la rebeldía legislativa por omisión denunciada por los demandantes.

El Tribunal determinó que el primer y tercer supuestos habían sido debidamente recogidos en los artículos 2º y Primera Disposición Transitoria y Final de la ley cuestionada¹⁷. Con lo cual, el único supuesto no contemplado en la ley era el caso de los trabajadores que optaron por trasladarse al sistema privado como consecuencia de una **indebida, insuficiente y/o inoportuna información** por parte de las AFP's o de la Administración Pública. En tal sentido, recordó que en el punto resolutivo 4 de la STC N.º 01776-2004-PA/TC se había exhortado “al legislador a que emita, en el más breve plazo, las normas que viabilicen la desafiliación del SPPrP en los casos desarrollados en su fundamentación. Entre ellos se encontraba la causal de indebida información. No obstante, el legislador ha omitido incluir esta causal”¹⁸. En concreto: el legislador había incurrido en una inconstitucionalidad por omisión “de aquello que había sido configurado jurisprudencialmente como vinculante”¹⁹.

Así pues, dado que su exhortación hacia el legislador no había merecido atención por parte de este último, dijo el TC que era necesario cubrir la omisión legislativa “a partir del ejercicio de una interpretación concretizadora de la Constitución, de alcance general, y vinculante para todo poder público y privado, de conformidad con los artículos 81º y 82º del CPConst.”²⁰; enunciando por tanto la siguiente regla:

“(…) en atención a lo expuesto, y en vista de que resulta constitucionalmente exigible establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de su Ley Orgánica), de conformidad con los artículos 81º y 82º del CPConst., y en interpretación del artículo 65º de la Constitución, establece que: “Constituye causal

16 STC N.º 0014-2007-PI/TC, de fecha 4 de mayo de 2009.

17 STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 7.

18 STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 15.

19 STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 17. El TC recurre aquí a lo expresado en los fundamentos 43 y 44 de la STC N.º 0006-2008-PI/TC.

20 STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 18.

de desafiliación del SPPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración pública”²¹.

En suma, el Tribunal declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, y en consecuencia, inconstitucional la omisión legislativa incurrida por el legislador, interpretándose que constituye causal de desafiliación la acreditación de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información; no sin finalmente recordar que los criterios de interpretación así establecidos “son de alcance general y vinculan a todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del CPConst.”²².

V. Conclusiones

En definitiva, de las sentencias antes mencionadas, podemos extraer como conclusión que existen dos formas de hacer frente a una hipótesis de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial, como consecuencia del incumplimiento, por parte del Congreso de la República, de una sentencia exhortativa vinculante expedida por el Tribunal Constitucional:

- De forma ex ante: es decir, cuando en la propia sentencia exhortativa el Tribunal Constitucional fija o prevé cuál será la consecuencia que desencadenará la eventual omisión legislativa a la exhortación. En tal sentido, o bien puede fijar una regulación transitoria para tal supuesto, o bien establecer que los propios jueces y demás órganos públicos podrán integrar el ordenamiento jurídico para dar una solución a los casos concretos.

Asimismo, también puede suceder que el propio Tribunal Constitucional prevea una eventual inconducta omisiva del legislador en no desarrollar una ley que se ha exhortado producir; y el propio Colegiado establezca un desarrollo jurisprudencial frente a dicha inercia; pero imponiendo una *vacatio sententiae*; y al cabo de un plazo que se fije, entra luego en vigencia dicho fallo.

- De forma ex post: es decir, cuando ante la desidia del legislador, el Tribunal Constitucional actúa directamente “integrando” el ordenamiento jurídico, procediendo a fijar jurisprudencialmente aquello que en principio fue dejado a la discreción del legislador.

21 STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 20.

22 STC N.º 0014-2007-PI/TC, punto 1.5 del fallo.

VI. Epílogo: la inconventionalidad por omisión en el actual espectro comparado

Finalmente, no queremos dejar de mencionar que, en el actual panorama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible también aludir a una suerte de “inconventionalidad por omisión”, que viene dada por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que pueden incurrir los Estados Partes.

Ciertamente, no se puede olvidar que la propia Corte ha dejado claramente establecido en su jurisprudencia que la obligación de cumplir con lo dispuesto en sus decisiones:

“corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. En lo que atañe a la ejecución, en el ámbito del derecho interno, de las reparaciones ordenadas por la Corte, los Estados responsables no pueden modificarlas o incumplirlas invocando para ello disposiciones de su ordenamiento jurídico interno”²³.

Partiendo de esta premisa, es posible entonces afirmar que cuando el órgano legisferante de un Estado Parte incumple una sentencia de la Corte Interamericana que lo obliga a emitir una normativa específica interna para garantizar uno o más derechos fundamentales, incurre en un supuesto de “inconventionalidad por omisión”. De ello da muestras la propia jurisprudencia de la Corte IDH, como a continuación se reseña:

- **Caso Yatama vs. Nicaragua**, sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 267: en este caso, la Corte señaló como obligación del Estado Parte “implementar las medidas de reparación relativas a la creación de un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra las decisiones del Consejo Supremo Electoral (...), las reformas a la Ley Electoral No. 331 de 2000 (...), y a la adopción de las medidas necesarias para garantizar los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica (...), dentro de un plazo razonable”.

23 CIDH: *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (competencia), sentencia de 28 de noviembre de 2003, párrafo 61.

- **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 198: en el que se obligó al Estado Parte a que “dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8º.2. h. de la Convención Americana, en relación con el artículo 2º de la misma”.
- **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafos 97 y 98 y punto resolutivo N.º 4: en cuya oportunidad, la Corte IDH decidió que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.
- Y más recientemente, en el **Caso Artavia Murillo y otros (‘Fecundación In vitro’) vs. Costa Rica**, sentencia de 28 de noviembre de 2012, punto resolutivo N.º 2: en que la Corte IDH decidió que el Estado Parte “debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV (fecundación in vitro) y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia”.

Ciertamente, a nivel interno, no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional peruano, en la **STC N.º 05427-2009-PC/TC** (caso AIDSESP 2), aplicó también, aunque sin decirlo expresamente, esta fórmula o categoría de la inconventionalidad por omisión para resolver el caso de la ausencia de reglamentación del derecho a la consulta previa en nuestro país, en un escenario en el que incluso no existía una Ley propiamente dicha que pudiera ser reglamentada. En efecto, en dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional valoró que la desidia del Estado (específicamente, el Ministerio de Energía y Minas) en implementar este derecho en sus decisiones y políticas, vulneraba el Convenio 169 de la OIT que reconocía este derecho, y por ende, suponía el incumplimiento de una obligación internacional pasible de ser controlada en sede constitucional. Lo dijo el Tribunal con estas palabras:

“[...] este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar medidas de derecho interno para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera

al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31º de la Convención de Viena), sino también en atención al principio pro homine, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos (...)”²⁴.

Por ende, a través de esta sentencia, el Tribunal demostró que la “inconvencionalidad por omisión” puede ser controlada y reparada no sólo en los tribunales internacionales, en sede de ejecución de sus propias sentencias, sino también por las propias cortes y tribunales internos, a través de los procesos constitucionales orientados a dicho fin.

24 STC N.º 05427-2009-PC/TC, fundamento 35.

LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

Francisco Fernández Segado
Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad
de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Reflexión preliminar. 2. La última ratio de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” (negativ Gesetzgeber) y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley. 3. La centralidad del modelo constitucional norteamericano en la segunda posguerra y el protagonismo del poder judicial. 4. La progresiva pérdida de sentido de la visión del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”. 5. La obsolescencia de los rasgos binomiales contrapuestos de Calamandrei: A) El carácter relativo de la contraposición “sistema concentrado/sistema difuso”: del monopolio del control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional al mero monopolio de rechazo. B) La relatividad de la rígida contraposición entre el carácter incidental y principal del control. C) Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en los binomios relativos a la extensión, naturaleza y efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad: a) El determinante influjo de la regla stare decisis en el sistema americano: de la inaplicación con efectos inter partes a la anulación con efectos erga omnes. b) La generalización de la nulidad ipso iure de la norma en contradicción con la Constitución y de los efectos ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales. c) La prospective overruling en el sistema norteamericano. D) Otros mecanismos de aproximación entre los dos antaño contrapuestos sistemas de justicia constitucional. 6. La mixtura e hibridación de los sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad en el constitucionalismo de nuestro tiempo. 7. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de los rasgos conformadores de los sistemas de control de la constitucionalidad.

1. Reflexión preliminar

Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional, rasgo que se ha acentuado de modo muy notable en el último cuarto del pasado siglo,

* Ponencia preparada para el Seminario internacional sobre “Giustizia costituzionale comparata: proposte classificatorie a confronto”. Organizado por la *Università degli Studi di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza* – Sede de Ravenna (2-3 de abril 2012). Sistematizada y redactada completamente *ex novo* a partir de trabajos anteriores y ulteriores reflexiones del autor.

pudiéndose poner en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo ser humano y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de la convivencia social civilizada y, por ende, de todo gobierno democrático. Bien significativo al respecto es el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, de lo que encontramos cumplido testimonio en Alemania, Italia, Portugal y España, por poner algunos ejemplos próximos. Ello no hace sino corroborar la esencialidad de la justicia constitucional en el Estado constitucional. Como al efecto ha señalado Zagrebelsky¹, “la giustizia costituzionale è divenuta pietra di paragone di quel tipo di democrazia –la democrazia nello Stato costituzionale di Diritto– che si vuol essere tipica della cultura politico-costituzionale europea”.

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía ser de otro modo, ha incidido sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema norteamericano y el europeo-kelseniano, o si se prefiere, el modelo de la judicial review y el de la Verfassungsgerichtsbarkeit.

Esta bipolaridad, que ya quedó un tanto relativizada tras la aprobación de la Zweite Bundesverfassungsnovelle (la segunda Constitución nueva) austriaca, de 7 de diciembre de 1929, por lo que después se dirá, se iba a ver sustancialmente afectada por el diseño de los nuevos modelos de justicia constitucional creados en la segunda posguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo”, que es como Kelsen concibió a este tipo de órganos, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a ella se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y otorgaron un especial protagonismo a los órganos integrantes del poder judicial, tanto en su rol de tutores del sistema de derechos y libertades, como en la función que iban a asumir en relación al control de constitucionalidad, de resultados de la introducción por estos ordenamientos de un elemento difuso en un modelo de justicia constitucional de estructura y organización concentrada, el instituto procesal conocido entre nosotros como cuestión de inconstitucionalidad (las denominadas en Italia questioni di legittimità costituzionali).

La enorme expansión de la justicia constitucional que ha seguido desde entonces, ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que ha operado en paralelo a un proceso de progresiva convergencia entre los elementos, antaño supuestamente contrapuestos, configuradores de los dos tradicionales sistemas de control de la

1 Gustavo ZAGREBELSKY: “Premessa”, en *La Giustizia Costituzionale in Europa*, coordinada por Marco Olivetti y Tania Groppi, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. XII.

constitucionalidad de los actos del poder. La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de la utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad “modelo americano/modelo europeo-kelseniano”. Como dice Rubio Llorente², hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano.

Consecuentemente con lo que se acaba de exponer, se hace necesaria la búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. Anticipemos ya, que no se trata de sustituir la dicotomía tradicional por otra diferente. Se trata de proceder a la búsqueda de categorías que sean capaces de explicarnos con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la complejidad y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder. La diferenciación primaria ha de partir de la distinción entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de fiscalización presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de cualquier conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se desencadena con ocasión de la aplicación de la ley en una litis concreta presupone justamente lo contrario. A esta diferenciación se anudarán otras, en una sucesión de categorías dicotómicas.

2. La última ratio de la bipolaridad: la concepción del legislador negativo (negativ Gesetzgeber) y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley

I. La plena recepción en Europa de los mecanismos propios de la justicia constitucional, como es de sobra conocido, tendrá lugar en los aledaños de la primera posguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la justicia constitucional que nos ofrece una imagen contradictoria y policroma³, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de esa jurisdicción se orientan fundamentalmente hacia los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado. Por otro, la Constitución de la República Federal de Austria (Oktoberverfassung) diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá notablemente del modelo norteamericano.

2 Francisco RUBIO LLORENTE: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Manuel Fraga. *Homenaje Académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, vol. II, pp. 1411 y ss.; en concreto, p. 1416.

3 Helmut SIMON: “La Jurisdicción Constitucional”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 823 y ss.; en concreto, p. 826.

Uno de los componentes esenciales de la justicia constitucional alemana deriva de la estructura federal del Estado germano. Como razona Friesenhahn⁴, de la función de conciliación (Befriedungsfunktion) ínsita a toda forma federativa, deriva la necesidad para la Federación de asegurar la resolución de las controversias entre los miembros federados. La primera Constitución federal del Imperio alemán, de 16 de abril de 1871, en su art. 76.1, encomendó la resolución de tales controversias al Bundesrät, esto es, a un órgano político compuesto por representantes de los Estados que integraban la Federación. Con análoga finalidad, la Constitución de Weimar, en su art. 19, iba a encomendar la resolución de aquellos litigios que, no siendo de Derecho privado, surgieran entre los diferentes Länder o entre el Reich y los Länder, a un Tribunal Supremo de Justicia del Reich, que una norma legal de desarrollo del art. 108, la Ley de 9 de julio de 1921, finalmente crearía: el Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. Ello no obstante, como señalara Benda⁵, ni este órgano, ni tampoco el Reichsgericht, al que de inmediato aludiremos, serían considerados como “guardianes de la Constitución”, pues esta función de defensa constitucional (Hüter der Verfassung) se atribuiría comúnmente al Reichspräsident, esto es, al Presidente del Reich, muy en la línea schmittiana.

En cuanto al control de compatibilidad de las normas de los Länder con el Derecho del Reich, contemplado por el párrafo segundo del art. 13 de la Carta de Weimar, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevarlo a cabo, limitándose a aludir a que el control recaería sobre una “jurisdicción suprema del Reich”, sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al Reichsgericht.

La norma weimariana, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control⁷ se unió la que Sontheimer⁶ denominara “la lucha para el control jurisdiccional de las leyes” (“der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht”), contienda que se libró con ocasión de la reivindicación jurisdiccional de la realización de un control material de la constitucionalidad de la ley, que venía posibilitado por el párrafo primero del art. 109 de la Constitución, que establecía el principio de igualdad formal ante la ley

4 Ernst FRIESENHAHN: *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 3.

5 Ernst BENDA: “Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland”, en Christian STARCK y Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 124.

6 Cfr. al respecto, Jean-Claude BÉGUIN: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, en particular, pp. 16-21.

7 Kurt SONTHEIMER: *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, p. 75. Cit. por Giuseppe VOLPE: *L'ingiustizia delle leggi* (Studi sui modelli di giustizia costituzionale), Giuffrè, Milano, 1977, p. 100.

(“Todos los alemanes son iguales ante la ley”), en tanto y en cuanto se consideró, que ese principio de igualdad no sólo había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y de modo primario, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros varios, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Asociación de Profesores alemanes de Derecho público) celebrado en Münster entre el 29 y 30 de marzo de 1926, al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el art. 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que, como es obvio, convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad, podríamos decir que irrazonable, del legislador⁸. Ello, desde luego, no significaba, ni en el caso de Kaufmann, ni en el de otros autores que defendían igual tesis, que se decantaran por las posiciones radicales de los movimientos jurídicos a los que de inmediato vamos a aludir. Y así, Kaufmann⁹, no obstante su defensa de la facultad de revisión judicial, consideraría que el Juez debía mantenerse dentro del ámbito de su específica misión judicial, sin trastocar el orden existente entre juez y legislador, ni asumir funciones específicamente legislativas; su misión debía estribar simplemente en castigar la transgresión de ciertos límites extremos. No obstante la libertad de la actividad creadora del Juez, a pesar de la amplitud de su arbitrio y de la existencia de determinados conceptos imprecisos o indeterminados, el Juez debía seguir manteniéndose sujeto a la ley. No se defendería otro tanto por los seguidores de ciertos movimientos o escuelas jurídicas a las que pasamos a referirnos.

Si se nos permite el excursus, quizá convenga recordar que en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX, habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los Jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la “Escuela libre del Derecho” (Freirechtsbewegung), movimiento cuyo inicio se suele hacer coincidir con la publicación en 1885 de la obra de Oskar von Bülow, *Gesetz und Richteramt* (“La Ley y la Magistratura”), o también de la teoría de la “comunidad del pueblo” (Volksgemeinschaft), deudora en el plano jurídico de la

8 Entre otros conocidos defensores de la misma tesis habría que mencionar a Heinrich Triepel, quien, como recuerda José Luis Carro (en el “Prólogo” a la obra de Heinrich TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, p. 19), no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino, asimismo, el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo III Congreso de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público.

9 Erich KAUFMANN, en las publicaciones (*Veröffentlichungen*) del Congreso de Münster, fasc. 3, p. 19. Cit. por Carl SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931. Manejamos la versión española, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, p. 54, nota 19.

concepción romántica del “espíritu del pueblo” (Volksggeist), que concibe el Derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo.

En este ámbito de pensamiento, el Estado de Derecho pasaba a concebirse como Estado sujeto al Derecho, que no a la ley, circunstancia a la que se anudaba, como una inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (Gesetzmässigkeit) por el de juridicidad (Rechtmässigkeit). El principio de corte positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba de esta forma absolutamente relativizado, si es que no degradado.

No debe extrañar por lo que acaba de exponerse, que en el Congreso de Münster de 1926, todos los teóricos encuadrados en la Volksgemeinschaft postularan el fin de la soberanía de la ley. Como recuerda Volpe¹⁰, el principio de igualdad ante la ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se iba a instrumentalizar por estos sectores doctrinales como un mecanismo de rango constitucional que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del “espíritu del pueblo”, correspondiendo a los operadores jurídicos, y de modo muy particular a los Jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la “naturaleza de las cosas” (“Natur der Sache”) y resultaban justas en cuanto acordes a un orden superior de valores sentido por la conciencia popular, que remitía a conceptos tan amplios e indeterminados como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso de Münster, el Reichsgericht, en una célebre Sentencia de su 5ª Cámara Civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear formalmente la cuestión del control de la constitucionalidad material de la ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la ley no excluía que el propio Juez rechazara la validez de una ley del Reich o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opusieran a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el Juez. Quedaba reconocido así un derecho de control judicial que Carl Schmitt caracterizaría¹¹ como un control “accesorio” que constituye una competencia ocasional, ejercitándose tan sólo de modo eventual, incidental, en una sentencia judicial y conforme a las posibilidades de cada Juez, es decir, en forma “difusa”, término que Schmitt, con notable fortuna, propondría para designar la categoría opuesta al control “concentrado” en una sola instancia. Ello no obstante, el propio autor se cuidaría de matizar, que el derecho de control judicial ejercitado por el Tribunal Supremo del Reich en la antes citada sentencia, así como el llevado a cabo, en forma análoga, por otros Tribunales Supremos (como sería el caso

10 Giuseppe VOLPE: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., pp. 103-104.

11 Carl SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 52.

del Tribunal Supremo de Hacienda o del Alto Tribunal Contencioso-Administrativo de Prusia) tenía una importancia muy moderada si se le comparaba con el derecho de control de la Supreme Court. Y ello, en último término, por cuanto, siempre según Schmitt¹², sólo en un “Estado judicialista”, que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios, el derecho de control judicial, per se, puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada, que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios frente al Estado, es decir, frente a la legislación, frente al Gobierno y frente a los organismos administrativos. Como es evidente, el posicionamiento schmittiano encontraba su más plena razón de ser en el marco global de su bien conocida concepción sobre el “guardián de la Constitución” (der Hüter der Verfassung).

II. La Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad que iba a ser por entero deudor de la concepción de Kelsen. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una posición radicalmente antagónica a la sustentada por los teóricos de la Volksgemeinschaft. Su postura quedaba nítidamente expuesta en el Congreso de Münster anteriormente mencionado, al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. Kelsen sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo más radical. Más aún, Kelsen, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el Juez hubiera de limitarse a aplicar la ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones más hiper-conservadoras, cuando no, lisa y llanamente, por entero ajenas al marco democrático. De esta forma, Kelsen vinculará “la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva” con “el cambio en la estructura política del órgano legislativo”, o lo que es lo mismo, con el cambio en las mayorías políticas dominantes en el mismo, constatando al respecto, que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”¹³.

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen sería compartida pocos años después por Heller, quien en su trabajo *Rechtsstaat oder Diktatur?* argumentaba¹⁴, que era revelador que cuando tras la Revolución de 1918

12 *Ibidem*, pp. 46 y ss.

13 Cfr. al efecto, Adriano GIOVANNELLI: “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione <politica> della Corte Costituzionale”, en *Scritti su la Giustizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 395.

14 Herman HELLER: “Rechtsstaat oder Diktatur?”, en *Die Neue Rundschau*, Fischer Verlag, Berlin, 1929. Manejamos la traducción española, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en *Escritos políticos*, (Prólogo y selección de Antonio López Pina), Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283 y ss.; en concreto, pp. 288-289.

podía parecer amenazada, por el principio de igualdad consagrado por el art. 109, la dominación de la burguesía, hubiera juristas conservadores inclinados a ver en este principio una interdicción de la arbitrariedad con destino al legislador, y que frente a ellos, precisamente se aferraran a la antigua interpretación los juristas democrático-burgueses. En la jurisprudencia conservadora, la eminente significación política de este cambio de perspectiva se podía entender tan sólo en relación con el formidable aumento de poder político obtenido en Alemania merced a la decisión del Reichsgericht de 4 de noviembre de 1925, que Heller considerará, sin duda, jurídicamente errónea. Como quiera que los Jueces, –sigue argumentando Heller– procedentes en una mayoría aplastante de las clases dominantes, entran a juzgar de la correspondencia de las leyes con el principio de igualdad, la burguesía habrá logrado por el momento asegurarse eficazmente frente al riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal, pues lo que haya de valer como igual o desigual se define esencialmente según las concepciones axiológicas, divergentes desde las perspectivas no sólo histórica y nacional sino también social, de quienes están llamados a juzgar. En definitiva, la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad decisoria del poder legislativo fue concebida por los sectores más conservadores, incluso antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana.

De lo que se acaba de exponer se desprende con relativa nitidez, que al delinear su teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la “Escuela libre del Derecho” y de la “comunidad del pueblo” y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar. A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como mostraba el clásico libro de Lambert¹⁵, en cuanto que tal dirección se vinculaba, como Heller, como antes vimos, dejaba en claro, con las posiciones más conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

No parece, por lo demás, que Kelsen tuviera muy presente, ni tan siquiera desde una perspectiva dialéctica, el modelo norteamericano de la judicial review. Las evidencias conducen a pensar que el gran jurista vienés tuvo fundamentalmente en

15 Edouard LAMBERT: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois), Marcel Giard & Cie., Paris, 1921. En versión italiana, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (L’esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi), a cura di Roberto D’Orazio, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

su cabeza tanto el modelo constitucional suizo como el propio ejemplo del Tribunal del Imperio. En esta misma dirección, von Beyme pudo afirmar¹⁶, que “Kelsen built on the tradition of the Imperial Court, which he developed further into a genuine constitutional court”¹⁷.

El propio Kelsen admitiría de modo expreso¹⁸ que, aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austriaca de 1920, los Tribunales austriacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 era la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada Tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del gran jurista vienés, demasiado grande (“the danger of non-uniformity in constitutional questions was too great”), y tal peligro no podía combatirse en Austria, un país con un sistema jurídico de civil law, por intermedio de la regla del stare decisis, característica de los países de common law. Y como trasfondo de ese peligro, se hallaban las ya mencionadas tendencias antidemocráticas de determinados sectores judiciales del mundo cultural alemán.

Aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asumía en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de “legislador negativo” con que Kelsen concibió tal órgano, no sólo pretendía mostrar la complementariedad que respecto del poder legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces¹⁹. No debe olvidarse además, la existencia de un sustrato de conflictividad entre el Parlamento

16 Klaus von BEYME: “The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems”, en Christine Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation (An International Comparison)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 21 y ss.; en concreto, p. 29.

17 A mayor abundamiento, el propio von Beyme (*Ibidem*, p. 29) recuerda que “in the commentaries on Kelsen’s Collection of Austrian Constitutional Laws, it is even stated explicitly: “In all the drafts, the Swiss Constitution served as an example, alongside the Imperial German one”. (Hans Kelsen, ed., *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich*, Teil 5, Deuticke, Wien, 1922, p. 55).

18 Hans Kelsen: “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, Vol. 4, No. 2, May, 1942, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 185-186. En versión española, con traducción de Domingo García Belaunde, “El control de la constitucionalidad de las leyes”, en *Ius et Veritas* (Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú), Lima, Junio de 1993, pp. 81 y ss. En versión francesa, con traducción de Louis Favoreu, “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, num. 1, 1990, pp. 17 y ss.

19 Adriano GIOVANNELLI: “Alcune considerazioni sul modello...”, *op. cit.*, p. 395.

y los Jueces durante la época de Weimar, ya de algún modo aludido. De ahí que, como señala Volpe²⁰, la construcción normativista kelseniana también esté regida por la finalidad de lograr superar el conflicto existente entre legislativo y judicial.

Al entender Kelsen que la anulación de una ley no podía consistir en su mera desaplicación al caso concreto, como acontecía en la judicial review norteamericana (“annuler une loi –dirá Kelsen²¹– c’est poser une norme générale”), por cuanto la anulación tenía el mismo carácter de generalidad que su promulgación²², estaba convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un negativ Gesetzgeber. “Aufhebung von Gesetzen –razona Kelsen²³– ist somit selbst Gesetzgebungsfunktion und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ der gesetzgebenden Gewalt” (La anulación de las leyes es por lo tanto la misma función legislativa, y un Tribunal que anula la ley, un propio órgano del poder legislativo). Ese legislador negativo estaba llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá de modo impropio, con dicho poder, esto es, con el poder legislativo, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los Jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial. Por lo demás, de esta caracterización del Tribunal como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre los dos modelos de justicia constitucional, el norteamericano y el europeo-kelseniano.

En resumen, las divergencias entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanarían de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos, que constituyen la última y más profunda ratio de su bipolaridad. Volpe lo ha expuesto con meridiana claridad²⁴. El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del poder judicial sobre los restantes poderes, particularmente sobre el legislativo, lo que constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, al menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador, desconfianza fraguada

20 Giuseppe VOLPE: *L’ingiustizia delle leggi*, op. cit., p. 138.

21 Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle de la Constitution” (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public*, tome quarante-cinquième, 1928, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 200. En versión española, “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (La Justicia Constitucional), nota preliminar y revisión de la traducción de Domingo García Belaunde, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AlbJC)*, nº 15, 2011, pp. 249 y ss.

22 “Denn die Aufhebung eines Gesetzes –escribiera Kelsen en uno de sus trabajos más emblemáticos– hat den gleichen generellen Charakter wie die Erlassung eines Gesetzes. Aufhebung ist ja nur Erlassung mit einem negativen Vorzeichen gleichsam” (Porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es, en efecto, sólo una promulgación con un signo en cierto modo negativo). Hans Kelsen: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 5. Heft, 1929, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 54.

23 Hans Kelsen: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, op. cit., p. 54.

24 Cfr. al efecto, Giuseppe VOLPE: *L’ingiustizia delle leggi*, op. cit., pp. 157 y ss.

en los momentos iniciales de la vida constitucional de los Estados, de resultados de los abusos llevados a cabo por las legislaturas estatales. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, burocrática, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho. Cuando tras la Segunda Guerra Mundial esos presupuestos histórico-políticos se desmoronen, como vamos a ver de inmediato, habrá perdido gran parte de su razón de ser el fin que Kelsen pretendió con el diseño de su modelo de justicia constitucional.

3. La centralidad del modelo constitucional norteamericano en la segunda posguerra y el protagonismo del poder judicial

I. Tras la Segunda Guerra Mundial, la centralidad que el modelo norteamericano va a ocupar en el diseño de las primeras Constituciones de la posguerra europea no es casual, sino que va a responder a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia resultara ser el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico. Ello condujo a los constituyentes europeos a poner la vista en la Constitución norteamericana, visionada, como la percibiera Corwin en un trabajo clásico²⁵, como the higher law, como la ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de aquellas normas contrarias a la constitucional. Y ello tanto por su legitimidad de origen popular (Corwin hablará de “an entirely new sort of validity, the validity of a statute emanating from the sovereign people”) como por su propio contenido material (Corwin se referiría a cómo en un primer momento la supremacía constitucional tenía que ver con el contenido de la Constitución, pues en ella hay “certain principles of right and justice which are entitled to prevail of their own intrinsic excellence”). Corwin terminaría considerando la idea de la higher law como la más fructífera creación jurídica desde Justiniano.

Esta concepción de la Constitución como *lex superior* conducía a un gobierno limitado, que Alexander Hamilton (que habla de “a limited constitution”), en el nº

25 Edward S. CORWIN: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y pp. 365 y ss.; en concreto, pp. 409 y 152, respectivamente. Publicado igualmente, con el mismo título, por Great Seal Books (A Division of Cornell University Press), 5th printing, Ithaca, New York, 1963.

LXXVIII de *The Federalist Papers* caracterizaría magistralmente²⁶, en el que el legislativo, y no sólo él, está sujeto y condicionado por las previsiones constitucionales, y todo ello garantizado a través del control de constitucionalidad de la ley. Este diseño se antojaba especialmente útil para evitar y, en su caso, enfrentar los abusos del legislativo, que tan desastrosas consecuencias habían producido en los años anteriores a la guerra.

En este contexto no ha de extrañar la sugestión que el modelo americano de la judicial review iba a ejercer. Zagrebelsky²⁷ ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el Tribunal Supremo norteamericano fue casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar. Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austriaco-kelseniano, opción que, como ha señalado García de Enterría²⁸, fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia. Dicho esto, existe una cierta convergencia doctrinal entre la mejor doctrina acerca de que en el acercamiento entre los dos grandes sistemas de justicia constitucional es el sistema americano el que se iba a presentar con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado europeo-kelseniano, según Pizzorusso²⁹, más que modificaciones estructurales respecto de aquél. Y García de Enterría, de modo rotundo, sostiene³⁰, que no se acoge el modelo kelseniano del “legislador negativo”, sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la Bonner Grundgesetz no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial en la norma de apertura (art. 92) del capítulo noveno, dedicado a la Jurisdicción (Die Rechtsprechung).

La estructura por la que finalmente se opta, la de una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos erga omnes de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma legal, que si bien pueden ser considerados

26 “By a limited constitution, —escribe Hamilton en el n° 78 del *Federalist*— I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority”, para añadir casi inmediatamente después que “(l)imitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void”. Alexander HAMILTON, James MADISON and John JAY: *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948, p. 397. En edición española, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpresión de la 2ª edición, México, 1974.

27 Gustavo ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 321.

28 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 133-134.

29 Alessandro PIZZORUSSO: “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, Dicembre 1982, pp. 521 y ss.; en concreto, p. 527.

30 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, op. cit., p. 134.

como el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”, en algún caso, como los efectos erga omnes, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de rechazo de que dispone el Tribunal Constitucional con su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

II. El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra va a entrañar una extraordinaria revalorización del rol desempeñado por el poder judicial. Ciertamente, a diferencia del sistema americano, la sujeción a la ley seguirá siendo un principio indiscutible, pues a los jueces alemanes o italianos (éstos después de 1956, año en que iniciaría su andadura la Corte Costituzionale) no les cabe inaplicar una ley cuando la consideren contraria a la Constitución, pero no obstará para que la función constitucional de los jueces se vea notabilísimamente potenciada.

La magistratura, dirá Heyde³¹ refiriéndose a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de Derecho que ha querido la Grundgesetz, y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del art. 103 de la Constitución de Weimar, el art. 92 de la Carta de Bonn contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del art. 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, “si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales”. Los órganos del poder judicial se convierten de este modo en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por la vía de las previsiones legales, y desde 1968 por determinación de la misma Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal del Verfassungsbeschwerde o recurso de queja constitucional.

También en Italia el nuevo contexto histórico se traducirá en una renovada visión del poder judicial. A ella se referiría Mortati³², que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial, resultante del elemento de creatividad en ella implicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del poder judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función, la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un “Estado de jurisdicción”. Con una mayor introspección quizá, Martines pondría de relieve³³, que aunque no existe una función de dirección política (indirizzio politico) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (operatori politici), en cuanto

31 Wolfgang HEYDE: “La Jurisdicción”, en *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 767 y ss.; en concreto, pp. 769 y 772.

32 Costantino MORTATI: *Istituzioni di Diritto pubblico*, tomo II, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1976, pp. 1248-1250.

33 Temistocle MARTINES: *Diritto Costituzionale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1994, p. 522.

institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión en la función jurisdiccional que ejerce el juez de la simple tarea “di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari” que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del poder judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, los casos alemán e italiano ejemplifican lo acontecido en el constitucionalismo de la segunda posguerra, que ha revitalizado al poder judicial hasta convertirlo en una de las piezas centrales del Estado de Derecho. A los jueces corresponde, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, pudiendo aplicar de modo inmediato y directo la Constitución, como norma limitadora que es de la actuación de los poderes públicos. Aun cuando les está vedada la inaplicación de las normas legales que, con ocasión de su aplicación en una litis de la que estén conociendo, interpreten contrarias a la Constitución, pueden, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad que el propio juez ha de llevar a cabo, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo el monopolio de rechazo. Pero además, en ciertos países, como es el caso de España, son los jueces los que asumen el control de constitucionalidad de las normas reglamentarias, lo que llevan a cabo con ocasión del control de legalidad. Y tampoco cabe olvidar que en Alemania han sido los jueces ordinarios quienes han controlado la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales. Y en Italia, hasta tanto entró en funcionamiento la Corte Costituzionale, en 1956, existió de hecho un control difuso de la constitucionalidad que se encomendó, innecesario es decirlo, a los jueces.

En resumen, los hechos históricos inmediatamente posteriores a 1945 iban a trastocar de modo radical la situación existente durante la República de Weimar. El recelo frente a los jueces iba a dar paso a su fortalecimiento y decisivo protagonismo en el Estado de Derecho, mientras que la confianza histórica en el legislador, por mor de los acontecimientos previos a la guerra, se iba a mutar una cierta desconfianza, que se manifiesta en el empeño en asegurar su sujeción a la Constitución, una Constitución presidida por un orden axiológico, cuyo último fundamento de validez, como dijera Bachof³⁴, se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, que vincula directamente a todos los poderes del Estado, y que encuentra su más específica traducción en los derechos fundamentales, y cuya enérgica pretensión de validez constituye una de sus premisas más significativas. En este contexto, las razones que movieron a Kelsen a diseñar su modelo de justicia constitucional habían perdido gran parte de su razón de ser.

34 Otto BACHOF: *Grundgesetz und Richtermacht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos la versión española, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 39-40.

4. La progresiva pérdida de sentido de la visión del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”

I. Uno de los rasgos de mayor relieve que emerge de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra consiste en la demostración de la aptitud de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales en su cotejo de las normas vigentes sujetas a su fiscalización para desarrollar un rol normativo no sólo negativo, en la estela kelseniana, sino también positivo. Ello no sólo representa una notabilísima novedad, sino que aproxima el modelo supuestamente kelseniano al norteamericano. En él, los pronunciamientos judiciales, en particular los de la Supreme Court, constituyen precedentes que, en virtud de la regla *stare decisis*, son susceptibles de tener una cierta eficacia persuasiva, pudiendo en cuanto tales asumir el carácter de fuente del Derecho, bien que, como apostilla Pizzorusso³⁵, sólo en la misma medida en que pudiera asumir tal carácter cualquier decisión jurisprudencial conformadora del common law.

Es claro que la función primigenia del juez constitucional es la salvaguarda del principio de constitucionalidad, esto es, de la supremacía normativa de la Constitución, a cuyo efecto le corresponde la depuración del ordenamiento jurídico, lo que lleva a cabo mediante la expulsión del mismo de todas aquellas disposiciones legales que considere contrarias a la Constitución. El monopolio de rechazo de que dispone el Tribunal Constitucional, como antes se dijo, hace necesario el revestimiento de la sentencia constitucional de efectos *erga omnes*, sean explicitados en esos mismos términos o a través del recurso a la fórmula alemana del art. 31.2 de su propia ley, (BVerfGG), que en ciertos supuestos atribuye a las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*).

Pero no encierra menos claridad, que otra trascendental función de los Tribunales Constitucionales, acorde con su rol de “intérpetes supremos de la Constitución”, es la interpretación vinculante para todos los poderes públicos (particularísimamente, para los aplicadores del Derecho, jueces y tribunales) de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico en conformidad con la misma, un texto, no se olvide, dotado de fuerza normativa, que requiere de modo inexcusable de un órgano que, con carácter vinculante, interprete sus postulados, muchos de ellos de carácter abierto y muy general, pues, como en un afortunado simil dijera Treves³⁶, “la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici”.

Al Tribunal Constitucional corresponde, allí donde existe, independientemente

35 Alessandro PIZZORUSSO: “I sistemi di giustizia costituzionale...”, *op. cit.*, p. 522.

36 Giuseppino TREVES: “Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana”, en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Giuseppino Treves, UTET, Torino, 1971, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 4.

de que se le reconozca o no de modo específico por el ordenamiento jurídico, el rol de intérprete supremo de la Constitución, y en cuanto que la Constitución tiene una intrínseca pretensión de vivencia, esto es, de acomodo al devenir social, acorde con el carácter fluido y dinámico de toda sociedad, ese intérprete supremo ha de asumir la tarea de vivificar la Constitución, de convertirla en a living Constitution, lo que otorga una enorme trascendencia a su función hermenéutica³⁷.

La propia primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, su visualización como *vorrangiger Kontext* (contexto superior), por utilizar la expresión de Haak³⁸, y su configuración como núcleo vertebrador del ordenamiento, al que otorga su unidad material, exigen que la totalidad de las normas jurídicas se interpreten de conformidad con la Constitución. Se perfila así el principio de interpretación conforme, de notable trascendencia en lo que ahora interesa, acogido desde antaño por la Supreme Court, que ha podido afirmar que, “if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity”.

Se admite de modo generalizado que el principio de interpretación conforme se vincula estrechamente con el principio de conservación de la norma. El BVerfG –escribió Bachof hace medio siglo³⁹– valora el principio (“Grundsatz”) de continuidad jurídica de las leyes (“der Rechtsbeständigkeit der Gesetze”) como un principio jurídico de considerable peso (“Als einen Rechtsgrundsatz von so erheblichem Gewicht”). Con ello se trata, además, de compatibilizar la primacía de la Constitución con la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador.

El horror vacui del juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de big bang de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de “agujeros negros” en el ordenamiento jurídico⁴⁰. Ello ha propiciado la multiplicación de las llamadas “sentencias interpretativas”, que, como pusiera de relieve Crisafulli⁴¹, “sono nate da un’esigenza

37 Ello explica que Vigoriti haya escrito, en referencia a la *Corte Costituzionale*, que: “In its place must come recognition that constitutional judges are the masters, not the servants, of a living constitution”. Vincenzo VIGORITI: “Italy: The Constitutional Court”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 20, 1972, pp. 404 y ss.; en concreto, p. 414.

38 Volker HAAK: *Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, p. 304.

39 Otto BACHOF: “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, en *Summum Ius Summa Iniuria* (Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus. Wintersemester 1962/63), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 48.

40 Thierry DI MANNO: *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Paris, 1997, p. 74.

pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche". Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (vuoti) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, al que acabamos de referirnos precedentemente, que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico⁴², se puede comprender la gran expansión que este tipo de decisiones ha tenido.

II. La interpretación por el juez constitucional no sólo de la Constitución sino también del resto del ordenamiento jurídico, a fin de "conformarlo" a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante que, ya antes lo señalábamos, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla stare decisis y de la posición jerárquica superior de la Supreme Court⁴³, de la eficacia de los efectos erga omnes de las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

Por atender al bien significativo ordenamiento jurídico alemán, el art. 31.1 BVerfGG establece el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal para todos los órganos constitucionales del Bund y de los Länder, así como para todos los tribunales ("alle Gerichte") y autoridades ("und Behörden"). El sentido de esta eficacia vinculante (Bindungswirkung) es la extensión de la fuerza de cosa juzgada personal de las resoluciones ("die Erstreckung der personellen Rechtskraft der Entscheidungen") frente a todos los órganos estatales ("gegenüber allen staatlichen Organen"), eficacia vinculante ésta que también se extiende a la ratio decidendi, o si así se prefiere, a los tragenden Gründe, todo lo cual, según Weber⁴⁴, conduce a convertir al BVerfG no sólo en guardián de la Constitución ("Hüter der Verfassung"),

41 Vezio CRISAFULLI: "La Corte Costituzionale ha vent'anni", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, 1976, Fasc. 10, pp. 1694 y ss.; en concreto, p. 1703.

42 Silvestri, refiriéndose a la *Corte Costituzionale*, de la que por cierto es *Giudice* desde hace unos años, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socio-culturales (reflejadas, aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. Gaetano SILVESTRI: "Le sentenze normative della Corte Costituzionale", en *Scritti su la Giustizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, CEDAM, Padova, 1985, Vol. I, pp. 755 y ss.; en concreto, p. 757.

43 Esta vinculación de la interpretación llevada a cabo por la *Supreme Court* no ha dejado, sin embargo, de ser objeto de algunos cuestionamientos. Aunque las decisiones de la *Supreme Court*, generalmente, se consideran vinculantes para todos, incluyendo al Presidente y al Congreso, Rosenfeld recuerda que, periódicamente, ha habido impugnaciones recurrentes en relación a esta idea del carácter vinculante de tales decisiones. Michel ROSENFELD: "El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 8, Julio/Diciembre 2007, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 247.

44 Albrecht WEBER: "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland", en Christian Starck y Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 61.

sino también en “intérprete determinante” (“massgeblicher Interpret”) de la misma. De este modo, si en el marco de una decisión de interpretación conforme, el BVerfG declara determinadas interpretaciones, posibles en sí mismas, disconformes con la Constitución, las restantes jurisdicciones no pueden deducir tales “posibilidades interpretativas” como conformes a la Constitución⁴⁵. Innecesario es decir que todo ello redundaría en que el Tribunal Constitucional ya no sea tan sólo el “legislador negativo” que concibiera Kelsen, sino que haya pasado a ser, en bastantes ocasiones, un verdadero legislador positivo.

Pero es que, incluso en aquellas sentencias que parecen limitarse a expulsar una norma del ordenamiento jurídico por su contradicción con la Constitución, el rol del Tribunal Constitucional va más allá del de un mero “legislador negativo”. Como dijera Leopoldo Elia, siendo Presidente de la Corte Costituzionale, la motivación de una decisión incluye, implícita o explícitamente, “condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore”⁴⁶. Aun cuando la sentencia pueda parecer, en sintonía con la doctrina kelseniana, tan sólo un *contrarius actus*, casi siempre es posible superar tal visión, “traendo condizionamenti impliciti o espliciti per la futura condotta del legislatore”. Por lo mismo, y en referencia ya a España, bien creemos poder decir que la trascendencia de la doctrina constitucional sentada por nuestro Tribunal Constitucional desborda de lejos la que el Código Civil, con carácter general, atribuye (art. 1.6) a la jurisprudencia ordinaria, que viene a complementar el ordenamiento jurídico. No estamos, en el caso de la jurisprudencia constitucional, ante un mero complemento del ordenamiento jurídico, sino ante un componente que va a impregnar la totalidad de ese mismo ordenamiento al acomodar su significado a la interpretación que de los principios y preceptos constitucionales va a llevar a cabo el juez constitucional. Pensemos que en nuestro país, al igual que en Alemania, también se admite de modo generalizado (aunque, por supuesto, haya quienes piensen lo contrario), que la eficacia vinculante no se circunscribe tan sólo al fallo, a la parte dispositiva de la sentencia, sino que se proyecta asimismo a la *ratio decidendi*, o lo que es igual, en los términos de Abraham⁴⁷, a “the essence, the vitals, the necessary legal or constitutional core of the decision”.

III. Al margen de cuanto se acaba de exponer, hemos de recordar, aunque no podamos

45 En sentido análogo, quien fuera Presidente del BVerfG, Wolfgang ZEIDLER, en “Cour constitutionnelle fédérale allemande” (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 53.

46 Leopoldo ELIA: “Il potere creativo delle Corti costituzionali”, en *La Sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile* (Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza), CEDAM, Padova, 1988, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 224.

47 Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process* (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France), 7th edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, p. 245.

entrar en ello⁴⁸, que los Tribunales Constitucionales europeos, o al menos buen número de ellos, al hilo de los mecanismos de fiscalización de la inconstitucionalidad por acción (aunque también por intermedio de los recursos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, como ejemplifica el *Verfassungsbeschwerde*), han creado de modo pretoriano una serie de técnicas decisorias más o menos originales a través de las cuales han posibilitado el control de las omisiones legislativas. No ha obstado a ello el hecho de que los recursos jurisdiccionales, en gran medida por la inercia de una tradición liberal todavía hoy bien presente en el Derecho procesal, sólo quepan frente a actos formales, con la obvia ignorancia subsecuente de las omisiones. Las dificultades del empeño no eran pocas, pues como constataba Trocker⁴⁹, refiriéndose a la justicia constitucional germano-federal, los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes parecían estructurados de modo tal que no se comprendían aquellos casos en que el legislador hubiera violado no ya por acción, sino por omisión, la *Grundgesetz*. Ni el control normativo abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*) ni el control normativo concreto (*konkrete Normenkontrolle*) parecían tener por objeto un comportamiento omisivo del legislador. Ello no impediría que el *BVerfG* pudiera conocer de las omisiones del legislador, particularmente de las “relativas”, por utilizar la categorización de Wessel⁵⁰.

Posibilitada esta fiscalización en sede constitucional, la creatividad de algunos Tribunales Constitucionales, el alemán y el italiano de modo muy destacado, iba a hacer el resto. Una pluralidad de técnicas decisorias tanto por parte del *Bundesverfassungsgericht* como de la Corte Costituzionale, propiciarían una respuesta jurídica adecuada a los retos que planteaba el control de las omisiones legislativas. Y para ello, en muchos casos, ambos Tribunales iban a actuar como auténticos legisladores positivos. La técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*) del Tribunal alemán lo ejemplifica paradigmáticamente, más aún si se tiene en cuenta que, “a posteriori”, el legislador alemán, mediante la

48 Nos remitimos al respecto a un artículo de nuestra autoría. Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, en *Revista de las Cortes Generales*, n° 75, Tercer cuatrimestre 2008, pp. 7 y ss.

49 Nicolò TROCKER: “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà” (Studio comparativo sul diritto tedesco), en *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, Vol. CLXXVIII, Fascicoli 1-2, Gennaio/Aprile, 1970, pp. 88 y ss.; en concreto, pp. 106-107.

50 Wessel, Juez del *BVerfG*, en 1952, muy poco después por tanto de que el Tribunal Constitucional Federal iniciara sus tareas, en un trabajo ya clásico, vino a sentar las bases de la más conocida y reiterada tipología de las omisiones legislativas. Wessel diferenciará entre las omisiones absolutas del legislador y las relativas. Las primeras (“Absolute Unterlassen des Gesetzgebers”) son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del legislador de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas (“relative Unterlassen”) presuponen una regulación parcial que, al omitir, por ejemplo, del goce de un derecho a determinados grupos de personas, vienen a entrañar una violación del principio de igualdad. Cfr. al efecto, WESSEL: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.; en particular, p. 164.

reforma de la Ley del Tribunal Constitucional (BVerfGG) de 1970, positivaría la creación llevada a cabo en sede jurisdiccional doce años antes. En Italia, las sentencias manipulativas constituyen asimismo un perfecto ejemplo de creación normativa. Piénsese sin más en los dos subtipos de tales decisiones que suelen diferenciarse: *sentenze additive* y *sentenze sostitutive*, o más recientemente, en las “sentencias aditivas de principios”, e incluso, en cierto modo, en las *sentenze-monito*, en las que la Corte Costituzionale recurre a la técnica de dar avisos, sugerencias o advertencias (monito) al legislador.

La gran novedad a destacar de la justicia constitucional de la segunda posguerra, puesta de relieve de uno u otro modo por numerosos autores⁵¹, es, pues, la de que los Tribunales Constitucionales no circunscriben su rol al de simples “legisladores negativos”. El horror a los vacíos normativos, el principio de conservación de la norma, en coherencia con las exigencias dimanantes del principio de seguridad jurídica, la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se tratan de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía *validez/nulida*⁵², la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las llamadas *leggine* en Italia, la reconocida naturaleza objetiva de los derechos, que exige su interpretación como un orden objetivo de valores, la enorme relevancia que ha asumido el principio de igualdad en su doble vertiente formal y material, y un dispar conjunto de razones estructurales que tienen bastante que ver con las nuevas exigencias del Estado de nuestro tiempo, y en particular, con los problemas redistributivos del Estado social, respecto a los cuales, como afirma Weber⁵³ en relación al BVerfG, en una reflexión proyectable a otros órganos análogos, éste órgano siempre debe incidir con carácter correctivo, tanto en el reconocimiento de prestaciones

51 Pensemos en que ya Calamandrei, en los años cincuenta, se manifestaba en tal sentido, al poner de relieve que la *Corte Costituzionale*, si bien su consideración era aplicable a cualquier otro Tribunal Constitucional, lejos de circunscribir su función a la mera anulación de normas, desempeñaba una función positiva que se manifestaba en una doble vertiente: una acción de estímulo frente al legislador y una cooperación activa al *indirizzo politico*, resultante de que, más allá del efecto negativo, expreso en la parte dispositiva de la sentencia, de anulación de la ley contraria a la Constitución, las consideraciones efectuadas por la Corte en los fundamentos jurídicos de la sentencia tenían un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo politico*. Piero CALAMANDREI: “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, pp. 7 y ss. Trabajo recogido en la obra del propio autor, que manejamos, *Studi sul processo civile*, vol. 6º, CEDAM, Padova, 1957, pp. 210 y ss.; en concreto, p. 258.

52 Como sostiene Modugno, la estricta alternativa *accoglimento/rigetto* dispuesta en el diseño constituyente italiano, no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, añadiríamos por nuestra cuenta, del potente influjo de ese idea-fuerza que fue la del “legislador negativo”), pues las sentencias interpretativas, en su variada tipología, representan una respuesta realista y siempre flexible frente a los requerimientos de un diseño abstracto y rígido. Franco MODUGNO: “Corte Costituzionale e potere legislativo”, en Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 48.

53 Albrecht WEBER: “Alemania”, en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 y ss.; en concreto, p. 84.

como en su recorte, son otras tantas razones que explican la función positiva que hoy vienen asumiendo con toda naturalidad los Tribunales Constitucionales, que, como advirtiera hace ya unos cuantos lustros Crisafulli⁵⁴, en ocasiones parecen transformarse de jueces en legisladores.

En definitiva, si las circunstancias que, al margen ya de su propia concepción dogmática del Estado y del Derecho, indujeron a Kelsen a esbozar su peculiar modelo de justicia constitucional, han mutado de modo radical tras la guerra, y si la caracterización como “legislador negativo”, a la que se han anudado los principales elementos diferenciales respecto del modelo norteamericano, se ha relativizado hasta el extremo, la conclusión es clara: los soportes que condujeron a la contraposición entre los dos grandes modelos de la justicia constitucional han sido profundamente socavados. Y a todo ello habrá de añadirse la obsolescencia de los rasgos procesales propios de cada modelo que Calamandrei contrapuso en forma binomial, cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

5. La obsolescencia de los rasgos binomiales contrapuestos de Calamandrei

En una caracterización muy bien conocida, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei⁵⁵ vino a connotar los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad (o de legitimidad constitucional) de las leyes, el sistema norteamericano de la judicial review of Legislation y el europeo de la Verfassungsgerichtsbarkeit, a través de un conjunto de binomios contrapuestos.

El primero de esos sistemas, tildado habitualmente como sistema difuso, en cuanto que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, decía Calamandrei) pueden llevar a cabo este control, era caracterizado como incidental o concreto (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), especial (la declaración de inconstitucionalidad tan sólo conduce a negar la aplicación de la ley in casu, o lo que es igual, a la inaplicación de la norma legal considerada inconstitucional en el caso concreto), declarativo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente, y por tanto con efectos ex tunc) y con efectos inter partes, pues sólo las partes del caso concreto en el que se ha suscitado la fiscalización de la norma legal van a verse afectadas.

El sistema kelseniano, conocido por lo general como sistema concentrado, en cuanto que el control se residencia en un único y especial órgano constitucional,

54 Vezio CRISAFULLI: “La Corte costituzionale ha vent’anni”, *op. cit.*, p. 1704.

55 Piero CALAMANDREI: “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil)*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, Vol. III, pp. 21 y ss.; en concreto, pp. 32-33.

iba a ser caracterizado como principal o abstracto (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionándose directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar a que la aplicación de la norma legal ofrezca la ocasión de una controversia especial), general (la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación general de la norma legal, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general), constitutivo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia ex nunc, que vale pro futuro y respeta en cuanto al pasado la validez de la norma legal inconstitucional) y, en sintonía con lo anterior, con efectos generales o erga omnes.

La virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la justicia constitucional, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso. Incluso desde una perspectiva histórica, resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad ha sido más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda posguerra, si bien a partir de este momento el proceso conducente a la relativización de los rasgos binomiales expuestos se acentuará de modo notable. En efecto, la importante reforma constitucional austriaca de diciembre de 1929, ya mencionada, agrietará la supuesta solidez de esos contrapuestos rasgos. A juicio de Cappelletti⁵⁶, que compartimos por entero, tras la *Novelle* (como se conoce la reforma constitucional de 1929), el sistema austriaco-kelseniano iba a presentar ya un carácter híbrido.

Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos grandes modelos. Tal será el caso, por limitarnos a la opinión del autor posiblemente más relevante, de Mauro Cappelletti⁵⁷, para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela un hundimiento de las antiguas dicotomías (“a breakdown of old dichotomies”), hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de su progresiva unificación (“the two worlds are becoming one”). El análisis particularizado que hacemos a continuación de los, supuestamente, contrapuestos rasgos de cada modelo no conduce sino a corroborar lo que se acaba de decir.

56 Mauro CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, settima ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1978, p. 95.

57 Mauro CAPPELLETTI: “Judicial Review in Comparative Perspective”, en *California Law Review* (Cal. L. Rev.), Vol. LVIII, 1970, pp. 1017 y ss.; en concreto, p. 1053. En versión francesa, “Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé”, en la obra del propio autor, *Le pouvoir des juges*, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Paris, 1990, pp. 179 y ss.

A) El carácter relativo de la contraposición “sistema concentrado/sistema difuso”: del monopolio del control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional al mero monopolio de rechazo

El primero de los rasgos diferenciales entre los dos grandes modelos atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Ya se ha dicho, y es de sobra conocido, que en el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley con ocasión de las controversias o litigios que se susciten ante ellos. En el sistema kelseniano, un órgano ad hoc, el Tribunal Constitucional, es el único encargado de llevar a cabo dicha fiscalización, asumiendo por lo mismo un verdadero monopolio.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un considerable embate con la reforma constitucional austriaca de 1929 (Dezember Verfassung). Cabe recordar, con carácter previo, que el texto constitucional de 1920 (art. 89.2) habilitaba a los Tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieren de aplicar, para suspender el procedimiento seguido ante ellos y requerir al Tribunal Constitucional su anulación por un vicio de ilegalidad. El planteamiento de esta cuestión quedaba, pues, circunscrito a las normas reglamentarias, no abarcando las legales.

La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al art. 140, amplió la legitimación para recurrir una ley por un vicio de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof, VfGH), al Tribunal Supremo (Oberster Gerichtshof) y al Tribunal de Justicia Administrativa (Verwaltungsgerichtshof). Cualquier parte de una litis o controversia de la que estuviera conociendo uno de estos dos altos órganos judiciales ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien la cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del órgano jurisdiccional, pues, desde el punto de vista procesal, lo que resultaba decisivo era el interés público protegido por los Tribunales, no el interés privado de las partes, en sintonía con la naturaleza objetiva de los procesos de control normativo, de la que se hiciera eco Söhn en un ya clásico trabajo⁵⁸.

El origen de esta reforma se ha visto por algún autor⁵⁹ en la facultad de que dispuso el VfGH, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control

58 Hartmut SÖHN: “Die abstrakte Normenkontrolle”, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian Starck, Erster Band (Verfassungsgerichtsbarkeit), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 292 y ss.

59 Theo ÖHLINGER: “La giurisdizione costituzionale in Austria”, en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, Dicembre 1982, pp. 535 y ss.; en concreto, p. 542.

de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando hubiere de aplicar una de esas normas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, a nuestro modo de ver, quizá haya que atender también a la nítida postura kelseniana favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, en la que el gran jurista nacido en Praga vio un cauce para la introducción de una muy atenuada *actio popularis*⁶⁰.

La reforma constitucional de 1929, de esta forma, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, alteró significativamente el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que eran legitimados para plantear ante el VfGH la pertinente “demanda” (en los términos del art. 140.1 de la Constitución), antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente de llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar posteriormente el planteamiento de la cuestión. Como ha escrito Rubio Llorente refiriéndose a la cuestión de inconstitucionalidad en España⁶¹, aunque su reflexión tiene un obvio valor general, la cuestión implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. De ahí que allí donde existe este instituto procesal, independientemente del nombre con que se le identifique, el Tribunal Constitucional, en cuanto comparte con los órganos judiciales ordinarios la posibilidad de emitir juicios de constitucionalidad, pierde su monopolio sobre los mismos, pasando a detentar tan sólo el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austriaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

El constitucionalismo de la segunda posguerra ha caminado en esta misma dirección. Alemania, Italia y España nos ofrecen buenos ejemplos de ello, y en Austria

60 Recordemos que Kelsen admitía, que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual, el VfGH habría de proceder al control a instancia de cualquiera. “C’est incontestablement de cette façon que l’intérêt politique qu’il y a à l’élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale”. A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera esta solución como no recomendable, porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias “et le risque d’un insupportable encombrement des rôles”. Sin embargo, casi de inmediato, Kelsen se manifiesta favorable a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*, a cuyo efecto postula que se permita a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *op. cit.*, pp. 245-246.

61 Francisco RUBIO LLORENTE: *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 588.

también se ha avanzado, pues la reforma constitucional de 1975 vino a legitimar, en orden al desencadenamiento del control por parte del VfGH, a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que era relevante en todos aquellos supuestos en los que no estaba legalmente previsto un recurso ante los órganos judiciales supremos.

Puede concluirse por todo ello, que el instituto procesal que venimos comentando ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, relativizando de esta forma el primer binomio diferencial que separa a los dos grandes modelos.

B) La relatividad de la rígida contraposición entre el carácter incidental y principal del control

I. Una segunda diferencia entre los dos sistemas atañe al carácter incidental o principal del control. Recordemos que en el sistema de la judicial review la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la supuesta inconstitucionalidad tan sólo puede hacerse valer como una cuestión incidental, de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente, por quien es parte en una controversia o litigio concreto. En el sistema kelseniano, el control se propone como principal, desvinculado de la aplicación concreta de la ley. El cauce procesal para instar el control es, pues, el de una impugnación directa, en vía principal. Al desvincular la acción de inconstitucionalidad de cualquier litigio, se facilita la fiscalización de leyes que, quizá, no puedan suscitar controversia, si bien, como regla general, el ejercicio de esta acción se circunscribe a un determinado plazo. En el sistema kelseniano parece, pues, que el desencadenante del control de constitucionalidad es el puro interés público, mientras que en el modelo norteamericano, en principio, la fiscalización en sede judicial se conecta estrechamente con una controversia entre intereses particulares.

En 1942, Kelsen sostuvo⁶², que la mayor diferencia entre el sistema norteamericano y el austriaco radicaba en el procedimiento a cuyo través una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el hecho de que, en principio, en el sistema americano, sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional (“it is in principle only the violation of a party-interest which puts in motion the procedure of the judicial review of legislation”), lo que, de alguna forma, significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las normas entraña, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

62 Hans Kelsen: “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study...”, *op. cit.*, pp. 192-193.

II. El control en el sistema norteamericano, ciertamente, se ha vinculado siempre a la existencia de una controversia. Ya en julio de 1793, la Supreme Court tuvo la oportunidad de pronunciarse al efecto, al rechazar dar una opinión consultiva (advisory opinion) que el Secretario de Estado, Thomas Jefferson, en nombre del Presidente Washington solicitó de la Corte sobre un cierto número de cuestiones legales de Derecho internacional suscitadas de resultas de la ruptura de hostilidades entre Francia e Inglaterra y en conexión con la Neutrality Proclamation hecha por Estados Unidos ese mismo año. Como señalara Warren⁶³, con su rechazo, la Corte sentó un precedente de inmensa importancia para el sistema gubernamental del que, por lo demás, nunca se ha apartado. Otro hito jurisprudencial al respecto lo encontramos, en 1911, en el caso *Muskrat vs. United States*. A juicio de quien llegaría a ser Chief Justice, Charles Evans Hughes⁶⁴, el éxito de la Corte en cuanto tribunal independiente y exclusivamente judicial iba a depender, no de unas fórmulas constitucionales, sino (al margen ya de la calidad de los hombres seleccionados para la Corte) de una serie de principios restrictivos adoptados para el control de su propio ejercicio del poder judicial, entre ellos, el de que desde el comienzo, la Corte se limitó a su tarea judicial de resolver pleitos reales (“its judicial duty of deciding actual cases”), entendiendo que tal era la intención constitucional, pues no otra cosa debía significar el conocimiento de “casos” y “controversias”⁶⁵. Añadamos, que una dilatada jurisprudencia de la Corte ha delimitado la competencia judicial con singular nitidez, entendiendo a grandes rasgos que el conocimiento de “casos y controversias” (la conocida como case and controversy doctrine) ha de interpretarse como excluyente del conocimiento por los tribunales federales de cualquier caso que no cumpla estos cuatro requisitos: 1º el caso debe incluir partes contrarias; 2º las partes deben tener un interés jurídico sustancial; 3º la controversia, por fuerza, tiene que surgir de una serie de hechos reales, y 4º el fallo implica una decisión compulsiva sobre los derechos de las partes⁶⁶.

En definitiva, la vinculación del control de constitucionalidad en sede judicial a una controversia presupone que aquél sólo se desencadena con ocasión de un litigio

63 Charles WARREN: “The First Decade of the Supreme Court of the United States”, en *The University of Chicago Law Review* (U. Chi. L. Rev.), Vol. 7, 1939-1940, pp. 631 y ss.; en concreto, p. 646.

64 Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation*, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 29-30. En la versión española, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2ª ed. española, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 53.

65 El propio Charles Evans Hughes, ocupando la *Chief Justiceship*, y expresando la opinión de la Corte en el caso *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth* (1937), razonaba, que “una controversia jurisdiccional se distingue de una diferencia o disputa de carácter hipotético o abstracto (...). La controversia debe ser determinada y concreta, con referencia a las relaciones jurídicas de las partes que tengan intereses jurídicos opuestos (...). Debe ser una controversia real y sustancial que admita un remedio específico a través de una resolución de carácter definitivo”.

66 C. Herman PRITCHETT: *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 136.

que afecta a intereses particulares. No es el interés público en la preservación de un ordenamiento acomodado a la Constitución, el desencadenante del control, sino la existencia de una controversia, de una litis que enfrenta intereses particulares contrapuestos. Grant⁶⁷, desde su profundo conocimiento del constitucionalismo latinoamericano y desde la óptica del mismo, admitía a mediados del pasado siglo, que uno de los principales defectos del sistema americano de la judicial review era la imposibilidad de conseguir que el interés público en la defensa de sus leyes fuera cuidado siempre de modo adecuado, pues no se podía considerar que así acontecía cuando el mismo se dejaba en manos de un litigante particular.

Una Ley de 24 de agosto de 1937, “para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, la apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de injunctions en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”, vino a cambiar la situación. El propio Kelsen así lo había de expresar⁶⁸, admitiendo que el texto legal reconocía el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Y en la misma dirección se iba a manifestar Grant⁶⁹, para quien la Ley subsanaba el defecto al que con anterioridad nos referimos, y ello por cuanto, siguiendo el sistema usado largo tiempo en México, la Ley de 1937 dispuso que cuando la validez de una ley federal fuera cuestionada por un litigante, el tribunal debía de proceder a notificarlo al Attorney General, a fin de permitirle que fuera parte en el caso⁷⁰. La Ley concedía asimismo al ejecutivo la facultad de recurrir en apelación ante la Supreme Court una sentencia dictada por un tribunal federal, por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al ejecutivo federal el derecho a intervenir judicialmente en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose así en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Con anterioridad a la Judiciary Act de 1937, en semejantes casos, no siendo parte los Estados Unidos, a sus representantes legales no les cabía otra opción que la de comparecer en el proceso como amici curiae, opción claramente insuficiente.

El valor de la nueva norma legal quedó demostrado pocos años después, en el caso *United States v. Johnson* (1944). El pleito surgió en torno a la cuestión de la validez

67 James Allan C. GRANT: “Judicial Control of Legislation. A Comparative Study”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. III, number 2, Spring 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, pp. 191-192.

68 Hans KELSEN: “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study...”, *op. cit.*, p. 193.

69 James Allan C. GRANT: “Judicial Control of Legislation...”, *op. cit.*, p. 192.

70 En el comentario relativo a la legislación (particularmente a la *Judiciary Act* de 1937) que se lleva a cabo en la *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*, Vol. LI, No. 4, February 1938, pp. 148-155, en particular, pp. 148-149), puede leerse, en relación a la finalidad perseguida por este texto legal, lo siguiente: “The chief purpose of the Act is to remove the possibility of having a federal statute declared unconstitutional in a suit to which the United States was not a party, and in which the relation of the litigants was such that a proper presentation of the case in favor of the validity of the statute in question was not obtained”.

de las normas relativas al control de los alquileres, que había establecido la Emergency Price Control Act de 1942, considerando el tribunal, en el pertinente proceso, que la norma legal era unconstitutional. En apelación, la sentencia fue anulada y la petición considerada como colusoria, porque se probó que el demandante había formulado la demanda con un nombre ficticio a instancias del demandado, que había contratado al abogado del demandante y pagado todos los gastos judiciales. Tales hechos no habrían salido a la luz si el Attorney General no hubiera podido personarse como parte, lo que fue posible gracias a la Ley de 1937.

Como puede apreciarse, desde la perspectiva del Derecho norteamericano, el interés público pasó a hacer acto de presencia hace tres cuartos de siglo en los procesos en los que pudiera ventilarse la inconstitucionalidad de “a national statute”. Pero también desde la óptica de los sistemas de corte kelseniano nos encontramos con una importantísima relativización de la diferencia que ahora estamos analizando.

III. En Europa, como destacara la doctrina⁷¹, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austriaco-kelseniano), mediante el empleo de mecanismos procesales tales como las *questioni di legittimità costituzionali*, el *konkrete Normenkontrolle* o nuestra cuestión de inconstitucionalidad, mecanismos que hoy encontramos en otros muchos países (por ejemplo, en la gran mayoría de los países de Europa oriental). Por intermedio de los mismos, tal y como ya vimos al aludir a la reforma constitucional austriaca de 1929, se reconoce a los órganos jurisdiccionales ordinarios la facultad no de decidir autónomamente las cuestiones constitucionales, pero sí de elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución que hayan de ser aplicadas, con carácter determinante para la decisión final, en una litis concreta de la que estén conociendo. Ello es enormemente importante, porque va a atribuir un cierto carácter “concreto” al control realizado en sede constitucional a instancias de un órgano judicial ordinario. Bien es verdad que, a nuestro entender, este carácter “concreto”, supuestamente contrapuesto a la “abstracción” que parece connatural al carácter principal del control, sólo puede visualizarse en un sentido impropio, que se vincula con el planteamiento de la cuestión, y ello aunque haya de admitirse que, en lo básico, la cuestión planteada por el juez ordinario ante el juez constitucional será la de la incompatibilidad entre dos normas, la legal y la constitucional, esto es, una cuestión esencialmente abstracta. A este respecto, Rubio Llorente⁷² ha hecho especial hincapié en que el cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional, por un tribunal ordinario, de la ley que debe aplicar

71 Alessandro PIZZORUSSO: “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *op. cit.*, p. 522.

72 Francisco RUBIO LLORENTE: *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), *op. cit.*, p. 511.

para la solución de un caso concreto sigue siendo una impugnación abstracta, anterior a la decisión del litigio y cuyo objeto no es ni puede ser otro que el puro enunciado de la ley, y ni siquiera debe inducir a error la denominación alemana de esta vía de control, konkrete Normenkontrolle. Con todo, a nuestro entender, ignorar que de una y otra forma de desencadenamiento del control de la ley en sede constitucional se desprenden diferencias significativas sería tanto como desatender a la evidencia.

La abstracción del control se produce porque el proceso de constitucionalidad surge completamente al margen de un caso judicial, y por lo mismo, de la aplicación de la norma. La concreción deriva a su vez de la relación de prejudicialidad, como se diría en Italia, que, en conexión con la “relevancia” (constatada en el oportuno “juicio de relevancia”) de la cuestión de inconstitucionalidad, se establece entre los dos juicios en base a que mientras en uno la norma impugnada constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro, es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, dependiendo la resolución de la litis de la validez constitucional de la norma, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un caso concreto en cuyo ámbito la norma controlada ha de encontrar aplicación.

Esta, si se quiere, relativa concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo en sede constitucional. El Tribunal Constitucional, desde luego, no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas. Sin embargo, como bien se ha señalado⁷³, la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que, una vez que haya dictado sentencia el juez constitucional, habrá de pronunciarse el juez a quo.

La introducción en Europa del instituto procesal que en España llamamos cuestión de inconstitucionalidad, que como ya se ha visto se remonta a una época tan lejana como es el año 1929, nos ofrece una prueba fehaciente más del progresivo entremezclamiento de elementos de uno y otro sistema.

73 Javier JIMÉNEZ CAMPO: “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en *La Jurisdicción Constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994)*, Tribunal Constitucional—Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 71 y ss.; en concreto, pp. 77-78.

C) Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en los binomios relativos a la extensión, naturaleza y efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad

Una última y doble diferencia entre los dos sistemas atañe a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En el modelo norteamericano, en sentido estricto, el Juez no anula la ley sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la Constitución. Estaríamos, pues, ante una sentencia declarativa. En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*); dicho de otro modo, y en términos de Calamandrei, se trata de un control “especial”, no “general”. Incidiendo en estos mismos rasgos, Grant⁷⁴ ha procedido a sintetizarlos con meridiana claridad: “The American doctrine –escribe el conocido profesor americano– is based upon a single concept: a statute contrary to the Constitution is void. The unconstitutional law does not become unenforceable when it is declared unconstitutional by a court; it is void *ab initio* –from the beginning– and the court cannot apply it because of its nullity”⁷⁵.

En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, como ya expusimos, no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia que Kelsen considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa (mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales), el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una ley decidida por el Tribunal Constitucional. “Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales –escribe Kelsen⁷⁶– el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de “legislador negativo”. La decisión del Tribunal de anular una ley tiene, pues, el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma

74 James Allan C. GRANT: “Judicial Control of Legislation. A Comparative Study”, *op. cit.*, p. 190.

75 Años antes, Corwin se había pronunciado en términos muy parejos. “When the Supreme Court of the United States pronounces an act of Congress <void>, it ordinarily means void *ab initio*, because beyond the power of Congress to enact, and it furthermore generally implies that it would similarly dispose of any future act of the same tenor”. Edward S. CORWIN: “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y 365 y ss.; en concreto, pp. 371-372.

76 Hans KELSEN: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931. Manejamos el texto en versión española, traducido por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 36-37.

legal; es un acto de legislación negativa. Y en obvia sintonía con lo anterior, la sentencia del Tribunal kelseniano tiene una naturaleza constitutiva.

En la caracterización del Tribunal como negativ Gesetzgeber no se ha de ver una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el VfGH, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, particularmente, al otorgamiento de efectos erga omnes al pronunciamiento del Juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial, es decir, a dotar a la sentencia de efectos ex nunc⁷⁷. Kelsen consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino, especialmente, porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control del Tribunal Constitucional. En definitiva, mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es patente, la naturaleza constitutiva de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad⁷⁸.

a) El determinante influjo de la regla stare decisis en el sistema americano: de la inaplicación con efectos inter partes a la anulación con efectos erga omnes

La primera relativización que se advierte en el punto que nos ocupa atañe al sistema americano. Recordemos, a título previo, que la base de todo el Derecho de creación judicial, característico de los sistemas de common law, se encuentra en la regla del precedente (the rule of precedent), que fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus decisiones a los precedentes judiciales, conjunto normativo (case law) elaborado por los órganos jurisdiccionales con anterioridad. El bien conocido aforismo de origen latino, stare decisis et quia non movere, identifica esta regla.

Si se nos permite el excursus, vale la pena recordar que la regla del stare decisis es fruto de un proceso histórico evolutivo que se manifiesta primeramente en

77 Adriano GIOVANNELLI: "Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana...", *op. cit.*, pp. 388-389.

78 Kelsen admite una sola excepción frente a la regla general de exclusión de fuerza retroactiva de la sentencia: la ley anulada por la sentencia constitucional no puede ya ser aplicada al caso que dio lugar al control jurisdiccional y subsiguiente anulación de la ley. Esta salvedad la justifica Kelsen como una necesidad técnica. "This retroactive force, –escribe el gran jurista austriaco– exceptionally granted to the judgement of annulment, was a technical necessity, because without it the authorities charged with the application of the law (that is, the judges of the Supreme Court and of the Administrative Court respectively) would not have had an immediate and consequently sufficiently cogent interest to cause the intervention of the Constitutional Court". Innecesario es decir que cuando Kelsen escribe esto, ya regía en Austria la reforma constitucional de 1929, que como ya se ha expuesto, introducía limitadamente la que, con términos del ordenamiento español, llamaríamos cuestión de inconstitucionalidad. Hans Kelsen: "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *op. cit.*, p. 196.

Inglaterra. En este país, en los year books, primera forma de plasmación en actas de las decisiones jurisprudenciales, entre 1290 y 1530, no se encuentran aún vestigios de citas o referencias a casos precedentes. El primer vestigio de ello lo hallamos en el caso *Doctor and Student* (1540); en él, como recuerda Mattei⁷⁹, no sólo hace ya acto de presencia la distinción entre authority vinculante y precedente persuasivo, sino que también se establece expressis verbis el principio del Derecho inglés de que “los casos iguales deben ser decididos todos ellos de manera análoga”. En este período de los year books, que se suele hacer llegar hasta el año 1765, fecha de inicio de los reports de Burrow, que marcan un punto de inflexión muy significativo, la publicación de las decisiones jurisprudenciales contribuirá de modo notable al proceso de crecimiento de su autoridad.

En la América prerrevolucionaria el valor del precedente fue muy desigual, en función de la relación de cada Colonia con la metrópoli. En todo caso, al precedente le puede ser aplicada la “regla áurea” que guió la recepción del common law inglés: éste rige en el ámbito delimitado por su adaptación a las necesidades locales⁸⁰.

Tras la Constitución de 1787, habrá que esperar a mediados del siglo XIX para poder apreciar algunas sentencias de la Supreme Court o de otros tribunales en las que se apela a la regla stare decisis como fuente de autoridad. Un ejemplo de ello puede verse en la consideración del Chief Justice de la Corte Suprema del Estado de Maryland, Le Grand, en el caso *Milburn v. State of Maryland* (1851), en el sentido de que “the precedent’s authority” (la autoridad de la doctrina jurisprudencial preexistente) cerraba la discusión. Hoy, no puede dudarse de que la praxis jurisprudencial de los tribunales norteamericanos se encuentra fuertemente condicionada por el principio stare decisis, que Benjamin Cardozo, en el más clásico estudio sobre el rol del poder judicial norteamericano, definiera en términos devenidos clásicos del siguiente modo: “stare decisis is at least the everyday working rule of our law”⁸¹, dándole por lo mismo la naturaleza propia de una regla o pauta cotidiana.

La Supreme Court, desde luego, es libre de separarse de sus propios precedentes en materia constitucional, como defendiera en una dissenting opinion el prestigioso Justice Louis Brandeis, nombrado Juez del Tribunal en 1916 a propuesta del Presidente Woodrow Wilson. La reflexión de Brandeis se convirtió en la justificación teórica de un número relativamente elevado de casos de “cambio de ruta” constitucional. Pero no sería tal Juez el único que se iba a manifestar en tal dirección. Cardozo, –que llegaría a la Corte Suprema en 1932, permaneciendo como Juez en ella hasta

79 Ugo MATTEI: *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 12-13.

80 *Ibidem*, p. 35.

81 Benjamin Nathan CARDOZO: *The Nature of the Judicial Process*, 36th printing, Yale University Press, New Haven and London, 1975, p. 20.

el año de su muerte, 1938, siendo por tanto colega de Brandeis en la Corte durante seis años— en su célebre obra sobre el proceso judicial, se manifestaba dispuesto a admitir, que aunque la regla de la adhesión al precedente no debía ser abandonada, sí podía ser en alguna medida relativizada, relajada, cuando el precedente se encontrara incoherente con el sentido de la justicia o con el bienestar social⁸². Aunque no deja de ser significativa la facilidad de la Supreme Court para mutar su jurisprudencia, en teoría, esta facultad de overruling se acepta tan sólo cuando se asienta en una especial justificación. En último término, bien podría afirmarse con Abraham⁸³, que “stare decisis is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision”. Y que la regla stare decisis no pueda, ni deba, ser una fórmula mecánica es algo que se puede entender muy bien si se tiene en cuenta la reflexión crítica que en relación a una visión estática del principio de seguridad en el Derecho, formulara a mediados del pasado siglo el Justice William Orville Douglas, uno de los que más años ha pasado en la Corte (fue Juez entre 1939 y 1975), quien consideraría que “security can only be achieved through constant change, through the wise discarding of old ideas that have outlived their usefulness and through the adapting of others to current facts”⁸⁴. Hay tan sólo —concluía el Justice Douglas— una ilusión de seguridad en una “línea Maginot” (“Maginot Line”). Por lo demás, la Supreme Court ha considerado que sus propias resoluciones judiciales vinculan a las restantes jurisdicciones, no sólo a las federales, sino también a las estatales en materia federal o de interés nacional.

La teoría clásica del precedente, que siempre se fundó en la distinción teórica entre la ratio decidendi y el obiter dictum, ha sufrido una profunda grieta respecto de su formulación más tradicional⁸⁵, por cuanto el análisis jurisprudencial confirma, que en la mayoría de los casos los jueces inferiores no sólo siguen los precedentes jurisprudenciales de la Supreme Court, sino que en ocasiones admiten de modo explícito sentirse asimismo vinculados por los obiter dicta, lo que, en último término, es revelador de que la autoridad y el prestigio de que goza la Corte Suprema es aún mayor que su ya de por sí elevada autoridad formal.

Un gran comparatista y excelente conocedor de la Corte Suprema como fue Edouard Lambert, ochenta años atrás⁸⁶, se hacía eco de algo que, en los momentos álgidos de

82 “I am ready to concede —escribe Cardozo— that the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment”. Benjamin N. CARDOZO: *The Nature of the Judicial Process*, op. cit., p. 150.

83 Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process. An Introductory Analysis...*, op. cit., p. 360.

84 William O. DOUGLAS: “Stare decisis”, en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, Vol. 49, No. 6, June, 1949, pp. 735 y ss.; en concreto, p. 735.

85 Ugo MATTEI: *Stare Decisis. Il valore del precedente...*, op. cit., p. 297.

86 Edouard LAMBERT: “Quatre années d’exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des États-Unis”, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 481.

debate por parte de la doctrina francesa en torno a la conveniencia de implantar en la Francia de la Tercera República el modelo norteamericano de la judicial review, era a su juicio frecuentemente olvidado: la extraordinaria fuerza que daba a toda decisión de la Supreme Court la noción americana de “l’*autorité du cas jugé*”. Las palabras del Profesor de Lyon no dejaban resquicio a la duda: “En *matière constitutionnelle*, aussi bien que dans le domaine du *common law*, le point de droit tranché par la Cour suprême, après débats et réflexions, devient *settled law* ou *settled rule*”. La posición de la Supreme Court entrañaba un *ruling*, esto es, una reglamentación final de la cuestión jurídica planteada y resuelta por ella. Y esta fuerza se acentuaba aún más tratándose de sentencias constitucionales, o lo que es igual, sobre materia constitucional⁸⁷.

Retornando a la línea argumental seguida con anterioridad a este excursus, se comprende con facilidad tras todo lo expuesto, que aunque las decisiones de inconstitucionalidad circunscriban sus efectos en el modelo americano a las partes de la litis, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente ese rasgo. Si se advierte que el efecto vinculante del precedente se acentúa en relación a la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores, se comprende fácilmente que encuentre su máxima expresión en la jurisprudencia de la Supreme Court, no sólo en cuanto que es el órgano que se sitúa en el vértice del federal judiciary, sino también en cuanto que, a diferencia de lo que acontece en buen número de países europeos, en Norteamérica el Tribunal Supremo es único, lo que acentúa aún más si cabe la vinculatoriedad de sus decisiones. Dicho de otro modo, una vez decidida por la Corte que una determinada norma legal se halla en contradicción con la Constitución, aunque el efecto de esa decisión se circunscriba formalmente al caso concreto, en el que tal norma no podrá ser aplicada, de facto, el efecto de la decisión será mucho más amplio, pues, a partir de esa sentencia de la Corte es impensable que ningún otro tribunal pueda aplicar la norma legal considerada inconstitucional. Del efecto *in casu* se habrá pasado de hecho a un efecto general, *erga omnes*. La norma se mantendrá formalmente en vigor mientras el Congreso no decida lo contrario, pero su aplicación quedará congelada, por decirlo de algún modo. De esta forma, la sentencia de la Corte Suprema habrá desencadenado de hecho una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley de factura kelseniana, a salvo, claro está, de que la misma Supreme Court cambie su jurisprudencia en torno a la norma legal en cuestión (*overruling*). Pensemos por lo mismo en lo ocioso que puede resultar la interposición de una demanda contraria a precedentes establecidos por la Corte Suprema, en un sistema en el que un precedente proveniente de dicho órgano “no *overruled*” bien puede ser considerado “the supreme law of the land”.

87 “Quand il s’agit d’arrêts constitutionnels –escribe de nuevo Lambert (*Ibidem*)– (le *ruling*) a infiniment plus d’*autorité* que les arrêts de règlement de nos anciens parlements –qu’une ordonnance royale pouvait abroger–, tandis que ces *rulings* font la loi aux législatures”.

En la misma dirección, Cappelletti⁸⁸ ha compendiado la situación, considerando que si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación. En los propios términos del gran procesalista italiano, “through the instrument of *stare decisis*, this “non-application” in the particular case becomes in practice a genuine quashing of the unconstitutional law which is final, definite and valid for every future case. In short, it becomes a true annulment of the law with, at least in theory, retroactive effects”.

b) La generalización de la nulidad ipso iure de la norma y de los efectos ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales

I. En el diseño kelseniano, como ya expusimos, la eficacia erga omnes de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad opera con efectos ex nunc, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley declarada inconstitucional. Kelsen, recordémoslo, rechazó frontalmente la nulidad de raíz de la norma inconstitucional. En su estudio comparativo entre el modelo austriaco y el norteamericano, escribió: “Within a system of positive law there is no absolute nullity. It is not possible to characterize an act which presents itself as a legal act as null a priori (void ab initio). Only annulment of such an act is possible; the act is not void, it is only voidable”. En sintonía con tal visión, Kelsen añadía más adelante que “the statute must be considered valid so long as it is not declared unconstitutional by the competent court. Such a declaration has, therefore, always a constitutive and not a declaratory character”⁸⁹. Sin embargo, si este rasgo del diseño kelseniano, como regla general, que no excluye algún matiz, se ha mantenido en Austria, no puede decirse que haya acontecido lo mismo en otros países europeos que han adoptado una estructura concentrada en su jurisdicción constitucional.

Además, las definiciones normativas no pueden agotar la complejidad de la realidad jurídica que el Tribunal Constitucional conoce a diario⁹⁰. Y qué duda cabe de que a ello tratan de responder ciertas previsiones constitucionales o legales, que otorgan a los respectivos Tribunales Constitucionales unos márgenes de apreciación con vistas a modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, rompiendo con ello rígidos esquemas. Austria precisamente nos ofrece un buen ejemplo de lo que se acaba de decir.

88 Mauro CAPPELLETTI: “Judicial Review in Comparative Perspective”, *op. cit.*, p. 1043.

89 Hans KELSEN: “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *op. cit.*, p. 190.

90 En análogo sentido, Ángel LATORRE SEGURA y Luis DíEZ-PICAZO: “Tribunal Constitutionnel espagnol” (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 85 y ss.; en concreto, p. 132.

La regla general que rige en el ordenamiento austriaco la encontramos en el principio de la anulabilidad con efectos *ex nunc*, pero incluso en el modelo kelseniano por antonomasia esa regla encuentra excepciones. Tal puede considerarse el caso de la posibilidad de que los efectos de una sentencia de anulación (*Aufhebung*) del Tribunal austriaco (VfGH) no entren en vigor el día de la publicación, caso de que el VfGH determine un plazo para la anulación, que en los términos del art. 140.5 de la Constitución (“Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten”) no puede exceder de 18 meses, fórmula que no debe extrañar, pues es plenamente tributaria del pensamiento kelseniano⁹¹. Esta previsión es un ejemplo paradigmático de lo que antes señalábamos, pues, como han subrayado, entre otros, Korinek y Martin⁹², la decisión de fijación de tal plazo queda al libre albedrío del Tribunal (“liegt in Ermessen des VfGH”)⁹³.

No es la anterior la única previsión que se aparta de la estricta regla de los efectos *ex nunc*. Y así, aunque los artículos 139.6 (en relación a los reglamentos anulados por su ilegalidad) y 140.7 (respecto de las leyes anuladas por su inconstitucionalidad), ambos de la Constitución, parten del principio de que la norma reglamentaria o legal anulada se seguirá aplicando a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepción hecha obviamente del caso que haya dado origen al fallo (excepción, como ya dijimos, admitida asimismo por Kelsen), facultan al Tribunal Constitucional para que disponga otra cosa en la sentencia de anulación; dicho de otro modo, el Tribunal dispone de una potestad discrecional en orden a proyectar retroactivamente los efectos de su sentencia, lo que supone una notable relativización del principio kelseniano de los efectos *ex nunc*.

91 Recordemos que Kelsen, tras defender, por exigencias de la seguridad jurídica, el efecto *pro futuro* de una sentencia de inconstitucionalidad, escribe: “Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l’annulation entrer en vigueur qu’à l’expiration d’un certain délai. De même qu’il peut y avoir des raisons valables de faire précéder l’entrée en vigueur d’une norme générale (...) d’une *vacatio legis*, de même il pourrait y en avoir qui porteraient à ne faire sortir de vigueur une norme générale annulée qu’à l’expiration d’un certain délai après le jugement d’annulation”. HANS KELSEN: “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *op. cit.*, pp. 218-219.

92 KARL KORINEK und ANDREA MARTIN: “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich”, en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, Teilband I (Berichte), pp. 67 y ss.; en concreto, p. 80.

93 No es éste ni mucho menos el único ejemplo que se puede mencionar. Recientemente, también en Francia se ha optado por una fórmula semejante. La Ley constitucional n° 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República (*Journal Officiel de la République Française*, 24 juillet 2008), adiciona al art. 62 de la Constitución un nuevo párrafo a tenor del cual, una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el nuevo art. 61-1 (que introduce en la justicia constitucional francesa la excepción de inconstitucionalidad, correspondiendo su planteamiento al *Conseil d’État* o a la *Cour de cassation*) es abrogada a partir de la publicación de la decisión, si bien se faculta al *Conseil constitutionnel* a que fije en su decisión una fecha ulterior, y asimismo, a que determine “les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d’être remis en cause”.

II. En el no muy atinadamente llamado sistema europeo de justicia constitucional, con la referida excepción austriaca, no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, contraria a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad ipso iure, la inconstitucionalidad ha ido tradicionalmente vinculada a la nulidad. Apenas un año después de que la Corte Costituzionale iniciara sus funciones, Liebman ponía de relieve con toda nitidez tal correlación al escribir: “In un sistema di costituzione rigida, una norma di legge che, per ragioni formali o sostanziali, sia con essa in contrasto, non può che essere nulla”⁹⁴. Esta nulidad fue comúnmente entendida en su sentido más radical, pudiéndose aplicar a la misma el conocido aforismo *quo nullum est, nullum produxit effectum*. De esta forma, en Europa, con carácter general, pareció seguirse fielmente la fórmula norteamericana de la nulidad ipso iure o ab initio, aunque más adelante veremos cómo también este principio dogmático presenta en Estados Unidos notables matices.

En Alemania, se ha admitido tradicionalmente⁹⁵ que cuando el legislador prevé la nulidad de la ley inconstitucional (así, en los arts. 78, 82.1 y 95.3 de la BVerfGG, este último precepto en relación con el instituto del Verfassungsbeschwerde o recurso de queja constitucional) no hace otra cosa que recepcionar la tradicional doctrina alemana (“der traditionellen deutschen Lehre”) según la cual, “ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an nichtig ist (Ex-tunc-Wirkung)” (una ley inconstitucional es nula desde un principio con eficacia *ex tunc*)⁹⁶. Ciertamente es que el art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG) se limita a disponer, que si el Tribunal llegare a la convicción (“Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung”) de que una norma federal (“Bundesrecht”) es incompatible (“unvereinbar ist”) con la Grundgesetz o de que una norma regional (“Landesrecht”) lo es con la misma Ley Fundamental o con otras disposiciones del ordenamiento federal (“sonstigen Bundesrecht”), declarará nula la ley (“so erklärt es das Gesetz für nichtig”). La Ley no precisa cómo opera en el tiempo esta nulidad, aunque la doctrina no ha dudado nunca de que la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma y, por lo mismo, se define como nulidad *ex tunc*⁹⁷. Por lo demás, es significativa la determinación del art. 79.1 BVerfGG, según

94 Enrico Tullio LIEBMAN: “Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XII, 1957, pp. 507 y ss.; en concreto, p. 512.

95 Albrecht WEBER: “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Christian Starck und Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 60.

96 Entre la doctrina foránea, un excelente conocedor de la justicia constitucional alemana como es D’Orazio ha escrito en la misma dirección: “(...) nell’ordinamento tedesco-federale (come in quello degli Stati Uniti d’America) la legge incostituzionale, anche prima della sentenza, è considerata nulla *ab origine*”. Giustino D’ORAZIO: “Il legislatore e l’efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)”, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 345 y ss.; en concreto, p. 365.

97 Análogamente, Hans LECHNER und Rüdiger ZUCK: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, p. 412.

el cual, cuando una sentencia condenatoria firme se base en una norma declarada incompatible con la Grundgesetz, o nula a tenor de lo dispuesto en el art. 78 de la propia ley, o en una interpretación de la norma mencionada que haya sido declarada por el BVerfG incompatible con la Ley Fundamental (“oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist”), procederá un recurso de revisión (“Wiederaufnahme des Verfahrens”) conforme a las prescripciones del Código de procedimiento penal (“nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig”). El propio precepto, en su apartado dos, y en aras de la seguridad jurídica, precisa que, como regla general, no afectará la previsión anterior a las resoluciones que ya no sean impugnables (“die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen”), aunque se basen en una norma declarada nula de conformidad con lo dispuesto por el art. 78. Bien es verdad que, a renglón seguido, el mismo art. 79.2 establece la matización de que no procederá la ejecución de aquéllas resoluciones (“Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig”).

Las previsiones legales y la realidad no han ido siempre en Alemania cogidas de la mano. Tan distinta ha sido la realidad, que Schneider pudo escribir hace ya treinta años⁹⁸, que la posibilidad del BVerfG de declarar la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional cada vez se utilizaba menos en los últimos años, declarando tan sólo la nulidad de una norma legal el Tribunal si con ello lograba restablecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución.

Ya aludimos antes a cómo las previsiones normativas no agotan la realidad jurídica con la que un Tribunal Constitucional ha de enfrentarse. Y de ello ha sido bien consciente el BVerfG, que, haciendo gala de una más que notable creatividad, y bien consciente, como significara la conocida Jueza integrante del mismo Rupp-v. Brünneck⁹⁹, de que sus sentencias no pueden limitarse a ofrecer “ideales teóricos constitucionales” (“theoretischen Verfassungsidealen”) sin tener en cuenta los posibles efectos de las mismas (“ohne Rücksicht auf die Möglichen Wirkungen seines Urteils”): fiat iustitia, pereat mundus!, ha creado un notable elenco de técnicas decisorias sobre las que no podemos entrar aquí, pero de las que sí diremos, que al margen ya de orientarse en muchos casos a salvaguardar la libertad de configuración del legislador, revelan con particular nitidez que un órgano de esta naturaleza debe de tener muy presentes las consecuencias políticas de sus decisiones¹⁰⁰, y no sólo,

98 Hans-Peter SCHNEIDER: “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, Mayo/Agosto 1982, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 58.

99 Wiltraut RUPP-v. BRÜNNECK: “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?”, en *Festschrift für Gebhard Müller* (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts), Herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 355 y ss.; en concreto, pp. 364-365.

100 En similar sentido se pronuncia Klaus SCHLAICH: “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 133 y ss.; en concreto, p. 201.

añadiríamos por nuestra cuenta, las políticas, sino también las económicas y las sociales. Como dijera Krüger¹⁰¹, es difícil imaginar que, según el sano criterio de la jurisdicción constitucional, se pueda disponer la posibilidad de condenar al Estado a su ruina en nombre del Derecho. Pero esto, que hoy nos resulta bastante obvio, no siempre lo fue así, pudiendo recordarse al respecto que el Tribunal Supremo del Reich (Reichsgericht) sostuvo la opinión de que poseía el derecho de resolver sin atender a las consecuencias prácticas de sus fallos.

III. En Italia, a diferencia de Alemania, se suscitó una cierta controversia en torno a la cuestión que nos ocupa, particularmente en los años cincuenta. El art. 136 de la Constitución fue el responsable de la misma¹⁰², pues dio pie a Calamandrei para que, en un primer momento, se alineara de modo inequívoco en la dirección kelseniana¹⁰³. Es cierto, sin embargo, que años después el profesor toscano cambió de criterio¹⁰⁴. El mismo Carnelutti se haría eco de las graves dificultades hermenéuticas que planteaba el precepto constitucional¹⁰⁵.

101 Herbert KRÜGER: *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1966, p. 620.

102 A tenor del primer párrafo del art. 136: “Quando la Corte dichiara l’illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

103 Atendiendo al art. 136 de la Constitución, que en el momento en que escribía aún no había sido desarrollado por la importante Ley de 11 de marzo de 1953, n° 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), cuyo art. 30, párrafo tercero, introducirá una relevante matización respecto de la citada previsión constitucional, Calamandrei, aun admitiendo la existencia de no pocas dificultades en la interpretación del art. 136, ante la cuestión de si las leyes viciadas de ilegitimidad constitucional eran nulas o anulables, se inclinaba por la interpretación de que el control de legitimidad constitucional en el ordenamiento italiano se hallaba construido como control de anulación, no como control de nulidad. Recurriendo en su apoyo a Kelsen, Calamandrei añadía que la anulación de la ley ilegítima no tiene efecto retroactivo. Piero CALAMANDREI: “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, *op. cit.*, pp. 96 y 98.

104 En 1956, atendiendo primigeniamente a la previsión del penúltimo párrafo del art. 30 de la Ley de 11 de marzo de 1953, n° 87 (a cuyo tenor: “Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”), el gran procesalista italiano escribía: “In questo modo la dichiarazione di inefficacia *ex nunc*, come sembrava fosse chiaramente voluta dall’art. 136 della Costituzione, è diventata un annullamento”. Piero CALAMANDREI: “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto processuale*, Anno XI, Gennaio/Marzo 1956, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 26.

105 “Senonché l’annullamento, proprio perciò, implica l’inefficacia *ex tunc* dell’atto annullato; in altri termini ha logicamente effetto retroattivo. Perciò una costituzione, la quale, come avviene in Italia, fa decorrere l’inefficacia della legge, che la Corte costituzionale riconosce invalida, solo dal giorno successivo alla decisione, sembra contrastare all’ipotesi dell’annullamento. Questa è stata la difficoltà, che ha travagliato assai gli interpreti dell’art. 136 della Costituzione italiana e costituisce, probabilmente, il più problematico degli aspetti dell’istituto”. En tales términos se pronunciaba el gran maestro romano. Francesco CARNELUTTI: “Aspetti problematici del processo al legislatore”, en *Rivista di Diritto processuale*, Anno XIV, n° 1, Gennaio/Marzo 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

Bien es verdad que tras el debate inicial, la doctrina, de modo absolutamente mayoritario, se decantaba por la vinculación de la nulidad a la ilegitimidad constitucional. Este efecto –escribía Sandulli en 1959¹⁰⁶– consiste, como ya es claro tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia, en la total y definitiva eliminación del ordenamiento, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, de cualquier efecto de la norma declarada ilegítima; una vez declarada la ilegitimidad y, por tanto la invalidez, el ordenamiento no tolera que los efectos de la norma operen más allá en su sistema, y le hace perder toda su eficacia. “Si tratta, in sostanza, di un vero e proprio effetto di annullamento”.

Este supuesto radical efecto de nulidad no iba, sin embargo, a ser tan rotundo como pudieran hacer pensar las afirmaciones de los autores que preceden. La Corte Costituzionale lo iba a dejar muy claro en el Informe presentado, bajo la directa responsabilidad de la propia Corte, en la 7ª Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, celebrada en Lisboa en 1987. En el mismo se hacía eco del hecho de que aunque la misma Corte, en más de una ocasión (así, por ejemplo, en la Sentencia nº 127, de 1966), había calificado el efecto de sus decisiones en términos de anulación de la norma censurada, no había extraído de ello, sin embargo, la consecuencia de la caducidad radical de las relaciones jurídicas ya surgidas en aplicación de la norma, por lo que se inclinaba por no visualizar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ni desde la perspectiva de la abrogación, ni desde la óptica de la “nulidad inicial” (*void ab initio*), sino más bien desde su contemplación como un “tipo intermedio” entre estos dos casos extremos (abrogación y nulidad)¹⁰⁷.

Es claro, pues, que aunque no con la nitidez del modelo alemán, también en Italia la fórmula prevalente se ha alejado enormemente de la acuñada por Kelsen, aunque con el paso del tiempo la enorme creatividad de la Corte Costituzionale se ha traducido en una ruptura con las reglas rígidas antaño características de los dos sistemas contrapuestos. En efecto, el juez constitucional transalpino ha creado algunos tipos de sentencias, ya parcialmente mencionados con anterioridad, que no obstante declarar la inconstitucionalidad de la norma, no han extraído de tal constatación su nulidad. Las sentencias aditivas de principio constituirían un ejemplo paradigmático. La falta de inmediata operatividad jurídica y el reenvío al legislador que llevan a cabo serían sus dos rasgos característicos¹⁰⁸, que en buena medida se

106 Aldo M. SANDULLI: “Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi”, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, Anno IX, 1959, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 41-42.

107 “Cour constitutionnelle italienne” (artículo sin ninguna referencia a la autoría, de responsabilidad directa de la propia Corte Costituzionale), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 165 y ss.; en concreto, pp. 172-173.

108 Cfr. al respecto, Adele ANZON: “Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVII, Fasc. 4, Luglio/Agosto 1992, pp. 3199 y ss.; en concreto, p. 3203.

explican por el hecho de ser supuestos característicos de este tipo de decisiones los de violación de normas constitucionales atributivas de derechos prestacionales. Junto a ellas han de recordarse las ya mencionadas sentenze-monito, que a nuestro entender presentan algunas concomitancias con las acuñadas en Alemania, esto es, con las Unvereinbarkeitserklärungen, aunque falte aquí, evidentemente, la constatación formal de la inconstitucionalidad.

En definitiva, la separación del diseño italiano del modelo kelseniano en este punto es igualmente palmaria. También en Italia se puede hablar, como regla general, que por supuesto admite excepciones, de los efectos ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad. Hace tres lustros se podía constatar¹⁰⁹, que era absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no podía aplicarse en procesos futuros, en el juicio a quo ni en los pendientes, con excepción solamente de las relaciones ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, habiendo aplicado la disposición declarada constitucionalmente ilegítima, se hubiesen convertido en definitivos al adquirir firmeza o no ser susceptibles de recurso alguno. De modo semejante, Ruggeri y Spadaro afirman que “le decisioni di accoglimento hanno invece, oltre ad ovvi effetti per il futuro (ex nunc), anche notevoli, ma non assoluti effetti per il passato (ex tunc)”¹¹⁰.

IV. En España, el proceso evolutivo seguido por el Tribunal Constitucional recuerda el acontecido en la República Federal con el BVerfG, aunque el ritmo del juez constitucional español haya sido más lento en sus avances en la desvinculación, en determinados casos, de la inconstitucionalidad del efecto de nulidad.

En cualquier caso, la situación no difiere gran cosa de la existente en Alemania e Italia. La Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTIC), no obstante anudar la nulidad a los preceptos legales declarados inconstitucionales (art. 39.1), no acoge ni mucho menos un principio de retroactividad sin límites, pues aunque tal retroactividad se infiere de una interpretación a sensu contrario de su art. 40.1 (“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”),

109 Roberto ROMBOLI: “Italia”, en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 118.

110 Antonio RUGGERI e Antonino SPADARO: *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, 2ª edizione, Giappichelli, Torino, 2001, p. 189.

lo cierto es que el principio de retroactividad tiene como barrera infranqueable (al margen ya de la retroactividad *in bonum partem*) las relaciones ya agotadas, lo que, en último término, entraña, como significara Barile¹¹¹, que la regla fundamental del Derecho procesal, *tempus regit actum*, se haga presente como regla sustantiva en las relaciones ya agotadas. Ello, por lo demás, está lejos de ser extraño, pues la teoría de la nulidad de los actos, aún entrañando la desaparición de los efectos jurídicos producidos por el acto nulo, nunca es tan radical como para privar de todo efecto a cualquier relación jurídica surgida al amparo del acto legislativo presuntamente válido cualquiera que fuere la situación jurídica en que tal relación se encontrare. De ahí que las situaciones agotadas, consolidadas por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (*res judicata*), en aras del trascendental principio de la seguridad jurídica, quedan al margen de todo efecto retroactivo, a salvo, claro es, la retroactividad *in bonum*. El Tribunal Constitucional, por si cupiese alguna duda, se ha encargado de precisar que esa nulidad que se anuda a la inconstitucionalidad de una norma no es otra que la nulidad *ab initio*. El juez constitucional ha tenido ocasión de recordar, que la inconstitucionalidad desencadena los efectos propios de la nulidad a radice¹¹² o de la invalidez de la norma *ex origine*¹¹³.

El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad le iba a llevar a modular, progresivamente, los efectos de sus decisiones. Sería la Sentencia 45/1989 la que marcaría un decisivo punto de inflexión en torno a esta cuestión. El Tribunal abordaba en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiendo que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino el hecho de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor que la correspondiente a otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género.

Al tratar de discernir los efectos de su decisión, el Tribunal se iba a plantear por primera vez con algún detenimiento la posibilidad de romper la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad¹¹⁴. A su juicio, “ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es (...) siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley (afirmación, dicho sea al margen, por entero inexacta, bastando para constatarlo con atender al art. 40.1 LOTC), que deja

111 Paolo BARILE: “Considerazione sul tema”, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del Seminario di Studi tenuti al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 327 y ss.; en concreto, p. 331.

112 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 83/1984, de 24 de julio, fund. jur. 5º.

113 STC 60/1986, de 20 de mayo, fund. jur. 1º.

114 El planteamiento del problema puede verse en la STC 45/1989, de 20 de febrero, fund. jur. 11.

a este Tribunal la tarea de precisar su alcance, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento”. A partir de aquí, el Juez constitucional considera que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión. El Tribunal estima además, que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta en términos compatibles con la Constitución. Por todo ello, concluye que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa.

Con posterioridad, se han sucedido sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, sentencias que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o incluso que difieren en el tiempo la nulidad, optando de este modo por una *vacatio sententiae*.

V. Análoga es la solución que se ha seguido en Bélgica, donde la Cour d'Arbitrage ha recordado en diversas ocasiones el doble alcance temporal de sus sentencias: “Les arrêts d'annulation rendus par la Cour ont autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au Moniteur belge. L'annulation a, par ailleurs, effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existée”¹¹⁵.

En fin, en Portugal, la propia Constitución es inequívoca en la determinación de los efectos *ex tunc*. A tenor de su art. 282.1, la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad con fuerza general de obligar produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y conlleva el restablecimiento de las normas eventualmente derogadas por aquélla. Ello no obstante, en aras de la flexibilidad a la que con anterioridad aludíamos, el propio precepto, en su apartado cuarto, habilita al Tribunal Constitucional, cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o un interés público de excepcional importancia, , para, motivadamente, fijar los efectos de la inconstitucionalidad o ilegalidad con un alcance más restringido que el anteriormente señalado.

En resumen, tras todo lo expuesto no nos parece necesario insistir en que, con la salvedad austriaca, que incluso admite algún matiz, la fórmula kelseniana apenas ha encontrado eco en la justicia constitucional europea, en la que ha prevalecido la idea de la nulidad *ex origine* de la norma considerada inconstitucional, con el subsiguiente

115 *Apud* Henri SIMONART: “Le contrôle exercé par la Cour d'Arbitrage”, en *La Cour d'Arbitrage (Actualité et Perspectives)*, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 191.

reconocimiento de la naturaleza declarativa de la sentencia de inconstitucionalidad y de los efectos *ex tunc*. Pero, como también creemos que debe de haber quedado claro, tampoco este entendimiento puede ser absolutizado, pues la retroactividad en modo alguno opera sin límites, encontrando con carácter general como barrera insalvable las relaciones agotadas, que ya no pueden por lo mismo ser objeto de impugnación alguna, con la única salvedad a su vez (en el ámbito penal o administrativo sancionador) de la retroactividad *in bonum partem*. Hoy, resulta patente la inconveniencia de una aplicación rígida de estrictas categorías dogmáticas en lo que se refiere a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. Que un Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias es algo que está fuera de toda duda. “La Corte –ha escrito Zagrebelsky¹¹⁶– non può disinteressarsi degli effetti delle pronunce di incostituzionalità, quando queste possono determinare conseguenze sconvolgenti (...). In tali casi, essa non può mirare puramente e semplicemente –cioè ciecamente– all’eliminazione della legge incostituzionale, per il passato come per il futuro. L’etica della responsabilità esige da essa questa attenzione”.

No faltan sectores de la doctrina que expresan su preocupación por este desmedido protagonismo de los Tribunales Constitucionales en orden a la solución de los problemas de Derecho intertemporal planteados por las sentencias de inconstitucionalidad. Atribuir a estos órganos un rol excesivamente “fuerte” en el sistema puede desembocar en el puro arbitrio del juez constitucional. No puede caber duda, por supuesto, de que pueden derivarse inconvenientes del hecho de que un órgano de esta naturaleza pueda graduar la eficacia temporal de sus sentencias, pero no menos inconveniencias e incluso disfunciones pueden desprenderse del hecho de que no lo pueda hacer¹¹⁷. El Tribunal Constitucional, a nuestro entender, debe poder graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad, y ello no sólo para acomodarlos a las consecuencias que puedan derivarse de ellas, a fin de soslayar los efectos dañinos, sino para poder asimismo modularlos en función de la previa ponderación de los principios, bienes y valores constitucionales en juego.

En cualquier caso, que en este ámbito los binomios de Calamandrei valen muy poco como elemento diferencial entre los dos sistemas es algo tan obvio que no merece de mayores reflexiones.

116 Gustavo ZAGREBELSKY: “Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce”, en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, n° 1 (monográfico sobre “L’efficacia temporale delle sentenze della Corte”), Aprile 1989, pp. 67 y ss.; en concreto, p. 70.

117 En sentido análogo, Sergio FOIS: “Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale”, en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, n° 1, Aprile 1989, pp. 27 y ss.; en concreto, p. 29.

c) La prospective overruling en el sistema norteamericano

I. La relativización de las diferencias advertidas en esta cuestión por Calamandrei, que es clarísima en el caso del sistema europeo, también puede visualizarse, en menor medida si se quiere, en el sistema norteamericano, en el que existen elementos con los que establecer ciertas matizaciones respecto del que se ha venido considerando el dogma de la nulidad ipso iure (“void ab initio”) deudora, sin género alguno de dudas¹¹⁸, de la “declaratory theory of judicial decisions”.

La tesis tradicional hunde sus raíces en el pensamiento de Blackstone, cuyos célebres *Commentaries*¹¹⁹ vinieron a ofrecer la clásica formulación y a sustentar y aclarar su justificación intelectual. Bien es verdad que no faltan quienes retrotraen esta doctrina a la etapa de la Glorious Revolution (1688), entendiendo que en ella se desarrolló el principio del “government of laws not of men”, principio del que la doctrina del precedente sería una expresión consciente o inconsciente¹²⁰. En tales tiempos, los jueces tuvieron necesidad de demostrar que ellos también seguían el Derecho antes que su mero arbitrio, y la regla stare decisis se adecuaba perfectamente a esa necesidad. A los jueces también les eran necesarias las reservas (“reservations”) con respecto al efecto vinculante de los casos decididos. Estas necesidades iban a quedar sustentadas en la declaratory theory, que de acuerdo con Sir William Holdsworth¹²¹ y gran parte de la doctrina inglesa¹²², iba a ser consagrada, entre otros, por Coke, Hale y, sobre todo, por Blackstone. En síntesis, de conformidad con esta doctrina, las decisiones de los jueces nunca crean Derecho, sino que, simplemente, constituyen una prueba de lo que es el Derecho.

El argumento de Blackstone era bastante simple. El deber de un tribunal no era “pronounce a new law, but to maintain and expound the old one”. En coherencia con ello, al decidir un caso litigioso se entendía que el juez venía obligado a declarar el Derecho existente al originarse la controversia y a proclamarlo como el principio determinante del caso. De la “declaratory nature” de la decisión judicial, Blackstone derivó la necesidad de que la decisión tuviera efecto retroactivo (retrospective effect). Si la decisión interpretaba el Derecho, entonces no hacía más que declarar lo que el

118 En tal sentido, entre otros muchos, Paul J. MISHKIN: “The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 79, 1965-1966, pp. 56 y ss.; en particular, pp. 58 y ss.

119 William BLACKSTONE: *Commentaries on the Laws of England* (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769), 4 vols., The University of Chicago Press, Chicago & London, 1979.

120 Orvill C. SNYDER: “Retrospective Operation of Overruling Decisions”, en *Illinois Law Review* (*Ill. L. Rev.*), (of Northwestern University), Vol. XXXV, 1940-1941, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 123.

121 William HOLDSWORTH: “Case Law”, en *The Law Quarterly Review* (*L. Q. Rev.*), Vol. 50, 1934, pp. 180 y ss.; en concreto, p. 184.

122 Entre otros diversos autores, Rupert CROSS y J. W. HARRIS: *Precedent in English Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 25.

Derecho siempre había sido. Si, por el contrario, llegaba a considerar necesario anular la primera interpretación, esto es, el precedente, era igualmente claro para Blackstone que la overruling decision no hacía más que declarar el Derecho, aunque quizá de un modo más meditado. En el lenguaje que a Blackstone gustaba utilizar, podría decirse que la primera decisión había sido tan sólo “an evidence” del Derecho cuyo posterior desarrollo la convertía en “an erroneous evidence”.

En un famosísimo pasaje de su obra, Blackstone se interrogaba acerca de cómo las costumbres y máximas del common law podían ser conocidas y por quién sería determinada su validez. Su respuesta era que tal tarea correspondía a los jueces de los diferentes tribunales de justicia, a quienes consideraba “the depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land”. Su conocimiento de ese Derecho derivaba de la experiencia y del estudio, para añadir poco después: “And indeed these judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law”¹²³. Esto dicho, Blackstone reconoce que la regla expuesta admite excepciones, razonando al respecto del siguiente modo: “Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason, much more if it be contrary to the divine law. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined”¹²⁴.

La explicación clásica del efecto retroactivo del precedente judicial articulada por Blackstone iba a residir, pues, en la consideración de que el Derecho existe con independencia de las decisiones judiciales, visión ésta que llegaría a tener, según el gran Justice Holmes, una verdadera omnipresencia en el mundo jurídico americano¹²⁵. La exigencia de retroactividad, o lo que es igual, los efectos ex tunc, sería vista así como una inexcusable consecuencia de la teoría de que la facultad propia de los tribunales se hallaba limitada a la declaración del Derecho preexistente, no extendiéndose a la creación de nuevo Derecho. De esta forma, el dogma de la nulidad ab initio encontraba su explicación.

123 William BLACKSTONE: *Commentaries...*, op. cit., Vol. I (Of the Rights of Persons, 1765), p. 69.

124 *Ibidem*, Vol. I, pp. 69-70.

125 *Apud* Thomas S. CURRIER: “Time and Change in Judge-made law: Prospective Overruling”, en *Virginia Law Review* (Va. L. Rev.), Vol. 51, No. 2, March, 1965, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 206.

En Norteamérica, la declaratory theory arraigó fuertemente, visualizándose como parte de un ideal tradicional, como un elemento integrante de los modos habituales del pensamiento; también contribuiría a su enraizamiento la dificultad casi insuperable de probar que los jueces hacían el Derecho, y el hecho de que en cualquier sistema jurídico que en un previsible futuro pudiera tenerse, el factor del precedente judicial se iba a hallar presente. Bien es verdad que la doctrina del precedente no dejaba de encerrar serios peligros, siendo quizá el más preocupante de ellos, el de que la misma podía conducir a los tribunales a perpetuar reglas arcaicas o a hacer una multiplicidad de distinciones sin ningún sentido que los propios tribunales revocaban en ocasiones de modo inconsciente, y todo ello al margen ya de que principios tales como el de justicia y el de confianza justificaban, en ocasiones, el establecimiento de excepciones frente al efecto retroactivo.

En cualquier caso, lo cierto iba a ser que el pensamiento jurídico norteamericano iba a hallarse dominado durante mucho tiempo por el persistente influjo de la obra del Profesor de Oxford, plasmada en los célebres Commentaries, que ejercería un enorme influjo durante más de un siglo. El gran Decano de Harvard, Roscoe Pound¹²⁶, recordaba al respecto, que alrededor de 2500 ejemplares de la obra fueron vendidos en las colonias con anterioridad a la Independencia, añadiendo que “Blackstone was the beginner’s law book in America till well into the twentieth century and brought up generations of American lawyers on a uniform systematic basis”.

La declaratory theory quedó reflejada en la doctrina establecida en el caso *Swift v. Tyson* (1842), en el que otro enorme Justice, Joseph Story, razonaba del siguiente modo: decisions “are, at most, only evidence of what the laws are, and not of themselves laws (...). The state tribunals are called upon to perform like functions as ourselves, that is, to ascertain upon general reasoning and legal analogies, what is the true exposition of the contract or instrument, or what is the just rule furnished by the principles of commercial law to govern the case”. Con todo, como suele admitirse por la doctrina¹²⁷, la declaración clásica de que una decisión que determine el sentido de la Constitución debe ser retroactiva aun cuando se trate de una “overruling decision”, se encuentra en el caso *Norton v. Shelby County* (1886). En *Norton*, el Justice Stephen Johnson Field (miembro de la Corte entre 1863 y 1897) rechazaba el argumento de que una ley estatal considerada inconstitucional pudiera sin embargo dar validez a las actuaciones oficiales adoptadas al amparo del texto legal con anterioridad al anuncio de su inconstitucionalidad. “An unconstitutional act –se puede leer en la sentencia– is not a law; it confers no right; it imposes no duties; it affords no protection; it creates

126 Roscoe POUND: “The Development of American Law and its Deviation from English Law”, en *The Law Quarterly Review* (L. Q. Rev.), Vol. 67, January 1951, pp. 49 y ss.; en concreto, p. 51.

127 Así, por ejemplo, Paul BENDER: “The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: *Mapp v. Ohio*”, en *University of Pennsylvania Law Review* (U. Pa. L. Rev.), Vol. 110, 1961-1962, pp. 650 y ss.; en concreto, pp. 650-651.

no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed". De este modo, la Supreme Court rechazaba la interpretación de que, por la vía fáctica, actos realizados con base en una ley aún no declarada disconforme con la Constitución, aunque con posterioridad así se considerara, pudieran entenderse válidos.

En cualquier caso, sería ilusorio pensar que todavía hacia finales del siglo XIX los tribunales americanos mantenían una posición común, en la órbita blackstoniana, acerca de esta cuestión. Uno de los autores clásicos en el estudio del tema de los efectos atribuibles a las leyes inconstitucionales, Oliver Field¹²⁸, en un conocido trabajo, ponía de relieve hace ya cerca de noventa años, que los tribunales norteamericanos se hallaban bien lejos de una posición común en torno a esta cuestión. "It must not be imagined (...) –escribía Field¹²⁹– that all of our courts are in agreement as to the effect of unconstitutionality".

II. La doctrina subyacente a la argumentación precedente, de estricta raigambre blackstoniana, de que el common law era meramente "a declaration of general custom by the judges"¹³⁰, iba a ser fuertemente criticada por Bentham y Austin, y entrado el siglo XX se constataba¹³¹ que la misma contaba con muy pocos adeptos.

Frente a Blackstone, Austin (1790-1859), en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, se separaba de una concepción puramente mecanicista del common law. Austin diferenciaría los mandatos generales que integran la legislación, establecidos de forma directa, de aquellos otros establecidos con ocasión de las decisiones judiciales, que no son mandatos generales, sino particulares¹³², si bien, con ocasión de tales decisiones, también se formula de forma implícita el mandato

128 Cfr. al respecto, Oliver P. FIELD: *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Da Capo Press, New York, 1971 (an unabridged republication of the first edition published by the University of Minnesota Press, Minneapolis, 1935).

129 Oliver P. FIELD: "Effect of an unconstitutional statute", en *Indiana Law Journal* (Ind. L. J.), Vol. 1, No. 1, January, 1926, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4.

130 Recordemos que, para Blackstone, estas *general customs*, que integraban el *common law* propiamente dicho (aunque Blackstone admitiera asimismo como integrantes de ese "unwritten or common law", las "particular customs" y ciertos tipos de leyes que por costumbre son adoptadas y usadas por algunos tribunales concretos), eran "that law, by which proceedings and determinations in the king's ordinary courts of justice are guided and directed". William BLACKSTONE: *Commentaries on the Laws of England*, op. cit., Vol. I (Of the Rights of Persons, 1765), pp. 67-68.

131 A. L. GOODHART: "Precedent in English and Continental Law", en *The Law Quarterly Review* (L. Q. Rev.), Vol. 50, January, 1934, pp. 40 y ss.; en concreto, p. 44.

132 En su famoso ensayo *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, Austin ya distinguía entre el Derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el Derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de Derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo. Cfr. al efecto, John AUSTIN: *Sobre la utilidad del Estudio de la jurisprudencia*, CEC, Madrid, 1981, pp. 27-28. Asimismo, *El objeto de la jurisprudencia*, CEPC, Madrid, 2002.

general en que se inspira la decisión¹³³. Austin, en definitiva, vendría a propiciar el reconocimiento de una cierta creatividad del Derecho judicial, o como dice Mishkin¹³⁴, Austin posibilitaría el reconocimiento de que los jueces desarrollan “a lawmaking function”.

Apenas veinte años después de la Norton decision, en el que, no obstante no provenir de la Corte Suprema, se ha considerado el leading case en oposición a Norton, esto es, en el caso *Lang v. Mayor of Bayonee* (1907), se sostenía: “Every law of the Legislature, however repugnant to the Constitution, has not only the appearance and semblance of authority, but the force of law”. Otros casos análogos pueden ser traídos a colación. Y todo ello iba a conducir a Field a considerar que también existía la doctrina de que “a statute which is declared unconstitutional is inoperative only from the time of the decision and not from the time of its purported enactment”¹³⁵.

La conclusión de todo ello era clara para Field: hay algunas situaciones en las que los tribunales están dispuestos a seguir la “void ab initio doctrine”, si bien las mismas no son muy numerosas. Hay, por el contrario, otro grupo de situaciones en las que “all courts refuse to adhere to the doctrine that the statute is void from the beginning”. De resultas de todo ello no puede sino concluirse en que “es imposible establecer la regla general de que una ley inconstitucional es nula, o que debe ser tratada como si no fuera Derecho (“as no law”). Como una cuestión de hecho, hay tantos o más casos y tantas o más situaciones en los que los tribunales consideran la ley inoperativa solamente desde la fecha de su decisión, como los hay en que consideran tal ley nula desde el principio¹³⁶.

Esta posición no iba a ser, desde luego, pacífica entre la doctrina, no obstante provenir quizá del más cualificado estudioso del tema. El propio Field admitía¹³⁷ la persistencia con la que eminentes escritores se aferraban al punto de vista de que las leyes inconstitucionales eran nulas desde el inicio (void ab initio), mencionando específicamente la conocida obra de Cooley, *Constitutional Limitations*.

En cualquier caso, parece fuera de toda duda, que la blackstoniana visión de la “judicial decision-making” iba a ser progresivamente rechazada. Y así, ese enorme Juez que fue Oliver Wendell Holmes, en un conocido dissent formulado en el *Black and White Taxicab case* (1928)¹³⁸, se mostraba disconforme con la doctrina establecida

133 Cfr. al respecto, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 204-205.

134 Paul J. MISHKIN. “The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law”, *op. cit.*, p. 58.

135 Oliver P. FIELD: “Effect of an unconstitutional statute”, *op. cit.*, p. 5.

136 *Ibidem*, pp. 12-13.

137 *Ibidem*, p. 15.

138 *Black and White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.* (1928).

en el caso *Swift v. Tyson*, doctrina cuya lógica, como el propio Justice Holmes había reconocido en otra dissenting opinion, la formulada en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.* (1910), chocaba con el otorgamiento a una decisión judicial de un efecto tan sólo *ex nunc* o *pro futuro*¹³⁹. La oposición de Holmes a la doctrina fijada en *Swift v. Tyson* se entrelazaba con su crítica frente a la declaratory theory.

Otro bien conocido Justice, Benjamin Nathan Cardozo, ha sido considerado “the major advocate of prospective overruling”¹⁴⁰. Ya en 1921, antes de acceder a la Supreme Court (a la que llegaría en marzo de 1932, en sustitución justamente del Juez Holmes, permaneciendo en ella hasta el año de su muerte, 1938), en su clásica obra *The nature of the judicial process*, escribía Cardozo, que en la mayor parte de los casos el “retrospective effect of judge-made law” no ocasionaba dificultades o, por lo menos, éstas eran de índole menor; sin embargo, siendo mayores tales dificultades o siendo innecesarias, el efecto retroactivo debía ser negado¹⁴¹. La opinión de Cardozo concordaba con la posición que algunos años antes había expuesto Freeman, partidario de que en aquellos casos en que los tribunales se vieran implicados por las dificultades causadas por la retroactividad de una overruling decision, pudieran ser capaces de enfrentarse a su responsabilidad de “eliminar la influencia de un mal precedente”¹⁴². Cardozo coincidiría asimismo con Freeman en la apreciación de que los tribunales se hallaban mejor dispuestos a eliminar la retroactividad en los casos de un cambio en la interpretación de una ley que en aquellos otros de una modificación del common law.

Recuerda Levy¹⁴³, que en enero de 1932, siendo todavía miembro (en realidad Chief Judge) de la New York Court of Appeals, Cardozo pronunció una importante conferencia en la “New York State Bar Association” en la que se adhirió a la tesis de la prospective overruling. No ha de extrañar por tanto, que ese mismo año 1932, ya incorporado a la Supreme Court y encargado de escribir la opinion of the Court en el relevante *Sunburst case*¹⁴⁴, Cardozo diera a la “prospective limitation” un considerable empuje. La Corte Suprema de Montana había considerado previamente, en *Doney v.*

139 En su dissent en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, Holmes escribía: “I know of no authority in this court to say that in general state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years”. *Apud* John F. DAVIS and William L. REYNOLDS: “Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court”, en *Duke Law Journal* (*Duke L. J.*), Vol. 1974, 1974, pp. 59 y ss.; en concreto, p. 67, nota 30.

140 *Apud* YALE-NOTE: “Prospective and Retroactive Application in the Federal Courts”, en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. 71, 1961-1962, pp. 907 y ss.; en concreto, p. 911.

141 Benjamin N. CARDOZO: *The Nature of the Judicial Process*, 27th printing (first published 1921), Yale University Press, New Haven and London, 1967, pp. 146-147.

142 Robert Hill FREEMAN: “The Protection Afforded Against the Retroactive Operation of an Overruling Decision”, en *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*), Vol. 18, 1918, pp. 230 y ss.; en concreto, p. 251.

143 Beryl Harold LEVY: “Realist Jurisprudence and Prospective Overruling”, en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Vol. 109, No. 1, November, 1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 12.

144 *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

Northern Pacific Railway (1921), que en la reducción de tarifas del comercio interior de mercancías acordada por la “State Railroad Commission”, a los transportistas que habían pagado la antigua tarifa, de conformidad con las tarifas de ferrocarriles hechas públicas tras su aprobación por la Comisión, la ley les concedía el derecho a recuperar el exceso tarifario que habían realizado en sus pagos. En Sunburst, la Corte de Montana anuló la Doney decision, entendiendo ahora que la ley no creaba aquel derecho. Recurriendo al “prospective limitation approach”, el supremo Tribunal de Montana consideró que la “Doney rule” debía ser aplicada al Sunburst case y a otros contratos de transporte concertados en la confianza de lo establecido por la Doney decision. De esta manera, a Sunburst se le permitió recuperar el exceso de pago realizado. Sin embargo, la Corte de Montana precisó que esta interpretación no sería seguida en el futuro, anunciando que sólo los contratos hechos con posterioridad se verían beneficiados por el cambio legal. La Supreme Court, por su parte, consideró que el ferrocarril no había sido privado de su propiedad por el tribunal de Montana sin el debido respeto al “due process of law”. Cardozo vino a expresar el punto de vista de que el alcance de los límites a la adhesión al precedente era una materia que los Estados habían de decidir por sí mismos.

El progresivo impacto de la tesis austiniana no podía dejar de incidir sobre los efectos temporales de las sentencias, pues si éstas podían innovar, creando de esta forma Derecho, las situaciones anteriores ajenas a la litis debían de ser tenidas en cuenta. Se explica así que en 1940 el Chief Justice Charles Evans Hughes, en una sentencia unánime de la Corte redactada por él mismo, en el caso *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, considerara la situación normativa anterior a la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad como un “operative fact” que no podía ser ignorado¹⁴⁵. En este caso, un tribunal federal de distrito había pronunciado una sentencia de conformidad con una ley antes de que ésta fuera tachada de inconstitucional. La Supreme Court consideró que el asunto de la decisión del tribunal de distrito era res judicata. La confianza de las partes en un “overruled federal law”, probablemente, proporcionaría también un argumento para negar la aplicación

145 En la sentencia podía leerse lo siguiente: “It is quite clear (...) that such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications. The actual existence of a statute prior to such a determination, is an *operative fact* and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects, –with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official. Questions of rights claimed to have become vested, of status, or prior determinations deemed to have finality and acted upon accordingly, of public policy in the light of the nature both of the statute and of its previous application, demand examination. These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactivity invalidity cannot be justified”. *Apud* Paul BENDER: “The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision...”, *op. cit.*, pp. 651-652.

retroactiva de una “*overruling decision*” en tales circunstancias. Parecen, pues, existir límites potenciales respecto de la aplicación retroactiva de “*overruling constitutional decisions*”. El problema, como fácilmente puede entreverse, es el de determinar en cada caso si hay razones para imponer un límite a la retroactividad. Y como señala Bender¹⁴⁶, la *Chicot County decision* sugiere que la confianza y la res judicata no son las únicas razones que pueden ser consideradas como apremiantes en orden a limitar la retroactividad.

Mediado el pasado siglo, la reacción frente a una inflexible aplicación del Derecho había incrementado el número de críticos que hasta ese momento se posicionaban en pro del abandono de la regla *stare decisis*. Así, para Covington¹⁴⁷, el judiciary debía quitarse de encima el viejo polvo acumulado de la ficción y de un seguimiento a ciegas del precedente, considerando en su lugar como su deber primigenio la máxima tan claramente impresa en cada página de cualquier decisión que ha sobrevivido a lo largo del tiempo: *fiat justitia, ruat coelum*. Llegado el caso, a los tribunales les debía corresponder restringir sus decisiones, de modo similar a cómo pueden utilizarse ciertos billetes de tren, que tan sólo son válidos para una determinada fecha y tren (“*railroad ticket, good for this day and train only*”). La reiteración final por Covington del adagio latino (“*Let justice be done though the heavens fall*”) no hacía más que poner de relieve su inequívoca opción en pro de la relativización de la *declaratory theory* y de sus consecuencias anexas¹⁴⁸.

No lejana a estas inquietudes era la preocupación que algunos años más tarde iba a mostrar un autor tan relevante como el Profesor de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), James Allan Grant, quien señalaba como un defecto inherente al sistema americano de la judicial review la inseguridad resultante del hecho de que, por lo general, las decisiones de los tribunales sobre ámbitos materiales constitucionales tenían efectos retroactivos. “Consequently, –añadía Grant¹⁴⁹– in order to know the law of today one must be able to divine the decisions of tomorrow—or of several years hence”.

III. En los años sesenta, la Supreme Court iba a establecer una serie de reglas jurisprudenciales relativamente novedosas en lo que a los efectos temporales de las sentencias atañe¹⁰⁹⁵. Particular importancia tendría al respecto el caso *Linkletter v. Walker* (1965), en el que la Corte parecía introducir un punto de inflexión en su

146 Paul BENDER: “The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision...”, *op. cit.*, p. 653.

147 Hayden C. COVINGTON: “The American Doctrine of *Stare Decisis*”, en *Texas Law Review* (*Tex. L. Rev.*), Vol. XXIV, 1945-1946, pp. 190 y ss.; en concreto, p. 190.

148 *Ibidem*, pp. 204-205.

149 James Allan C. GRANT: “Judicial Control of Legislation. A Comparative Study”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. III, No. 2, Spring, 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 192.

150 Para una exposición detallada del tema, cfr. Laurence H. TRIBE: *American Constitutional Law*, 3rd edition, Foundation Press, New York, 2000, Vol. 1, pp. 218 y ss.

doctrina sobre la nulidad ab initio, e incluso sobre los matices que ya desde tiempo atrás venía haciendo en relación a sus decisiones en el ámbito procesal penal. En Linkletter, el Tribunal Supremo desarrolló una doctrina de conformidad con la cual, podría denegarse el efecto retroactivo a una recién declarada “rule of criminal law”. En la sentencia, la Corte razonaba que “the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect”, consideración que apoyaba en la autorizada voz del Justice Cardozo, para quien “the federal constitution has no voice upon the subject”¹⁵¹.

En el Linkletter case, la Corte negó el recurso a un habeas corpus federal frente a una condena estatal basada en una prueba obtenida inconstitucionalmente, con base en que la condena de quien se hallaba en prisión había adquirido firmeza –quedando por lo mismo al margen de cualquier posible revisión directa (res judicata)– con anterioridad a la trascendental sentencia dictada en el caso Mapp v. Ohio (1961), caso este último en el que la Corte Suprema recondujo las condenas impuestas por tribunales estatales que se basaran en pruebas constitucionalmente inválidas, a las previsiones de la XIV Enmienda¹⁵². Según Tribe¹⁵³, la Corte, en Linkletter, trató básicamente la cuestión de la retroactividad en los casos criminales como una materia política, que por tanto debía de ser decidida en cada caso. El resultado de la doctrina Linkletter puede reconducirse a la afirmación de la facultad general de la Corte para limitar los efectos de sus decisiones a su aplicación pro futuro (prospective operation) y, por lo mismo, para la limitar la retroactividad de sus decisiones.

El Justice Thomas C. Clark, que escribió la opinion of the Court (adoptada por 7 votos frente a 2) reconocía la novedad de la decisión cuando escribía: “It is true that heretofore, without discussion, we have applied new constitutional rules to cases

151 Cita del Juez Cardozo extraída de la sentencia dictada en el ya referido caso *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

152 En *Mapp v. Ohio* la Corte afrontó la sugestiva cuestión del efecto retroactivo de una *overruling decision*. En la decisión, se llevaba a cabo un *overruling* de la doctrina fijada en *Wolf v. Colorado* (1949), de acuerdo con la cual, la Corte entendió que la Constitución no imponía a los Estados la misma obligación que establecería sobre el gobierno nacional en el caso *Weeks v. United States* (1914), decisión en la que la Corte vino a excluir la condena en aquellos juicios penales en los que la prueba inculpatória fuese el resultado de un irrazonable registro y detención. Toda inculpatória obtenida por medio de pruebas violatorias de las previsiones constitucionales impedía la condena del así inculpado. Pero la *Wolf decision* dejó claro que esta doctrina no regía en el ámbito estatal, quedando circunscrita al ámbito federal. En *Mapp v. Ohio* la Corte entendió que “all evidence obtained by searches and seizures in violation of the Constitution is, by that same authority, inadmissible in a state court”. Por lo demás, la exclusión de cualquier prueba inculpatória obtenida en violación de la XIV Enmienda se consideró por la Corte como una exigencia dimanante del *due process*, impuesta a los procesos penales por la mencionada Enmienda. “*Mapp*, –escribiría Currier– like other decisions expanding the concept of due process in the same area, should be viewed as simply recognizing a constitutional right—here, a right to the exclusion of unconstitutionally obtained evidence”. Thomas S. CURRIER: “Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling”, *op. cit.*, pp. 269-270.

153 Laurence H. TRIBE: *American Constitutional Law*, *op. cit.*, Vol. 1, p. 219.

finalized before the promulgation of the rule”, no obstante lo cual sería erróneo creer, que aunque ninguna “opinion of the Court” hubiera discutido la cuestión, el cambio de jurisprudencia se había producido de modo imprevisible y por entero sorprendente. Como creemos que queda claro tras lo expuesto, y recuerda por lo demás la doctrina que se ha ocupado del tema¹⁵⁴, en diversos momentos los Justices habían avanzado la idea de que la Corte pudiera otorgar en algún caso particular tan sólo un efecto ex nunc (prospective effect) a una sentencia. El hecho de que quienes hablaban por la Corte nunca aludieran a esta posibilidad, ni siquiera para refutarla, no dejaba de encerrar un cierto significado. Dos años más tarde, la Corte reiteraría la doctrina Linkletter en el caso *Stovall v. Denno* (1967).

En casos no ya penales sino civiles, la Corte permitió denegar el efecto retroactivo a un nuevo principio jurídico (“a new principle of law”) si tal limitación evitaba injusticias o dificultades (“injustice or hardship”). En 1971, en el caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, el Tribunal, en coherencia con esta dirección jurisprudencial, elaboró una suerte de “test for retroactivity”¹⁵⁵, al que atender para ponderar los efectos temporales de un overruling. Dicho test podía resumirse en una fórmula de tres factores: 1º) la decisión a aplicar no retroactivamente debe de establecer un nuevo principio jurídico, bien por la vía de un cambio respecto a la jurisprudencia precedente, bien por la de un pronunciamiento ex novo sobre una cuestión cuya resolución no se hallase claramente predeterminada; 2º) se han de sopesar los pros y los contras que cada una de las dos soluciones posibles, la retroactiva y la prospectiva, provocarían sobre la operatividad de la decisión, y 3º) deben asimismo valorarse y evitarse todas aquellas consecuencias injustas (“inequitable results”) que pudieran anudarse a la retroactividad. Estos criterios podrían corroborar la apreciación de McCloskey¹⁵⁶ acerca del carácter abierto y no dogmático de su visión para afrontar los diversos problemas¹⁵⁷.

El abandono de la concepción tradicional, o por lo menos su relativización, no iba a dejar de tropezar con dificultades. Mishkin se ha referido a una de ellas: el rol

154 Paul J. MISHKIN: “The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law”, *op. cit.*, p. 57.

155 Laurence H. TRIBE: *American Constitutional Law*, *op. cit.*, Vol. 1, p. 219.

156 Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, 2nd edition, revised by Sanford Levinson, The University of Chicago Press. Chicago and London, 1994, p. 208. “The facts of the Court’s history—scribe McCloskey—impellingly suggest a flexible and non-dogmatic institution fully alive to such realities as the drift of public opinion and the distribution of power in the American republic”.

157 A tal apreciación quizá convendría añadir otra. En cuanto “children of their times”, como la considera McCloskey, las posiciones de la Corte Suprema nunca se han alejado en exceso de los puntos de vista de las mayorías mutantes del Congreso, con la salvedad de las cuestiones relativas a los derechos. En tal dirección se manifiesta Abraham, para quien: “In any case, the policy views of the Court (...) never remain for long out of line with the policy views of the lawmaking majority—with the probable, but not inevitable, exception of decisions involving the Bill of Rights”. Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 367.

simbólico de la declaratory theory¹⁵⁸. El carácter declarativo de las sentencias, con el significado que al mismo se encadenaba, vendría a expresar un concepto simbólico del proceso judicial del que dependería en gran medida el prestigio y poder de los tribunales. Una creencia ampliamente considerada y profundamente sentida es la de que los jueces se hallan vinculados por un cuerpo de leyes esenciales, que ellos aplican la ley imparcialmente, que no ejercen preferencias u opciones individuales, y que no tienen un programa propio determinado. La ingenuidad de algunas de estas apreciaciones es manifiesta, pero lo cierto es que, según nuevamente Mishkin, esta visión simbólica de los tribunales es el más importante factor con vistas a asegurar el respeto y la obediencia a las decisiones judiciales. En cualquier caso, la Corte, como muestran las decisiones mencionadas, cambió su doctrina.

En la década de los ochenta, la Supreme Court iba a dejar de lado en determinados casos sus nuevos enfoques sobre los efectos temporales de sus decisiones. En el caso *United States v. Johnson* (1982), y ante las dudas surgidas en la Corte acerca de si los planteamientos precedentes no hacían peligrar el principio de igualdad, la Supreme Court proyectaba retroactivamente el efecto de su decisión, no obstante poder ser de aplicación la doctrina de la prospectividad. Será, sin embargo, en *Griffith v. Kentucky* (1987) cuando la Corte Suprema, formalmente, lleve a cabo el overruling de *Linkletter*, eliminando los límites a la retroactividad en el procedimiento criminal. El Tribunal iba a fijar ahora una doctrina que giraba en torno a dos goznes: en primer término, la naturaleza de la judicial review priva a la Corte de la prerrogativa esencialmente legislativa de dictar “rules of law” retroactivas o prospectivas, según la Corte considerara conveniente; en segundo término, la selectiva aplicación de “new rules” vulnera el principio de igualdad, o lo que es igual, la exigencia de tratar de modo similar a las partes situadas en igual posición. Ello no obstante, en *Griffith*, la Corte afirmaba que “civil retroactivity (...) continue(d) to be governed by the standard announced in *Chevron Oil*”.

En cualquier caso, las posiciones en el seno de la Corte han estado lejos de ser unánimes. Y así, en el *Chevron Oil* case, el Justice John Stevens, al que se unieron en dissent los Justices William J. Brennan, Thurgood Marshall y Harry Blackmun, propusieron un entendimiento por entero diferente del *Chevron Oil* test, distinguiendo entre la retroactividad como “a choice-of-law rule” y la retroactividad como “a remedial principle”, distinción que Tribe¹⁵⁹ consideraría particularmente importante en los casos planteados ante los tribunales estatales.

La retroactividad en los casos civiles iba a ser finalmente establecida en el *Harper* case, una decisión aprobada por una Corte muy fragmentada¹⁶⁰, en la que, en lo que ahora interesa, consideró que “when a federal court applies a substantive rule of

158 Paul J. MISHKIN: “The High Court, the Great Writ...”, *op. cit.*, p. 62.

159 Laurence H. TRIBE: *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 220.

federal law to the parties before it, that rule must be given full retroactive effect in all cases still pending on direct review and as to all occurrences, including those that predate the rule's announcement". Con todo, como recuerda Tribe¹⁶¹, en la Harper's rule of retroactivity, hay dos importantes advertencias ("caveats"): La primera, que la Corte Suprema no iba a considerar que todas las decisiones de Derecho federal deban necesariamente ser aplicadas de modo retroactivo; más aún, la Corte no iba a renunciar a su facultad de hacer sus decisiones completamente prospectivas, hasta el extremo de que ni tan siquiera se apliquen a las partes ante ella. La segunda, que la Constitución federal no prescribe la forma precisa del remedio que un Estado viene obligado a ofrecer ante una violación constitucional, de manera que un Estado conserva por lo general un cierto grado de libertad aun cuando se dé efecto retroactivo a una decisión.

En esta relativa reafirmación o retorno, si así se prefiere, al principio de retroactividad en casos civiles se ha de ver no tanto un deseo de volver a la declaratory theory cuanto una visión proclive a limitar la discrecionalidad del juez, tanto porque, como es obvio, su rol no es equiparable al del legislador, como por las exigencias dimanantes del principio de igualdad. Por lo demás, los vaivenes jurisprudenciales expuestos nos revelan que frente a las posiciones antaño incommovibles con las que eran caracterizados los rasgos más señeros del sistema americano de la judicial review, hoy, criterios más pragmáticos y, por lo mismo, un cierto relativismo, han entrado en el escenario de la Corte Suprema, y ello, como es obvio, no deja de contribuir a la difuminación de los supuestos antagónicos contrastes entre los dos sistemas de la justicia constitucional.

D) Otros mecanismos de aproximación entre los dos antaño contrapuestos sistemas de justicia constitucional

Al margen ya de todo lo expuesto, pueden aportarse otros argumentos que operan en la misma dirección que los anteriores, relativizando la supuesta contraposición entre uno y otro sistema.

I. En relación al sistema americano, bien podría decirse que el instrumento procesal del writ of certiorari ha venido a convertir la Supreme Court en una suerte de Tribunal Constitucional. La Corte, efectivamente, ha ido evolucionando en el sentido de presentar una configuración cada día más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional, limitándose con el devenir del tiempo a

160 *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993). El Justice Clarence Thomas redactó la *opinion of the Court*. El Juez Antonin Scalia presentó una *concurring opinion*. Por su lado, el Justice Anthony Kennedy presentó una *concurring* parcial y una *concurring in the judgment* a la que se unió el Juez Byron R. White. Finalmente, la Jueza Sandra O'Connor presentó una *dissenting opinion* a la que se unió el Chief Justice William H. Rehnquist.

161 Laurence H. TRIBE: *American Constitutional Law*, op. cit., p. 226.

ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, las cuestiones constitucionales.

Conviene recordar al efecto, que la sección segunda del Art. III de la Constitución atribuye a la Corte una jurisdicción originaria y una jurisdicción de apelación¹⁶². Esta última fue regulada con todo detalle por las Secciones 22 y 25 de la Judiciary Act de 1789. De conformidad con la Sección 22, se confería jurisdicción al Tribunal en el orden civil, por intermedio del llamado writ of error, frente a las sentencias definitivas de los tribunales federales inferiores (en ese momento los tribunales de circuito, Circuit courts), cuando el importe de la cuestión en disputa superara los 2.000 dólares. A su vez, la Sección 25 atribuía competencia a la Corte para revisar, también por medio del writ of error, las sentencias de los Tribunales supremos estatales, cuando se suscitara en el caso una cuestión constitucional federal. El cuestionamiento de la constitucionalidad de esta última competencia hizo necesario el expreso pronunciamiento al respecto por parte de la propia Supreme Court, lo que se produjo en el conocido caso *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), en el que, ausente el Chief Justice Marshall, pronunció la opinion of the Court el Justice Joseph Story (apoyado por el voto unánime de los seis Jueces presentes), siendo ésta, quizá, la más relevante de las que el célebre Juez y profesor de la Harvard University pronunciaría en los casi 34 años que permanecería en la Corte (entre 1812 y 1845). En 1821, en otro relevante caso, *Cohens v. Virginia*, la Corte, esta vez por boca de Marshall, ratificó de modo inequívoco la constitucionalidad de la competencia que la Sección 25 de la Judiciary Act le otorgaba.

La inexistencia de un mecanismo que posibilitara a la Corte el rechazo discrecional de los recursos, o lo que es igual, lo que Cardozo llamaría “the sovereign prerogative of choice”¹⁶³, se tradujo en el progresivo crecimiento de los recursos y, con el paso del tiempo, en su acumulación por el retraso en resolverlos. Mientras en su primera década de vida (1791-1800) el Tribunal tuvo en sus estrados tan sólo 87 casos, sólo en el año 1810 ese número ya ascendía a 98, creciendo hasta los 301 en 1860, alcanzando los 636 en 1870, los 1.212 en 1880 y llegando a los 1.816 una década más tarde¹⁶⁴. El problema iba además a acentuarse en 1889, a raíz de otorgársele al Tribunal jurisdicción para revisar las condenas a la pena de muerte. La situación condujo al progresivo retraso en la resolución de los asuntos, que en 1890 ya demoraban tres años, y de igual modo a una reiterada queja de los Jueces por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un ejercicio riguroso de su función.

162 James Story habla de una *original or primary jurisdiction* frente a una *appellate jurisdiction*. James STORY: “American Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. III, No. 1, Winter, 1954, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

163 Así lo recuerda Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, op. cit., p. 106.

164 Seguimos los datos que facilita Alberto A. BIANCHI, en *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 117.

Es en tal marco contextual en el que adquiere su pleno sentido la Circuit Court of Appeal de 1891, también conocida como la Evars Act, que introdujo por vez primera en Norteamérica el instrumento del writ of certiorari, bien que, ciertamente, de forma limitada. La citada Ley de 3 de marzo de 1891 creó nueve Circuit Courts of Appeals, como tribunales intermedios de revisión, –Rehnquist, quien fuera Chief Justice, los tildaría de “regional federal appellate courts”¹⁶⁵– confirniendo a la Corte por vez primera, en numerosos tipos de litigios, discreción para declinar el conocimiento de los casos si los mismos no eran considerados por ella dignos de una nueva revisión. La Evars Act confirió al Tribunal Supremo jurisdicción para la revisión de las condenas por delitos infamantes (“infamous crimes”), lo que no dejaba de ser una importante novedad si se recuerda que la Judiciary Act de 1789 no otorgó a la Corte competencia en materia penal o criminal.

En un conocido comentario sobre la ley que iba a cambiar de modo definitivo la competencia de la Corte Suprema, la llamada Judges’ Bill (1925), el Chief Justice William H. Taft (que ejercería el cargo entre 1921 y 1930) consideraba que los Circuit Courts of Appeals habían trabajado bien, propiciando con su actividad que pronto se suprimiera la “joroba” (“the hump”) existente en el registro de casos pendientes de conocer por la Supreme Court¹⁶⁶. La Ley de 1891 tuvo, pues, un efecto positivo, en relación a la finalidad por ella pretendida, que era, básicamente, la de disminuir la carga de trabajo de la Corte Suprema y el retraso que la misma acarrearba, pero tal efecto fue efímero, pues con el inicio del nuevo siglo la acumulación de asuntos y el subsiguiente retraso en su conocimiento volvió a crecer de modo significativo.

Dos nuevas reformas legales¹⁶⁷, impulsadas por las Leyes de 23 de diciembre de 1914, autorizando a la Corte para ampliar el certiorari¹⁶⁸, y por lo mismo su jurisdicción discrecional, que le iba a permitir ahora rechazar los recursos que se refirieran al ámbito del certiorari de modo discrecional, ámbito que era notablemente ampliado, pues si con anterioridad a la reforma de 1914 la Corte sólo tenía conferido el certiorari para revisar sentencias de los tribunales supremos estatales que negaran un derecho constitucionalmente reconocido, tras este texto legal, se le confería

165 William H. REHNQUIST: *The Supreme Court. How It Was. How It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 268.

166 William Howard TAFT: “The jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925”, en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. XXXV, No. 1, November, 1925, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 2.

167 Cfr. sobre ellas, Charles W. BUNN: “The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts”, en *Minnesota Law Review* (*Minn. L. Rev.*), (Journal of the State Bar Association), Vol. 9, No. 4, March, 1925, pp. 309 y ss.; en concreto, p. 312.

168 “A petition for certiorari –escribe el Chief Justice William REHNQUIST (en *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 263)– is, stripping away the legal verbiage, a request to the Supreme Court to hear and decide a case that the petitioner has lost either in a federal court of appeals or in a state supreme court”.

también el certiorari para la revisión de las decisiones de los tribunales supremos estatales que apoyaran un derecho federalmente reconocido, y de 6 de septiembre de 1916, que circunscribió la jurisdicción obligatoria de la Corte (manteniendo por tanto en este ámbito el writ of error) a aquellas decisiones de los tribunales supremos estatales que hubieran declarado inconstitucional una ley del Congreso o considerado constitucional una ley estatal tachada de inconstitucional. En definitiva, los dos textos legales estaban animados por una finalidad primigenia: ampliar el writ of certiorari con el mismo objetivo que la Evars Act. Sin embargo, estas dos reformas muy próximas en el tiempo no fueron suficientes para la adecuada solución del problema existente, bien que, como Frankfurter y Landis pusieron de relieve¹⁶⁹, mostraron (sobre todo la reforma de 1916) las potencialidades de la jurisdicción discrecional.

La preocupación por el problema subyacente a las mencionadas reformas legales era una constante del pensamiento de Taft desde años atrás. Ya en 1916, cinco años antes de su incorporación al Tribunal Supremo, Taft iba a recomendar que se diera a la Corte Suprema “absolute and arbitrary discretion”¹⁷⁰. Sin embargo, la preocupación de quien habría de ocupar la Chief Justiceship se remontaba mucho más atrás en el tiempo, a la época incluso en la que ostentara la Presidencia de los Estados Unidos¹⁷¹. La doctrina recuerda¹⁷², que en su primer mensaje anual al Congreso el Presidente Taft escribía: “It is not impossible to cut down still more than it is cut down, the jurisdiction of the Supreme Court so as to confine it almost wholly to statutory and constitutional questions”. Ya en los primerísimos años del nuevo siglo, el Presidente Taft se mostraba pues como un convencido defensor de que la Supreme Court circunscribiera los asuntos en que había de intervenir a los puramente constitucionales. En 1914, al margen ya de cualquier cargo público, urgía a que la Corte fuera liberada de la carga de apelaciones imprevistas y de la disfuncional congestión de asuntos mediante la

169 Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS: “The Business of the Supreme Court of the United States—A Study in the Federal Judicial System”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XL, 1926-1927, pp. 431 y ss.; 834 y ss., y 1110 y ss.; en concreto, p. 836.

170 Cfr. al respecto, S. Sidney ULMER: “The Supreme Court’s Certiorari Decisions: Conflict as a Predictive Variable”, en *The American Political Science Review* (*Am. Pol. Sci. Rev.*), Vol. 78, No. 4, December, 1984, pp. 901 y ss.

171 La trayectoria pública de William Howard Taft (1857-1930) es realmente impresionante. En 1887, a la edad de tan sólo 30 años, accedió al cargo de Juez de la Corte Suprema de Ohio, Estado del que era oriundo (había nacido en Cincinnati)). Con posterioridad, sería *Solicitor General* (Subsecretario de Justicia) (1890), Gobernador de las Filipinas (1901), Secretario de Guerra con el Presidente Theodore Roosevelt (1904) y, por último, Presidente de los Estados Unidos, cargo para el que fue elegido a fines de 1908, ejerciéndolo durante cuatro años (1909-1913), tras ser derrotado al final de su mandato, cuando pretendía la reelección, por el demócrata Woodrow Wilson. Tras cesar como Presidente, pasó a ser Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Yale, hasta su acceso al cargo de *Chief Justice*, para el que sería nombrado en julio de 1921 por el Presidente Warren Gamaliel Harding, republicano como él.

172 Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS: “The Business of the Supreme Court of the United States—A Study in the Federal Judicial System”, *op. cit.*, p. 838.

reducción de su jurisdicción obligatoria y la ampliación del ámbito de su revisión discrecional¹⁷³.

Sintomático de la situación de fracaso de las reformas legales mencionadas será el hecho de que en el período 1920-1929 el número de decisiones negativas o de rechazo relacionadas con la Decimocuarta Enmienda (cuya Sección primera, recordémoslo, contempla la *due process clause*) casi se duplicó respecto del número de las mismas en la década precedente¹⁷⁴. El propio Taft, ocupando ya la *Chief Justiceship*, escribía en 1925: “After thirty-five years, however, that Court’s business had again grown beyond its capacity, and a hearing could not be had for cases not advanced out of their order until more than a year after their filing”¹⁷⁵.

Los miembros de la Supreme Court temieron que el registro de casos pendientes (“the docket”) pudiera congestionarse aún más y ante ello, y tras la llegada a la Corte de Taft, como nuevo Chief Justice, plantearon la cuestión ante los Judiciary Committees de ambas Cámaras. El argumento fundamental que se manejó fue que la ampliación del certiorari posibilitaría dedicar el tiempo y la energía de los miembros del Tribunal, inevitablemente limitado, al conocimiento de aquellos casos de mayor interés general, muy particularmente de los casos que tuvieran que ver con cuestiones constitucionales. El impulso de la reforma iba, indiscutiblemente, a corresponder al Chief Justice, lo que no había de extrañar a la vista de cuáles eran sus nítidas posiciones sobre el tema desde mucho antes de su acceso a la Corte. Por lo demás, su reconocida astucia política hizo el resto¹⁷⁶.

Los Comités Judiciales de ambas Cámaras sugirieron que fuese la propia Corte la que preparase un “bill”, lo que explica que la ley que finalmente se aprobó en 1925

173 “The Supreme Court—escribía Taft— has great difficulty in keeping up with its docket. The most important function of the court is the construction and application of the constitution of the United States. It has other valuable duties to perform in the construction of the statutes and in the shaping and declaration of general law, but if its docket is to increase with the growth of the country, it will be swamped with its burden, the work which it does will, because of haste, not be of the high quality that it ought to have, and the litigants of the court will suffer injustice because of delay. For these reasons the only jurisdiction that it should be obliged to exercise, and which a litigant may, as a matter of course, bring to the court, should be questions of constitutional construction. By giving an opportunity to litigants in all other cases to apply for a *writ of certiorari* to bring any case from a lower court to the Supreme Court, so that it may exercise absolute and arbitrary discretion with respect to all business but constitutional business, will enable the court so to restrict its docket that it can do all its work, and do it well”. William H. TAFT: “The Attacks on the Courts and Legal Procedure”, en *Kentucky Law Journal* (Ky. L. J.), Vol. 5, No. 2, 1916, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 18.

174 Así lo constata Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 106.

175 William Howard TAFT: “The jurisdiction of the Supreme Court...”, *op. cit.*, p. 2.

176 Stephen C. HALPERN and Kenneth N. VINES (en “Institutional Disunity, the Judges’ Bill and the Role of the U. S. Supreme Court”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. 30, No. 4, December, 1977, pp. 471 y ss.; en concreto, p. 473) hablan de “the persistent politicking of Taft”.

fuese comúnmente conocida como la Judges' Bill, la ley de los jueces. A tal efecto, Taft, que algún autor ha considerado como el más emprendedor, dinámico, de todos los Jueces ("the most aggressive of the justices"), propuso el nombramiento de una comisión en el seno de la Supreme Court encargada de estudiar el asunto y de redactar un primer texto. La comisión quedó integrada por los Justices William R. Day, que actuó como presidente ("chairman") hasta su retiro voluntario en noviembre de 1922, Willis Van Devanter (que, curiosamente, había accedido a la Corte en enero de 1911 por nombramiento del propio Taft, siendo Presidente) y James C. McReynolds, interviniendo de oficio el Chief Justice Taft. Fue Van Devanter el redactor del "bill"¹⁷⁷. El texto resultante fue sometido a la Corte el propio año 1921 y el 17 de febrero de 1922, era formalmente presentado ante el Congreso por intermedio del senador Sr. Cummins y del congresista Sr. Walsh. La más que notable influencia de Taft propició que la ley fuera aprobada justamente tres años después (el texto legal fue sancionado el 13 de febrero de 1925, entrando en vigor el 1 de mayo de 1925) en términos sustancialmente semejantes a como había sido redactado en la Corte.

Otro Chief Justice, William Rehnquist, consideró a Taft como uno de los arquitectos de la Certiorari Act de 1925, haciéndose eco a continuación de su punto de vista sobre la Supreme Court, tal y como fuera compendiado por su biógrafo, Henry F. Pringle: "It was vital, –escribía Pringle en obvia alusión a Taft¹⁷⁸– he said in opening his drive for the Judges' Bill, that cases before the Court be reduced without limiting the function of pronouncing "the last word on every important issue under the Constitution and the statutes of the United States". A Supreme Court, on the other hand, should not be a tribunal obligated to weigh justice among contesting parties". En realidad, habría que decir que Taft fue mucho más que el arquitecto de la ley, y con ella de la enorme transformación que iba a experimentar la Corte Suprema, fue su ideólogo, fue quien desde mucho tiempo atrás había venido defendiendo con constancia y con una gran visión de futuro el nuevo rol, muy próximo al de un Tribunal constitucional, que con el paso del tiempo, y en gran medida de resultados de la Certiorari Act de 1925, asumiría la Corte Suprema. Desde esta perspectiva, Taft fue un verdadero visionario.

La filosofía de la Ley de 1925 –que, como se ha dicho, iba a revolucionar la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema y de las Circuit Courts of Appeals¹⁷⁹–

177 Así lo constatan, entre otros, Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS: "The Business of the Supreme Court at October Term, 1928", en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XLIII, 1929-1930, pp. 33 y ss.; en concreto, p. 34. Ello no obstante, Van Devanter hizo constar en la audiencia celebrada en el Congreso que, en un punto o en otro, todos los Justices habían participado en la redacción del "bill". De ello se hacen eco Stephen C. HALPERN y Kenneth N. VINES: "Institutional Disunity, the Judges' Bill and the Role of the U. S. Supreme Court", *op. cit.*, p. 473, nota 20.

178 Henry F. PRINGLE: *Life and Times of William Howard Taft*, Vol. II, Shoe String Press, Hamden (Conn.), 1965, pp. 997-998. Cit. por William H. REHNQUIST: *The Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

179 Charles W. BUNN: "The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts", *op. cit.*, p. 309.

se acomodaba a la teoría de que los litigantes tenían sus derechos suficientemente protegidos a través de una audiencia o de un juicio en los tribunales de primera instancia y de una revisión en el inmediato tribunal de apelación federal. “La función de la Corte Suprema –escribía nuevamente Taft¹⁸⁰– es concebida para ser no la que ha de remediar la injusticia de un litigante concreto, sino la que ha de considerar aquellos casos cuya decisión concierne a principios cuya aplicación es de considerable interés público o gubernamental (“wide public or governmental interest”) y que deberían ser autorizadamente declarados por el tribunal último”. La ley, escriben a su vez Frankfurter y Landis¹⁸¹, se entendió como un dique (“a dike”) frente a la amenaza de aumento de la jurisdicción obligatoria de la Corte, pero más allá de ello el verdadero espíritu de la propuesta amparada por el texto legal fue el de convertir a la Supreme Court en el árbitro de las cuestiones legales de importancia nacional.

La Ley redujo de modo drástico el número de litigios que podían llegar a la Corte, transfiriendo su conocimiento a los tribunales de circuito; de esta forma, la jurisdicción obligatoria de la Corte iba a quedar limitada a casos escogidos en que se plantearan cuestiones constitucionales u otros significativos asuntos de interés público. Además, el nuevo texto legal implicaba que la enorme mayoría de los casos llegaran a la Corte en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. “The remedy proposed by the Supreme Court and adopted by Congress –corroboraban Frankfurter y Landis¹⁸²– was a transference of numerous classes of cases from obligatory review by appeal of writ of error to discretionary review by certiorari”. Muy escasos supuestos quedaron al margen del writ of certiorari, entre ellos, y como supuestos más relevantes, las resoluciones de los Tribunales supremos de los Estados que declararan inconstitucional un tratado o una ley federal, o que, cuestionada ante ellos la constitucionalidad de una ley estatal, la declararan conforme a la Constitución. También siguió siendo considerada una apelación vinculante, la que fuere formalizada cuando se declarare inconstitucional una ley federal en una acción civil en la que el Gobierno norteamericano fuere parte. De igual forma, se consideraron “obligatory appeal from the Circuit Courts to the Supreme Court” los casos suscitados bajo la “anti-trust and interstate commerce law”, como también los “criminal cases”.

180 William Howard TAFT: “The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925”, *op. cit.*, p. 2.

181 Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS: “The Business of the Supreme Court at October Term, 1928”, *op. cit.*, p. 34. En otro lugar, los mismos autores escribían: “The bill was essentially a bill to relieve the Supreme Court, not by any reexamination of the existing sources of federal jurisdiction, but by a drastic transfer of existing Supreme Court business to the circuit court of appeals”. Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS: “The Business of the Supreme Court of the United States—A Study in the Federal Judicial System”, *op. cit.*, p. 851.

182 Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS: “The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XLII, No. 1, November, 1928, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 1-2.

Innecesario es decir, que la consecuencia de esta profunda reforma fue la considerable ampliación de la capacidad de la Corte para decidir la admisión a trámite, que entrañaba, como se ha dicho¹⁸³, una aplicación del principio de individualización en el ejercicio de la appellate review. Bien es verdad que la ampliación de la jurisdicción discrecional de la Corte propiciaba nuevas dificultades. Frankfurter y Landis ya prevenían ante ellas al advertir¹⁸⁴, que el mecanismo del certiorari se vería seriamente afectado si la selección de los casos de que podía conocer el Tribunal Supremo viniera determinada no por la intrínseca importancia de las cuestiones legales en ellos planteadas, sino por la arbitraria exigencia del tamaño del sumario. Y de resultados de tales peligros, en algún sector de la literatura jurídica más crítica emergería la visión de una suerte de tiranía judicial, o lo que es lo mismo, como iba a apostillar McCloskey¹⁸⁵, para rechazar de inmediato tal visión, “the picture of a great nation shackled helplessly by judge-made law”. La Judges’ Bill posibilitó, como recordaba una treintena de años después el Justice Douglas¹⁸⁶, que la Corte pudiera conocer de los casos que le llegaban y que consideraba de interés conocer dentro de su propio calendario, lo que no dejaba de ser una notable novedad, pues en el más de un siglo de vida anterior, no había sucedido así.

El propio año 1925 se presentaron ante la Corte un total de 520 peticiones de certiorari, de las que admitió tan sólo 97, un porcentaje próximo, aunque inferior, al 20 por 100. El cambio fue tal que Frankfurter llegó a escribir que la Ley de 1925 dejó la jurisdicción de la Corte “en los huesos”¹⁸⁷.

Aunque en 1938 el propio Juez Frankfurter, con bastante optimismo, señalaba que el problema del excesivo volumen de asuntos de la Supreme Court estaba en vías de ser resuelto¹⁸⁸, lo cierto es que la trascendental reforma de 1925 no fue capaz de conseguir el objetivo perseguido: la sustancial reducción de la tarea de la Corte. En 1930 había 1.039 casos ante el Tribunal, y ese número, medio siglo más tarde (hacia 1984), había ascendido hasta los 5006 casos¹⁸⁹. Tal circunstancia se tradujo en la década de los

183 *Ibidem*, p. 10.

184 *Ibidem*, p. 14.

185 Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 92.

186 William O. DOUGLAS: “The Supreme Court and its case load”, en *Cornell Law Quarterly* (Cornell L. Q.), Vol. 45, 1959-1960, pp. 401 y ss.; en concreto, p. 409.

187 De ello se hace eco Erwin N. GRISWOLD: “The Supreme Court’s Case Load: Civil Rights and Other Problems”, en *University of Illinois Law Forum*, Vol. 1973, 1973, pp. 615 y ss.; en concreto, p. 617.

188 Felix FRANKFURTER y Adrian S. FISHER: “The business of the Supreme Court at the October terms, 1935 and 1936”, en *Harvard Law Review* (Harv. L. Rev.), Vol. LI, No. 4, February, 1938, pp. 577 y ss.; en concreto, p. 582. “If the past is any guide —escriben estos mismos autores— the problems raised for the Court by the volume of its business will largely be solved by the use which it makes of the two devices for exercising selective jurisdiction”.

189 Tomamos estos datos de Alberto B. BIANCHI: *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema...*, *op. cit.*, p. 120.

setenta en la elaboración de diversos estudios encaminados hacia una nueva reforma, pues la mera acumulación de casos ante la Supreme Court y la inexcusabilidad de revisarlos mínimamente a fin de conceder o rechazar el certiorari privaba del tiempo necesario para resolver con la calma requerida aquellos otros en los que el certiorari fuera admitido. Entre esos estudios arraigó la idea de crear una especie de órgano jurisdiccional intermedio entre la Supreme Court y los Circuit Courts of Appeals, fórmula que finalmente no prosperó. En todo caso, en la Corte presidida en esos años por el Chief Justice Warren E. Burger (que la presidiría entre 1969 y 1986) hubo unanimidad de criterio en torno a la necesidad de la eliminación de su jurisdicción obligatoria (mandatory jurisdiction), como revelaría un escrito dirigido, en junio de 1978, por el Tribunal en pleno al Congreso.

Así las cosas, un decenio más tarde, el 25 de septiembre de 1988, era sancionada una nueva Ley que suprimía casi por completo la jurisdicción obligatoria o reglada de la Corte Suprema. Respecto de las apelaciones, la única salvedad que quedó fue la contemplada frente a las decisiones de los tribunales de distrito de tres Jueces (Three Judges Courts), órganos federales de primera instancia que a partir de 1903 empezaron a quedar integrados por tres Jueces, si bien en 1976 comenzaron a suprimirse, siendo sustituidos por órganos jurisdiccionales unipersonales.

Con la eliminación de la jurisdicción de apelación de naturaleza obligatoria, puede afirmarse que la revisión ya no constituye una cuestión de Derecho, sino de pura discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando entiende que existen razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección ad libitum y enteramente discrecional. A juicio de quien anteriormente al actual ocupó la Chief Justiceship, “sería una inútil duplicación de funciones si la Corte Suprema de los Estados Unidos viniera a servir simplemente como un tribunal más elevado que los demás para la corrección de errores en casos no concernientes por lo general a principios jurídicos importantes. En vez de ello, la Corte, de modo absolutamente correcto, busca seleccionar, de entre los varios miles de casos que se le pide anualmente que revise, aquellos casos concernientes a cuestiones pendientes de resolver (“unsettled questions”) de Derecho constitucional o legal federal de interés general”¹⁹⁰. Por lo mismo, se ha podido considerar, que se ha hecho posible la conversión de la Corte Suprema en “el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal”¹⁹¹, acentuándose por todo ello su rol como órgano político, convirtiéndose de resultas de todo ello en “the most powerful court known to history”¹⁹².

Estas transformaciones legales, como no podía ser de otro modo, han incidido a su vez en la naturaleza de los casos abordados (pero también presentados) por la Corte.

190 William H. REHNQUIST: *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, op. cit., p. 269.

191 Lawrence BAUM: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 152.

192 Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 209.

Hace cincuenta años, constataba Baum en 1981¹⁹³, la mayor proporción de casos presentados ante el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En 1981, antes por tanto de la reforma legal de 1988, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, aunque también los tribunales inferiores se pronuncian con mucha frecuencia sobre las mismas materias¹⁹⁴, y la mayor parte de los casos a que se enfrenta la Supreme Court suscitan temas de libertades civiles. Desde 1937, ha escrito McCloskey¹⁹⁵, la Corte se ha esforzado en desarrollar una civil rights doctrine que hiciera realidad la promesa de esa tradición americana acorde con la libertad, en armonía no obstante con los imperativos de la realidad política. Ese acomodo a la realidad de que habla el autor precedente ya presupone un rol político de la mayor importancia, que viene a establecer un parentesco próximo entre la Supreme Court y los Tribunales Constitucionales de estirpe kelseniana.

En la propia mutabilidad del rol desempeñado por la Corte Suprema, puede entreverse un rasgo común con los Tribunales Constitucionales, pues, como bien sostiene Häberle¹⁹⁶, refiriéndose básicamente a tales órganos, la función de la jurisdicción constitucional es variable, flexible en el tiempo y en el espacio. En sintonía a su vez con este rol de la Supreme Court, Dahl la ha considerado no estrictamente una institución jurídica, pues ello, a su juicio, entrañaría subestimar su significación en el sistema político norteamericano, sino más bien una institución política, o lo que es igual, “an institution for arriving at decisions on controversial questions of national policy”¹⁹⁷.

En definitiva, la marcada evolución de la Corte y su situación actual explica que un significativo sector de la doctrina¹⁹⁸ considere grande la proximidad entre la misma y

193 Lawrence BAUM: *El Tribunal Supremo...*, op. cit., p. 148.

194 Así lo ha subrayado Linde, para quien, aunque los profesionales del Derecho y la opinión pública pueden no considerar resuelta una cuestión constitucional relevante hasta tanto la *Supreme Court* haya decidido sobre ella, lo cierto es que en la teoría y en la práctica los tribunales inferiores dictan constantemente sentencias en materia constitucional. Hans A. LINDE: “The United States Experience”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XX, No. 3, Summer, 1972 (parte monográfica dedicada a las “Admonitory Functions of Constitutional Courts”), pp. 415 y ss.; en concreto, p. 416.

195 Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 213.

196 Peter HÄBERLE: “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 14, 2º semestre 2004, pp. 153 y ss.; en concreto, p. 160.

197 Robert A. DAHL: “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker”, en *Journal of Public Law*, Vol. 6, Spring, 1957, pp. 279 y ss.; en concreto, p. 279.

198 Es el caso, entre la doctrina española, de Rubio Llorente, para quien la *Supreme Court* es, en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, un Tribunal Constitucional. (Francisco RUBIO LLORENTE: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, op. cit., p. 1416). Y en el mismo sentido, entre otros, se manifiesta Pegoraro, para quien “negli ultimi anni, la Corte suprema s’è trasformata... in una vera e propria corte costituzionale, e cioè in un organo dotato di competenze specializzate”. (Lucio PEGORARO: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 21).

los Tribunales Constitucionales europeos¹⁹⁹. Esta proximidad no es, por lo demás, un fenómeno exclusivo de nuestro tiempo. Basta para constatarlo con leer las reflexiones que más de tres cuartos de siglo atrás hacía Charles Evans Hughes, antes de su acceso a la Presidencia de la Corte (que ocuparía entre 1930 y 1941, si bien entre 1910 y 1916 ya desempeñaría en la Corte el cargo de Justice), acerca de las tareas del propio órgano²⁰⁰, que al aplicar cláusulas generales de un contenido indefinido (“general clauses of an undefined content”) no se limitaba al deber de hacer efectiva la Constitución. Más allá de ello, precisaba el gran Juez nacido en 1862 en el Estado de Nueva York, del que en 1906 sería elegido Gobernador, la Corte es el último intérprete (“the final interpreter”) de las leyes aprobadas por el Congreso. Las leyes, añadiría, sufren la prueba judicial, no sólo en cuanto a su validez constitucional, sino también con respecto a su verdadero significado (“their true import”), y en último término, una ley federal significa lo que la Corte dice que significa (“a federal statute finally means what the Court says it means”). Dicho de otro modo, en cuanto juez último de la constitucionalidad de las leyes, la Supreme Court no sólo controla su conformidad con la Constitución, sino que las interpreta de conformidad con la misma, de modo tal que cuando una ley fuere susceptible de dos interpretaciones, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, Hughes consideraría deber de la Corte adoptar aquella interpretación que dejara a salvo su constitucionalidad (“to adopt that construction which saves its constitutionality”)²⁰¹.

Pero aún puede señalarse algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías

199 Mayores matices presenta la posición de Cappelletti, bien que la exprese en 1970. Para el gran procesalista italiano, el Tribunal Supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés (pues de conformidad con la Constitución de 1947 se ha introducido en Japón un sistema análogo al norteamericano), se hallan lejos de ser equivalentes a los Tribunales Constitucionales europeos, pues mientras los últimos tratan tan sólo cuestiones constitucionales, la jurisdicción de la Corte Suprema estadounidense no se halla confinada de tal modo, ya que la mayoría de los casos llegan a ella a través del sistema de apelación normal y no por medio de un procedimiento especial. Incluso para las cuestiones constitucionales ningún procedimiento extraordinario es utilizado. Evidentemente, aunque esta opinión fuera expresada con anterioridad a la reforma legal de 1988, no deja de parecernos harto discutible y, desde luego, creemos que choca con lo que después señala el propio autor. (Mauro CAPPELLETTI: “Judicial Review in Comparative Perspective”, *op. cit.*, p. 1045). Esta posición es matizada (si es que no, lisa y llanamente, contradicha) más adelante por el propio autor, quien, tratando las tendencias hacia la convergencia (“converging trends”) entre los dos sistemas de justicia constitucional, argumenta que el movimiento hacia la convergencia no está confinado al lado europeo del Atlántico, pues, a través del empleo del *certiorari*, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha ido confinando ella misma a tan sólo “the most significant –mostly constitutionally grounded– questions”. Y este es justamente el exacto rol de los Tribunales Constitucionales europeos, que no tienen en absoluto jurisdicción en los casos ordinarios. (Mauro CAPPELLETTI, en *Ibidem*, p. 1051).

200 Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court of the United States...*, *op. cit.*, pp. 229-230.

201 *Ibidem*, p. 36.

y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la Supreme Court, conducen, a juicio de un sector de la doctrina²⁰², a que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

II. Una última reflexión, encaminada a mostrar este proceso de progresiva convergencia, se hace necesaria, en esta ocasión en relación a los Tribunales Constitucionales de corte kelseniano. El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de common law; ello no obstante, en los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica, como los denomina David²⁰³, la judicial review of Legislation ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los Tribunales Constitucionales, de técnicas jurídicas, y lo que aún importa más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la Supreme Court, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, y sin ánimo de entrar en la superación del rol kelseniano del “legislador negativo”, cuestión de la que ya nos hemos ocupado con un cierto detenimiento, es del mayor interés recordar el notabilísimo enriquecimiento que han experimentado las decisiones de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a una función puramente negativa, sino que han asumido en plenitud una función creadora mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias del sistema de la judicial review, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales vienen disociando con bastante frecuencia la inconstitucionalidad de la nulidad.

Refiriéndose a Italia, si bien, desde luego, esta referencia es extrapolable a otros países, Zagrebelsky²⁰⁴ ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la Corte Costituzionale y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la ley con abstracción de su necesidad de

202 Francisco RUBIO LLORENTE: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional...”, *op. cit.*, p. 1416.

203 René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI: *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 11ème édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 25.

204 Gustavo ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 152-153.

aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, “si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia in modo costituzionalmente legittimo”. En este modo de proceder, Zagrebelsky encuentra la última ratio que ha conducido a la Corte Costituzionale a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma, no de la disposición de la que proviene, y a la frecuente utilización de este instrumento.

En definitiva, tanto desde la óptica del funcionamiento del sistema norteamericano de la judicial review, y muy particularmente de la evolución experimentada por el órgano que se sitúa en el vértice del federal judiciary, como desde la apreciación igualmente del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales de estirpe kelseniana, encontramos argumentos que, razonablemente, justifican que hablemos de la aproximación de uno y otro sistema, lo que, innecesario es decirlo, se suma a todo lo que ya se ha expuesto precedentemente en la misma dirección.

6. La mixtura e hibridación de los sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad en el constitucionalismo de nuestro tiempo

I. La opción de los constituyentes que elaboraron los primeros códigos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial en favor de un modelo de Constitución que, como ya se ha expuesto, sigue de cerca la idea subyacente a la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se iban a derivar para el control de la constitucionalidad de las leyes, iba a propiciar una hibridación del modelo kelseniano que, en lo sustancial, iba a seguir prestando su estructura centralizada, con algunos de los elementos característicos del control difuso, hibridación que quizá encontrara su más significada manifestación en la introducción de las llamadas en Italia *questioni di legittimità costituzionale*, que, como señala Silvestri²⁰⁵, introducirán una variante destinada a tener relevantes consecuencias sobre el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, como se expuso precedentemente, ya la *Novelle austriaca* de 1929 había introducido este instituto, aunque con sensibles diferencias. Con el constitucionalismo de la segunda posguerra, la multiplicidad de variantes del mismo no ha hecho más que crecer y con ellas se ha ido acentuando ese proceso de mixtura e hibridación. Como ha escrito Pegoraro²⁰⁶, “a seguito della impetuosa espansione del costituzionalismo e della

205 Gaetano SILVESTRI: “La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo”, en *Storia d'Italia – Annali*, Vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, pp. 941 y ss.; en concreto, p. 969.

206 Lucio PEGORARO: “La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale”. Trabajo publicado, en su versión española, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJ/C)*, nº 6, 2002, pp. 393 y ss. Manejamos, antes de su traducción, el texto original italiano mecanografiado que nos remitió su autor, p. 2. (en su versión española, p. 395).

forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor più mescolati e complicati”. El propio Pegoraro ha visualizado²⁰⁷ una especie de tercer modelo, una suerte de *tertium genus*, que comprendería rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento de “difusión” en la fase introductoria del proceso, que no es decisoria. Sin embargo, ni siquiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos de nuestro tiempo nos muestran. Prueba de ello sería que el propio autor avanza la existencia de un *quartum genus*, que abarcaría países tales como Grecia, Portugal y algunos latinoamericanos en los que, básicamente, puede decirse que coexiste el control difuso con el concentrado²⁰⁸.

Si los constituyentes y legisladores diseñaran los respectivos sistemas de justicia constitucional con la finalidad de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como dice Pizzorusso²⁰⁹, de que habrían de proceder a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los ordenamientos en la materia son fruto de la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales, en fin, de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. De ahí las dificultades, nos atreveríamos a decir que insuperables, de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares²¹⁰.

II. No pretendemos ahora ni mucho menos llevar a cabo un análisis casuístico del diseño actual de los sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo, sino tan sólo bosquejar algunos de sus rasgos característicos, con la finalidad esencial de mostrar cómo en ellos se acogen elementos de uno y otro modelo histórico, dificultando de esta forma, de modo casi insuperable, todo intento de clasificación que siga teniendo como referente la tipología tradicional. Tampoco pretendemos aludir a un elevado contingente de diseños constitucionales: nos limitaremos tan sólo a algunos, que bien pueden servir de ejemplos extrapolables a otros.

A) En Austria, Alemania, Italia, Bélgica y España, por aludir tan sólo a algunos países, coexiste un control de la ley, esto es, al margen de su aplicación, con un control realizado con ocasión de su aplicación en una litis, que desencadena el juez

207 Lucio PEGORARO: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 27.

208 *Ibidem*, pp. 39-45.

209 Alessandro PIZZORUSSO: “I sistemi di giustizia costituzionale...”, *op. cit.*, pp. 530-531.

210 En análogo sentido se manifiesta Giancarlo ROLLA, en “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3, Enero/Abril 1998, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 177.

que conoce de la controversia concreta; dicho de otro modo, en buen número de países europeos conviven el control principal con el incidental, o lo que es lo mismo, los dos procedimientos a cuyo través se puede desencadenar la fiscalización en sede constitucional de la ley, procedimientos que, como el propio Kelsen admitiría, constituían la seña de identidad de cada modelo. Además, este control con ocasión de la aplicación de la ley puede viabilizarse igualmente a través de instrumentos procesales específicamente diseñados para la tutela de los derechos fundamentales, como sería el caso del *Verfassungsbeschwerde* alemán o del recurso de amparo español, que pueden desencadenar una fiscalización de la norma legal por el Tribunal Constitucional, en unos casos (el *Verfassungsbeschwerde*) directamente, en otros (el recurso de amparo) de modo indirecto, a través de un mecanismo interpuesto, como sería el de la llamada cuestión interna de inconstitucionalidad, o también autocuestión de inconstitucionalidad. En tales condiciones, ya el mero recurso, aunque sea a los solos efectos didácticos, de acudir a la diferenciación tradicional para catalogar el modelo de justicia constitucional de cualquiera de los países mencionados se nos antoja inadecuado.

B) En otros países europeos la hibridación es aún mayor, pues en algún caso, como el portugués, lo que ha habido, lisa y llanamente, es la casi completa recepción constitucional de los dos modelos, adelantando algo común a algunos países latinoamericanos. Nos referiremos a Grecia y a Portugal.

Grecia, hasta el golpe militar de 1967, tuvo un sistema inspirado en el modelo norteamericano, aunque no propiamente difuso, pues la posible inaplicación de una ley por razón de su inconstitucionalidad quedaba circunscrita al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación. La Constitución griega de 1975 iba a habilitar a todos los tribunales para inaplicar las leyes cuyo contenido interpretaren en contradicción con la Constitución; así se infiere de su art. 87.2, cuando dispone que en ningún caso serán obligados los jueces a atenerse a normas tendentes a la abolición de la Constitución; ello significa que los tribunales administrativos, con el Consejo de Estado al frente, los tribunales ordinarios, cuya más alta instancia es el Tribunal de Casación, el Tribunal de Cuentas y cualesquiera otros órganos jurisdiccionales, pueden verificar un control de constitucionalidad, promoviendo incluso de oficio tal control con ocasión de un proceso administrativo, civil o penal.

El diseño griego, según Favoreu²¹¹, venía a romper el principio de que la justicia constitucional no se divide, pues aun siendo difusa se enmarca en el seno de un aparato jurisdiccional único rematado por un único Tribunal Supremo. Sin embargo, lo cierto es que no creemos que en Grecia pudiera sostenerse la existencia de tal división, por cuanto el art. 100 de la Constitución contempla un “Tribunal Especial Superior” cuyas

211 Louis FAVOREU: “Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.ºs. 3-4, Abril/Agosto 1988, pp. 47 y ss.; en concreto, p. 50.

atribuciones, a juicio de nuevo del profesor francés, bien que harto discutible, semejan extrañamente las de un Tribunal Constitucional, al que se le atribuye (art. 100.1, e/) el conocimiento de los procesos que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo o material o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en el supuesto de que sobre tales disposiciones hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas. En absoluto creemos que pueda calificarse de Tribunal Constitucional ese “Tribunal Especial Superior”. Digamos ante todo, que su presencia se hace especialmente necesaria a la vista de que en Grecia, a diferencia de Estados Unidos, no existe un Tribunal Supremo único. Sin ese órgano, ningún otro órgano jurisdiccional es capaz de asegurar la unidad interpretativa, dificultada adicionalmente en Grecia por la inexistencia de la regla *stare decisis*. En consecuencia, el Tribunal Especial se nos presenta primariamente como un tribunal arbitral, llamado a dilucidar, en lo que ahora interesa, los conflictos interpretativos suscitados entre los más elevados órganos jurisdiccionales. Como bien señala Bon²¹², más que ante una jurisdicción constitucional de tipo europeo, nos encontramos ante un tribunal de conflictos. Pero su mera existencia ya introduce un elemento de cualificación en un país del que podría pensarse que se acomoda sin más al modelo de la *judicial review*, modelo que al implantarse en un sistema jurídico de *civil law*, que además carece de un único órgano jurisdiccional en el vértice del poder judicial, exige de la creación de un órgano “*ad hoc*” que pueda tener la última palabra en los conflictos interpretativos surgidos entre los órganos de vértice de los distintos órdenes jurisdiccionales. El control difuso se transmuta así en el vértice en un control concentrado.

C) En Portugal, ya desde la Constitución republicana de 1911, fruto de la Revolución de 1910, que acabó con la Monarquía, arraigó el sistema norteamericano de la *judicial review*, muy posiblemente por el notable influjo de la Constitución brasileña de 1891, que introdujo la República y la forma federal del Estado brasileño, y que recepcionó igualmente la *judicial review* norteamericana²¹³. De esta forma, la Constitución de 1911 no sólo propiciará la introducción del sistema americano por primera vez en Europa, sino que convertirá a Portugal en el primer país europeo en dotarse de mecanismos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, quizá con la relativa excepción de Suiza. En el país helvético, pueden encontrarse analogías con el modelo norteamericano²¹⁴, que se hacen especialmente visibles en el *contrôle préjudiciel*

212 Pierre BON: “Présentation générale”, en *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris, 1989, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 24.

213 La influencia brasileña, como recuerda Miranda, fue expresamente reconocida por el presidente de la Comisión del Proyecto de Constitución, el diputado Sr. Francisco Correia de Lemos. Jorge MIRANDA: *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI (“Inconstitucionalidade e garantia da Constituição”), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 125, nota 1.

214 En tal sentido, Mauro CAPPELLETTI, en *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., p. 54.

général²¹⁵, pero no cabe olvidar que una limitación tradicional del sistema suizo de control de constitucionalidad ha sido la de excluir del mismo a las leyes federales, circunscribiéndolo, pues, a las leyes cantonales²¹⁶, aunque, como señala Hottelier, en los últimos años se puede apreciar una evolución jurisprudencial encaminada a limitar el alcance de las autoridades jurisdiccionales de aplicar las leyes federales en cualquier circunstancia²¹⁷.

Retornando a Portugal, donde el control difuso se mantendría incluso con la Constitución salazarista de 1933²¹⁸, y por supuesto, también en la hoy vigente de 1976, cabe decir que tras la importantísima reforma constitucional de 1982, se ha dado vida a un complejo sistema de control de constitucionalidad que, no sin razón, ha sido considerado como “the most complete system of judicial review in Europe”²¹⁹. Después de 1982, el control difuso encomendado en 1976 a la totalidad de los órganos jurisdiccionales convive con el control concentrado, el control preventivo coexiste con el control sucesivo y la fiscalización por acción se completa con la fiscalización de las omisiones legislativas, todo ello armónicamente entrelazado. Los tribunales, con ocasión de la aplicación de la ley en un caso concreto que se hallare sub judice, están facultados para la inaplicación de cualquier norma que, a su juicio, estuviere en contradicción con la Constitución, si bien el Tribunal Constitucional es habilitado para conocer de una norma inaplicada en sede judicial por su inconstitucionalidad, cumpliendo así el trascendental rol de armonizar la interpretación de todo tipo de normas en conformidad con la Constitución. Tras la reforma de 1982, la intervención del Tribunal Constitucional no sólo es posible (como sucedía en el texto original de 1976, bien que

215 “Le système suisse de juridiction constitutionnelle –escribe Hottelier– est bâti sur le mode diffus de contrôle des normes et des décisions que celles-ci génèrent. Cette caractéristique signifie que toute autorité chargée de l’application des normes est tenue d’examiner si celles-ci sont conformes au droit supérieur et, si tel n’est pas le cas, de refuser de les appliquer. Cette obligation est désignée par l’expression *contrôle préjudiciel général*. Michel HOTTELIER: “La justice constitutionnelle en Espagne et en Suisse”, en Francisco Fernández Segado (editor), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 983 y ss.; en concreto, p. 996.

216 En el Derecho suizo se consagró una suerte de poder/deber general de los jueces de inaplicar las leyes cantonales que interpretaran contrarias a la Constitución federal, como consecuencia implícita en el principio *Bundesrecht bricht kantonaes Recht*.

217 En 1991, el Tribunal Federal ha flexibilizado el rigor de la inmunidad conferida a las leyes federales al precisar que “pour certes l’obliger à appliquer les lois fédérales, la Constitution ne lui faissait nullement interdiction d’examiner, voire de constater, que celles-ci pouvaient n’être pas conformes à la Constitution”.

218 Recuerda Miranda, que la Constitución de 1933 confirmó el principio de la fiscalización jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no sin modificaciones importantes, unas positivas y otras que representaron un grave retroceso. Así, por ejemplo, todos los tribunales asumieron la función, que ejercían de oficio, de controlar la constitucionalidad de las normas que hubiesen de aplicar en un caso concreto. Jorge MIRANDA: *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., tomo VI, p. 125.

219 Allan R. BREWER-CARÍAS: “Judicial Review in Comparative Law”, en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *Études de Droit public comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 525 y ss.; en concreto, p. 855.

en relación con la Comisión Constitucional, antecedente del Tribunal) cuando los tribunales rehúsen aplicar una norma con fundamento en su inconstitucionalidad, sino que también lo es respecto de las decisiones judiciales que apliquen una norma cuya inconstitucionalidad hubiese sido suscitada durante el proceso. La legitimación para recurrir la decisión judicial ordinaria ante el Tribunal Constitucional se encomienda tanto al Ministerio Público como a las personas que, de acuerdo con la ley reguladora del proceso en que se dictó la decisión judicial, tengan legitimidad para recurrir, disponiendo al efecto de un breve plazo de diez días para la formalización del recurso en sede constitucional. La decisión del Tribunal Constitucional tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad planteada. Si el Tribunal estimara el recurso, aun cuando fuere tan sólo parcialmente, las actuaciones se devolverán al órgano jurisdiccional de procedencia a fin de que éste, según fuere el caso, reformule su decisión o la mande modificar de conformidad con la resolución sobre la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Es de interés significar que el Tribunal Constitucional declara con fuerza obligatoria general la inconstitucionalidad o ilegalidad de cualquier norma, una vez que la haya juzgado inconstitucional o ilegal en tres casos concretos. Este no es desde luego el caso de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal portugués, dictadas al hilo del control abstracto, lo que significa que la Constitución establece un régimen diverso para los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en función de que se trate de un control abstracto o en vía principal, o de un control concreto, o en vía incidental.

Al margen de lo anterior resta el control abstracto en vía principal, que monopoliza el Tribunal Constitucional, contemplando la Constitución con notable amplitud la legitimación para recurrir ante el Tribunal, siendo asimismo de notar que la acción o requerimiento al Tribunal no queda delimitada temporalmente. Por lo demás, las decisiones estimatorias dictadas por el Tribunal en sede de control abstracto tienen fuerza obligatoria general, produciendo sus efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal, determinando la reviviscencia (“a repristinação”) de aquellas otras normas que la declarada inconstitucional hubiere derogado, previsión que no deja de ser discutible, pero que viene a suponer unos efectos *ex tunc* en su grado máximo.

El diseño de la justicia constitucional en Portugal parece responder, básicamente, a una yuxtaposición de los dos tradicionales modelos, cuya articulación y armonización se busca a través de esa intervención última del Tribunal Constitucional que siempre cabe respecto de las decisiones llevadas a cabo por los tribunales ordinarios al hilo de su potestad de control de constitucionalidad. Difícilmente podríamos explicar un sistema tan complejo como el portugués recurriendo a los modelos tradicionales y a los rasgos binomiales que supuestamente los contraponen.

Argumentos semejantes podrían darse en relación a las democracias de la Europa oriental, aunque no vayamos a entrar en ellos. Digamos tan sólo que, entre otros

países, Polonia, las Repúblicas checa y eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria y Rusia, han creado un Tribunal Constitucional. En todos ellos se halla asimismo presente un elemento difuso de control, pues todos ellos, con unas u otras características, han recepcionado el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad.

III. América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la justicia constitucional se refiere, un laboratorio en el que se han gestado y creado institutos procesales peculiares, de los que el juicio de amparo sería, sin duda, el paradigma, pero en el que también se han conjugado elementos de los dos modelos de justicia constitucional, acomodándolos a interesantes tradiciones endógenas, todo ello a lo largo de un dilatadísimo tracto histórico²²⁰. Hoy quizá sean los sistemas de justicia constitucional latinoamericanos los que nos ofrezcan la prueba más fehaciente de la mixtura e hibridación a que venimos refiriéndonos, y ello, no obstante haber sufrido en los últimos años la justicia constitucional de algunos de estos países (Venezuela, Bolivia y Ecuador, muy particularmente, de resultas del pernicioso influjo autocrático chavista) un grave proceso de deterioro, que se ha traducido, en un caso (Venezuela), en la conversión del principal órgano de la justicia constitucional en una de las principales amenazas para los derechos y libertades de los ciudadanos, al ser un juguete en manos del sátrapa, y en los otros (Bolivia y Ecuador), en la creación, a modo de garantes de la Constitución, de auténticos engendros, que un análisis serio de estas instituciones no puede sino ignorar, que es lo que nosotros vamos a hacer.

En varios de estos países, como sería el caso de Colombia, Guatemala y Perú, coexisten el control concentrado en un Tribunal Constitucional y el control difuso, en cuanto que cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con la Constitución, cuando fuere de aplicación en un caso del que ese tribunal esté conociendo. Las normas constitucionales han recurrido a diferentes técnicas de articulación entre los fallos de los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuyo efecto se circunscribe al caso concreto, y la condición que, allí donde existe, ha de corresponder al Tribunal Constitucional, que no puede ser otra sino la de intérprete supremo de la Constitución y del resto del ordenamiento en conformidad con la misma. Por poner un ejemplo, la Constitución de Guatemala de 1985 atribuye a la, por muchas razones, modélica Corte de Constitucionalidad la función de conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

En Chile, hasta la importantísima reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional creado por la Carta de 1980 ejercía un control preventivo, que incluso en el caso de las llamadas leyes interpretativas de la Constitución y de las

220 Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional. Una visión de Derecho comparado*, tomo III, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 51 y ss.

leyes orgánicas constitucionales era, y sigue siendo, preceptivo, siendo tal control previo facultativo respecto de los tratados internacionales y de las leyes ordinarias. Tras la mencionada reforma constitucional, la fiscalización de los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales ha pasado también a ser preceptiva. El control preventivo de la ley llevado a cabo por el juez constitucional se complementaba con un control sucesivo o correctivo de las leyes vigentes, con ocasión de su aplicación en un caso concreto, que a su vez se concentraba en la Corte Suprema de Justicia, que, de oficio o a petición de parte, en los asuntos de que conociera directamente o cuyo conocimiento le fuere sometido a través del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, podía declarar inaplicable con efectos in casu todo precepto legal que considerara contrario a la Constitución. La reforma constitucional ha radicado esta segunda modalidad de control, la que se lleva con ocasión de la aplicación de la norma legal, en el Tribunal Constitucional, concluyendo así en Chile ese peculiar control concentrado, pero compartido, una dualidad, como señalara la propia doctrina chilena²²¹, perturbadora de órganos y sistemas, poniendo fin de esta forma a dos interpretaciones de la Constitución, en ocasiones contrapuestas, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica. La reforma de 2005 ha venido a separar la declaración de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad, correspondiendo ambas al Tribunal Constitucional. Este puede decidir la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación “en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial” resulte contraria la Constitución (art. 93.6° de la Constitución reformada), y asimismo (por una mayoría de los 4/5 de los miembros del Tribunal), la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable. Quiere ello decir, que tras la reforma de 2005 se ha venido a establecer una original diferenciación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, supeditándose la segunda a la primera, habilitándose para plantear la cuestión de inaplicabilidad a las partes de la litis o al juez que conoce del asunto, mientras que cabe acción pública para instar del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, previa declaración de inaplicabilidad, si bien también se prevé que el Tribunal Constitucional pueda en tal caso declarar de oficio la inconstitucionalidad. Basta con lo expuesto para constatar la peculiaridad del sistema chileno.

Los mecanismos de control de constitucionalidad coexisten con la acción de amparo, tutela o protección, que con todas estas denominaciones, según los países, se la conoce; de ella, por lo general, pueden conocer la totalidad de los órganos jurisdiccionales, cabiendo, allí donde existe un Tribunal Constitucional, una intervención final de éste. En algunos países el amparo fue concebido como una vía procesal encaminada a la reparación del derecho violado, pero no para la verificación de una inconstitucionalidad, concepción que ha ido evolucionando, de lo que ilustra perfectamente el caso argentino. Concebida en Argentina la acción de amparo como

221 Lautaro RÍOS ÁLVAREZ: “El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIbJC)*, n° 11, 2007, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 257.

un proceso sumario por medio del cual se podía impugnar un acto lesivo que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, infringiera un derecho constitucionalmente reconocido, una reiterada doctrina jurisprudencial entendió que el amparo era una vía exclusivamente dirigida a la reparación del derecho violado. Esa interpretación quebró de modo frontal en los casos “Outón” (1967) y “Mate Laranjeira Mendes” (1967), al rechazar la Corte Suprema de la Nación el carácter absoluto del postulado de que en un juicio de amparo es siempre improcedente abordar la cuestión constitucional. A juicio de Vanossi²²², esta doctrina suponía la creación pretoriana por la Corte Suprema de una acción directa de inconstitucionalidad en el orden nacional, algo, evidentemente, bien alejado del punto de partida de la justicia constitucional argentina, que no era otro que el de la judicial review norteamericana. Aunque la mencionada doctrina encontraría diversas oscilaciones por parte de la Corte, tras la sentencia que ésta dictó en el “caso Peralta” (diciembre de 1990), quedó definitivamente consagrada la jurisprudencia iniciada en 1967. La reforma constitucional de 1994 zanjó definitivamente la cuestión, al habilitar al juez que conozca de la acción de amparo para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma en la que se funde o sustente el acto u omisión lesivos, lo que, según Hitters²²³, ha significado la puesta en marcha, a través del amparo, de una acción de inconstitucionalidad en una causa concreta, opinión sustancialmente coincidente con la anteriormente mencionada.

Distinta ha sido la concepción del juicio de amparo en México, país en donde, como corroboran sus antecedentes históricos, este instituto se ha revelado como un medio jurídico de salvaguarda de la constitucionalidad. A nivel federal, se ha admitido tradicionalmente en México el amparo contra leyes, bien que se requiera que tales leyes sean autoaplicativas, hallándose legitimadas para la interposición de esta acción aquellas personas que, en el momento de la promulgación de la ley, queden automáticamente comprendidas dentro de la hipótesis de su aplicación. Se puede comprender por todo ello que, como escribiera Burgoa²²⁴, el control de la Constitución (más pertinente sería hablar de su salvaguardia) y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que han integrado en México la teleología esencial del juicio de amparo.

A su vez, en Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como ya se dijo, se impuso el modelo de la judicial review, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que se ha llamado un sistema mixto de control difuso y concentrado²²⁵, con clara

222 Jorge Reinaldo A. VANOSSI y Pedro Fermín UBERTONE: “Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina”, en *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, pp. 87 y ss.; en concreto, p. 191.

223 Juan Carlos HITTERS: “La Jurisdicción Constitucional en Argentina”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras Editoriales), Madrid, 1997, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 301.

224 Ignacio BURGOA: *El juicio de amparo*, 20ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983, p. 148.

tendencia, acentuada por la Constitución de 1988, a la ampliación del último. El mero hecho de que la Constitución contemple la ação direta de inconstitucionalidade frente a una ley o acto normativo federal o estatal, de la que conoce el Supremo Tribunal Federal, ha venido a presuponer un control concentrado que, por la pura vía fáctica, se ha venido sobreponiendo al difuso. Hoy, el Supremo Tribunal Federal es, de hecho, un verdadero Tribunal Constitucional, aunque no sea ese su nombre.

Tras lo expuesto, creemos que es algo obvio, que intentar recurrir a la categorización binomial de los modelos de justicia constitucional para tratar de caracterizar el de cada país latinoamericano es misión de todo punto imposible.

7. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de los rasgos conformadores de los sistemas de control de la constitucionalidad

I. Cuanto hasta aquí se ha expuesto nos conduce a la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición entre modelo europeo-kelseniano y modelo norteamericano, que desde decenios se ha venido utilizando a la hora de abordar la caracterización de un determinado sistema de justicia constitucional. Es de todo punto necesario buscar nuevos enfoques que nos permitan una más precisa identificación de los rasgos definidores del sistema. No es la nuestra, ni mucho menos, una posición solitaria o aislada, pues ya algunos autores, y ciertamente relevantes, han venido insistiendo, con muy diversos matices y posiciones, en una dirección análoga. A título puramente ejemplificativo, recordaremos algunos de ellos.

En Italia, Baldassarre²²⁶ ha diferenciado dos grandes modelos de justicia constitucional, que identifica como: *giurisdizione dei diritti fondamentali* y *giustizia politica*. Mientras este último encontraría su núcleo central en una función de moderación, en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno, el primer modelo encontraría su última ratio en la nueva concepción constitucional de los derechos, que se nos presentan no sólo como límites respecto de los poderes públicos, sino también como elementos positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa.

225 José AFONSO DA SILVA: “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 387 y ss.; en concreto, p. 394.

226 Antonio BALDASSARRE: “Parlamento y justicia constitucional en el Derecho comparado”, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional* (IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 1997, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 190 y ss.

También en Italia, Pizzorusso²²⁷ ha contrapuesto los sistemas concretos a los sistemas abstractos de control de constitucionalidad de las leyes. Los primeros se distinguen entre ellos sobre todo en función de que la cuestión de constitucionalidad de la disposición o norma legal se proponga al juez junto a una cuestión de aplicación de la ley, como sucede en los Estados Unidos, o bien deba ser filtrada por el juez que debe pronunciarse sobre la aplicación de la ley y tras esto remitirla al juez constitucional. Un segundo rasgo diferencial en los sistemas concretos vendría dado en función de que la eficacia de la sentencia se determine con relación al principio *stare decisis* (y se resuelva por lo mismo prevalente o totalmente en su eficacia como precedente), o bien que asuma un alcance *erga omnes* análogo al de la ley y otras fuentes a ella equiparables.

Los sistemas abstractos, siempre según el gran maestro de Pisa, se distinguen a su vez principalmente según que las impugnaciones (y las relativas decisiones) tengan carácter preventivo respecto del momento de entrada en vigor de la disposición o norma a la que se refieren (como tradicionalmente ha sucedido en Francia), o bien su carácter sea sucesivo, posterior, a tal momento (como en la República Federal alemana). Otro rasgo diferencial vendría dado en función de los sujetos legitimados para recurrir al juez constitucional, lo que a su vez exigiría atender a si la impugnación deriva de una controversia entre entes territoriales (Bund/Länder, Estado/Regiones) o bien entre órganos o, más bien diríamos por nuestra cuenta, fracciones de órganos (minoría parlamentaria frente a la mayoría que apoya un texto legal). La nota común vendría constituida por la configuración del juicio constitucional como una fase (en el caso del control *a priori* de corte francés) o como un apéndice del procedimiento de formación de un determinado acto legislativo.

En España, y en una línea no muy alejada de lo expuesto, Rubio Llorente²²⁸ ha separado el modelo centrado en la ley de aquellos otros modelos de justicia constitucional centrados en la defensa de los derechos.

En fin, en Francia, también Fromont²²⁹ ha propuesto una nueva clasificación que se asienta tanto en el procedimiento a cuyo través se apela al juez constitucional como en la naturaleza de la decisión que ha de adoptar. Y así, diferencia el procedimiento constitucional que responde a una lógica subjetiva y concreta (la sentencia constitucional pone fin a la demanda de una persona titular de derechos subjetivos, versando sobre la situación concreta de esa persona) de aquel otro que responde a una lógica objetiva

227 Alessandro PIZZORUSSO: "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", *op. cit.*, pp. 527-529.

228 Francisco RUBIO LLORENTE: "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", en *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, Vol. II, pp. 1411 y ss.; en concreto, pp. 1416 y ss.

229 Michel FROMONT: *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 42-44.

y abstracta (la sentencia constitucional zanja una cuestión planteada por un actor de la vida política relativa a conflictos entre normas u órganos del Estado). Sin embargo, Fromont termina reconociendo que numerosos Estados combinan los dos tipos de procedimientos de justicia constitucional, combinación que se hace en proporciones muy variables según los casos.

II. Anticipemos ya, que por nuestra parte no pretendemos establecer una nueva clasificación a la que hayan de reconducirse los sistemas de justicia constitucional de cada país. Tan sólo intentamos, con una finalidad analítica, diferenciar un conjunto de variables, asentadas en la mayoría de los casos, aunque no en todos, en binomios dicotómicos, y sujetas a una cierta articulación, con las que poder ofrecer pautas explicativas de las muy distintas modalidades o vertientes que, como regla general, nos ofrece el control de constitucionalidad en cada país, modalidades que, por lo común, como ya se ha podido constatar, se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas de justicia constitucional que la realidad nos ofrece, lo que convierte en ilusorio tratar de identificar y caracterizar un modelo de justicia constitucional con la vista puesta en la contraposición entre el modelo europeo-kelseniano y el norteamericano. No se trata ésta ni mucho menos de una construcción acabada, sino de un primer esbozo, que esperamos poder ir desarrollando con el tiempo.

III. Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración o, si así se prefiere, como elemento de articulación del conjunto, de la contraposición que hoy nos parece de mayor relevancia, que no es otra que la que atiende a si el control de constitucionalidad es un control de la ley, al margen por entero de su aplicación, o si, por el contrario, se trata de una fiscalización con ocasión de la aplicación de la ley. En el primer caso, el control en sede constitucional se lleva a cabo en ausencia no sólo de un litigio judicial previo, sino, más ampliamente, de todo conflicto de intereses subjetivos. En el segundo caso, el control se desencadena con ocasión de un litigio en el que se enfrentan intereses subjetivos contrapuestos. Piénsese que en Estados Unidos el pronunciamiento de un tribunal acerca de una cuestión constitucional, a través de la judicial review, exige que el mismo sea necesario para la resolución de un caso concreto, lo que encuentra su indiscutible lógica en el hecho de que, como Marshall sostuvo en el celeberrimo Marbury case, la facultad de que dispone el judiciary para interpretar y hacer prevalecer la Constitución en caso de conflicto con una norma legal tiene que ser deducida de la obligación de los tribunales de decir lo que es el Derecho en un caso concreto, decidiéndolo de conformidad a Derecho (un Derecho que, en ocasiones, viene dado por la Constitución). Pero innecesario es decir a estas alturas, que también el konkrete Normenkontrolle alemán, la cuestión de inconstitucionalidad española o las questioni di legittimità costituzionali italianas (y demás instrumentos procesales análogos), independientemente de las diferencias que guarden con el modelo de la judicial review, entrañan que el control de constitucionalidad se desencadene con ocasión de la aplicación de la ley. Y ello no sólo puede repercutir sobre el propio juicio constitucional, pues es evidente que sólo a través de su aplicación puede la ley revelar

matices, aristas o perfiles de imposible constatación en abstracto, sino que también a esta modalidad de control se anudan elementos diferenciales con esa otra fiscalización que es el control de la ley. Piénsese simplemente en la infinita mayor carga política que se anuda al control de la ley, que en bastantes ocasiones se limita a revestir con un ropaje jurídico lo que no es sino una dura controversia política en sede parlamentaria, trasladando al ámbito de la justicia constitucional la confrontación política entre la mayoría parlamentaria y la oposición. Desde otra óptica, obsérvese que en el control con ocasión de la aplicación de la ley adquieren un especial protagonismo, inusual en la otra modalidad de desencadenamiento del control, los derechos y libertades de los ciudadanos. Creemos que basta con lo dicho para captar la relevancia de esta diferenciación de matriz.

Por lo demás, no cabe olvidar que otros conflictos de naturaleza constitucional pueden encontrar su encaje en el control con ocasión de la aplicación de la ley. Piénsese, por ejemplo, en el control que puede desencadenar un conflicto de competencias que, en un Estado compuesto, enfrente al Estado y a un ente territorial del mismo. Este conflicto, que se presenta como una disputa entre entes públicos con respecto a sus respectivas competencias territoriales, se ha deslindado en España del recurso de inconstitucionalidad en atención al rango de la norma controvertida, de modo tal que sólo cabe en el caso de disposiciones de rango infralegal, por lo que no sería, en principio, reconducible al control con ocasión de la aplicación de la ley. Pero esta conclusión no puede dejar de matizarse si se atiende al art. 67 LOTC, que está contemplando el supuesto de que la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, y aunque es cierto que el citado precepto exige en tal caso la tramitación del conflicto de competencias en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad, no lo es menos que materialmente se sigue estando ante un conflicto competencial, en el que la particularidad esencial reside en que la disposición o acto frente al que se suscitó el conflicto estaba habilitado por una norma legal. Aunque el Tribunal Constitucional ha hablado de que el art. 67 LOTC prevé un “expediente de transformación procesal”, de pertinente aplicación tan sólo cuando la cuestión de a quién corresponda la competencia debatida viene a ser inseparable de la apreciación sobre la adecuación o inadecuación de la norma o normas legales invocadas para fundamentar aquella competencia al orden competencial derivado de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía²³⁰, tal transformación dista de ser absoluta²³¹. Más aún, el propio juez constitucional admitió en un primer momento²³², que el art. 67 LOTC se situaba “en la línea de otros supuestos dirigidos a facilitar el control concreto de normas”, arbitrando un cauce procesal para dar solución a este “incidente de inconstitucionalidad”, dejando, pues, a las claras que, en cierto modo, nos hallamos ante un control incidental reconducible, pues, a la categoría que nos ocupa.

230 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 80/1988, de 28 de abril, fund. jur. 2º.

231 Análogamente, Javier GARCÍA ROCA: “Comentario al artículo 67”, en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (Coordinador), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 1085 y ss.; en concreto, p. 1087.

232 STC 39/1982, de 30 de junio, fund. jur. 3º.

La diferenciación matriz de la que partimos, aunque con reminiscencias evidentes de la contraposición bipolar control abstracto/control concreto, nos parece más pertinente, siquiera sea porque, a nuestro entender, quizá por su mayor grado de abstracción, permite un más nítido encasillamiento del tipo de control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad e instrumentos similares, que, no dejando duda alguna acerca del hecho de que se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley, suscita, por el contrario, alguna mayor complejidad cuando se trata de reconducir al binomio control abstracto/control concreto, pues como ya tuvimos oportunidad de exponer, aún admitiéndose una cierta concreción en el planteamiento, la misma convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo en sede constitucional.

IV. A partir de esta diferenciación, en la primera forma de desencadenamiento del control (control de la ley), habría que atender a dos variables, cada una de las cuales nos ha de conducir a su vez a una diferencia binomial:

A) Por un lado, se ha de atender al momento de verificación del control, lo que nos ha de conducir a diferenciar entre un control a priori, previo o preventivo, y otro a posteriori, sucesivo o reparador, según que la fiscalización se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley. En el primer caso, que puede estar especialmente indicado en algunos supuestos (control de un tratado internacional antes de que el Estado preste su consentimiento para obligarse al mismo, control de un texto legislativo que exija para su promulgación de un previo referéndum de ratificación popular), el órgano de control de constitucionalidad asume el rol virtual de un legislador adicional, y su fiscalización se convierte en una fase más del procedimiento legislativo, más aún cuando, como sucede en ciertos países (piénsese en Francia o Chile, respecto, al menos, a determinadas normas) esa fiscalización es preceptiva. En el segundo, como ya se ha dicho, con frecuencia encuentran su continuidad los conflictos políticos surgidos en sede parlamentaria, travestidos ahora bajo un ropaje jurídico.

Dentro a su vez del control sucesivo, puede tener un cierto interés establecer una diferenciación adicional según que el control se halle delimitado temporalmente o no exista, por contra, límite temporal para su desencadenamiento. A nuestro entender, la delimitación temporal del plazo para interponer una acción de inconstitucionalidad es coherente con las exigencias del principio de seguridad jurídica, y allí donde, como en España, existe también la posibilidad de un control con ocasión de la aplicación de la ley, desencadenado por los jueces, la sujeción de la acción o recurso de inconstitucionalidad a un plazo temporal breve en modo alguno cierra en el futuro la posibilidad de someter una norma legal a su fiscalización en sede constitucional.

B) Por otro lado, es de interés atender a la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control de constitucionalidad, que nos conduce a diferenciar entre un control objetivo o en interés del orden constitucional

general, y un control competencial, o en interés del orden constitucional de competencias establecido en relación a los distintos entes territoriales que conviven en un Estado compuesto. Piénsese, por ejemplo, en que a uno y otro control se anuda una legitimación para recurrir normalmente muy diferente. Es cierto en cualquier caso, y de ello somos conscientes, que esta categoría de la naturaleza del interés constitucional a preservar a través del control puede desbordar el ámbito de la categorización en que nosotros la hemos ubicado. Pensemos, por ejemplo, en el caso italiano, donde el control de constitucionalidad con vistas a la salvaguarda del orden constitucional de competencias se ha canalizado por unos derroteros procesales que nada tienen que ver con los seguidos en relación a la salvaguarda del orden constitucional general. Ello, con todo, no resta interés a la división que hemos establecido; si acaso revela la notable dificultad de sujetar a patrones dogmáticos generales la enorme diversidad y riqueza de matices que nos muestran los sistemas de constitucionalidad recepcionados por cada país.

V. En la segunda modalidad de desencadenamiento del control, esto es, en el control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, creemos necesario atender a tres diferentes variables, de las que nos ocupamos sucesivamente:

A) La primera variable atiende a los órganos a los que se atribuye la competencia para fiscalizar la conformidad constitucional de la ley, pudiendo diferenciarse al respecto entre un control difuso, en el que cualquier juez o tribunal ordinario puede llevar a cabo el control de constitucionalidad de la norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que está conociendo, y un control concentrado, en el que esa fiscalización corresponde a un único órgano. Puede encerrar interés diferenciar, dentro de la modalidad del control concentrado, entre aquellos países que han encomendado ese control a un órgano ad hoc, un Tribunal Constitucional, y aquellos otros que lo han atribuido a un órgano jurisdiccional ordinario, sea la Corte Suprema de Justicia, sea una Sala de la misma, si bien no puede ignorarse la conversión que ciertos Tribunales Supremos han experimentado, al convertirse, de facto, en auténticos Tribunales Constitucionales, aunque sigan manteniendo su denominación tradicional. Las Cortes Supremas de Brasil y México nos ofrecen un buen ejemplo de ello. Aunque por su propia lógica, la idea de un control concentrado se identifica con el monopolio del control (o por lo menos, en coherencia con lo que se ha sostenido a lo largo de este trabajo, del monopolio de rechazo) por un órgano, la experiencia histórica nos revela que incluso esta identificación por entero lógica puede quebrar. Piénsese en el referido caso de Chile, con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, en donde el control concentrado era residenciado en dos órganos diferentes, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, si bien tampoco cabe olvidar que esa peculiar circunstancia no obstaría a nuestra diferenciación, pues sólo a la Corte Suprema correspondía el control llevado a cabo con ocasión de la aplicación de una ley, dado que el control encomendado en exclusiva al Tribunal Constitucional era un control de la ley de carácter preventivo.

Por lo que se refiere al control difuso, parece claro que, en cuanto presupone que una pluralidad de órganos judiciales puede decidir acerca de la inconstitucionalidad de una norma legal que han de aplicar en un caso del que están conociendo, entrelazando de esta forma la aplicación de la norma y su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, nos sitúa ante el modelo norteamericano de la judicial review y sus congéneres. Ello permite diferenciar claramente este modelo respecto de aquellos otros sistemas que, aún habiendo optado por posibilitar un control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, al contar con un Tribunal Constitucional, limitan la función del juez ordinario a la de llevar a cabo un primer, y provisional, control de constitucionalidad, tras el que deberán someter al Tribunal Constitucional el pronunciamiento definitivo. El control, aun cuando entendido en su manifestación más extrema de rechazo de la norma inconstitucional, se concentra en un único órgano, por cuanto sólo él puede expulsarla del ordenamiento jurídico. Por lo mismo, esta categorización permite separar con cierta claridad ambas fórmulas de control, lo que no lograríamos con tanta nitidez, a nuestro modo de ver al menos, si jugáramos con el binomio control abstracto/control concreto.

Somos conscientes de que la diferenciación esbozada difícilmente acoge todos los sistemas constitucionales de control de constitucionalidad. Pensemos, por ejemplo, en el modelo portugués. El control con ocasión de la aplicación de la ley sigue, en principio, muy de cerca la lógica del modelo norteamericano, pero la posibilidad de recurrir, en último término, al Tribunal Constitucional introduce un elemento innovador, rupturista incluso. El control se residencia en un primer momento en los jueces, siguiendo el diseño americano de entrelazamiento entre aplicación de la norma y enjuiciamiento de su constitucionalidad, pero la última palabra escapa del poder judicial para ir a parar a un órgano “ad hoc”, el Tribunal Constitucional. Control difuso y control concentrado se yuxtaponen, aunque el último termine imponiéndose, pues no en vano es el juez constitucional quien dispone de la última palabra, como por lo demás no puede ser de otro modo allí donde existe. La enorme diversidad de fórmulas constitucionales, como se ve, dificulta extraordinariamente su reconducción a categorías explicativas entrelazadas en un sistema armónico, lo que, en cualquier caso, no nos debe impedir que lo intentemos.

B) La segunda variable atiende a la instancia desencadenante del control, pudiéndose diferenciar aquí tres modalidades:

a) El control instado por un órgano jurisdiccional, como sería el caso, bien frecuente en Europa como ya se vio, de la cuestión de inconstitucionalidad, de las *questioni di legittimità costituzionali* o del *konkrete Normenkontrollen*.

b) El control que desencadena una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Esta modalidad de control se presenta claramente allí donde cabe el amparo frente a leyes. Pero también podemos pensar en que, en algunos países y en ciertas

ocasiones, un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad de una ley que, aun no siendo objeto de un acto de aplicación específico, por su carácter autoaplicativo, afecte la esfera de intereses legítimos de la persona en cuestión. Esta afectación justificaría, a nuestro modo de ver, que esta modalidad de control se reconduzca a lo que identificamos como control con ocasión de la aplicación de la ley, aunque no exista acto expreso de aplicación. Piénsese, por ejemplo, en el art. 140.1, in fine de la Constitución austriaca, que habilita a cualquier persona que considere que se ha visto directamente lesionada en sus derechos por la inconstitucionalidad de una ley, para instar al Tribunal Constitucional a conocer de tal inconstitucionalidad, siempre que tal lesión se produjere de modo actual e inmediato, sin mediar la previa adopción de una resolución judicial o administrativa. Diferente sería, creemos, el caso de Colombia, donde la sexquicentenaria acción popular de inconstitucionalidad no tendría aquí encaje, debiendo reconducirse a la modalidad de control de la ley, como control objetivo o en interés del orden constitucional general, dado que en Colombia el conocidísimo instituto de la acción popular de inconstitucionalidad se halla desligado de la afectación de la ley que se impugna a los derechos o intereses de una persona, vinculándose expresamente, como afirma la doctrina colombiana²³³, con el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

c) El control instado por los entes territoriales de un Estado compuesto, dirigido a reivindicar la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial. Ya nos hemos referido anteriormente con algún detalle al control incidental que, en cierto modo, estaría propiciando el art. 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, y no creemos que sea necesario volver sobre la cuestión. Estaríamos ante un ejemplo válido, pese a sus peculiaridades.

C) La última de las variables a las que se puede atender es la relativa a la eficacia de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, habiéndose de distinguir aquí según tengan efectos en el caso concreto, in casu, y por lo mismo inter partes, o proyecten sus efectos con carácter general (erga omnes). Podría pensarse que esta última dicotomía es innecesaria en cuanto que podría quedar subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de los órganos competentes para realizar el control, de forma tal que en el control difuso los efectos serían inter partes mientras que en el concentrado lo serían erga omnes. Ello constituiría un notable error, pues tal regla, que desde luego tiende a la generalidad, quiebra sin embargo en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta categorización. Así, por poner algunos ejemplos específicos, el control concentrado en manos de la Corte Suprema uruguaya no se traduce en que sus sentencias tengan efectos generales, circunscribiéndose tales

233 Eduardo CIFUENTES MUÑOZ: “La Jurisdicción Constitucional en Colombia”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 469 y ss.; en concreto, p. 475.

efectos al caso concreto. Otro tanto podría afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia paraguaya, cuya Sala Constitucional conoce tanto de la inconstitucionalidad de las leyes como de la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias. Y lo mismo, finalmente, bien que sin pretensión ni mucho menos de exhaustividad, habría que decir de los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, mecanismo que ha estado en vigor durante un cuarto de siglo (1980-2005). Y desde otra perspectiva, el ejemplo portugués abre aún adicionales quiebras a esa supuesta regla general, pues como ya pusimos de relieve, mientras las decisiones estimatorias del Tribunal Constitucional en sede de control abstracto tienen fuerza obligatoria general, no se puede decir lo mismo de las decisiones similares dictadas al hilo del control incidental, esto es, del que inicialmente han llevado a cabo los jueces ordinarios, pues en tal caso se opta de modo implícito por el efecto inter partes, al determinarse que sólo cuando la norma haya sido enjuiciada como inconstitucional en tres casos concretos la sentencia constitucional adquirirá fuerza obligatoria general. Estos ejemplos revelan cómo no siempre la concentración del control en un único órgano va unida a la generalidad de los efectos de sus sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.

VI. Hemos de terminar. Y lo hemos de hacer significando que, con la categorización expuesta, al margen ya de no tenerla aún completa y definitivamente perfilada, pues, como ya se ha dicho, se trata de una investigación abierta, no hemos pretendido en modo alguno agotar la casi inabarcable riqueza y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de nuestro tiempo, en los que, a modo de pauta general, sí habría que destacar que se aprecia un progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control llevado a cabo con ocasión de su aplicación²³⁴, rasgo tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo, y también en el sentimiento constitucional de la ciudadanía.

234 Battaglini va aún más lejos al considerar que, como principio general, el control debe venir referido al acto (legislativo) ya formado, lo que presupone el rechazo de todo tipo de control previo o preventivo. “Il controllo in itinere (como nel caso del *veto*) è assai dubbio che possa essere considerato un vero e proprio controllo di costituzionalità”. Mario BATTAGLINI: “Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno XII, 1962, pp. 663 y ss.; en concreto, p. 769.

¿QUÉ ES UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PARA QUÉ SIRVE?

Domingo García Belaunde

En los últimos tiempos, por circunstancias de diversa índole, se han efectuado algunos cuestionamientos sobre lo que es el Tribunal Constitucional entre nosotros y lo que hace. Estos planteos han surgido a partir de situaciones concretas y no desde puntos de vista teóricos o abstractos. Ni menos aun de consideraciones históricas, motivo por el cual me temo que todo ello lleve a una situación sin salida, a un debate sin mayores resultados o a decisiones que no cuenten con la debida fundamentación. Y para evitar que esto suceda o en todo caso para que no se agrave, nada mejor que hacer un pequeño recuento de lo que pasó y de cómo se llegó a lo que ahora tenemos. Y que en mi opinión debe ser mantenido, si bien mejorado en su actuación y desenvolvimiento jurisprudencial. Y sobre todo, afinando el sistema de elección de magistrados, pues de su nivel y capacidad depende gran parte de la aceptación que generen en la sociedad.

* * * * *

Lo primero que hay que tener en cuenta, es que el constitucionalismo en su sentido moderno, tiene su nacimiento, como es bien sabido, en la denominada “revolución atlántica”, que se da casi en simultáneo en los Estados Unidos y en Francia, a fines del siglo XVIII. En ambos países nacieron dos tipos distintos de Constitución, o si se quiere, dos conceptos de ella. En los Estados Unidos, la Constitución sirvió para varias cosas: la primera y más importante fue para crear un país. Antes de la Carta de 1787, existían solo trece colonias independientes, unidas por una muy frágil gama de dispositivos que se llamaban precisamente “Artículos de la Confederación”. Fueron los avatares que sufrieron luego, en especial los de carácter bélico, los que los llevaron a crear un nuevo país, una nueva forma de gobierno y una nueva forma de Estado. Nació así un país constitucional y republicano, con estructura federal y de corte presidencial, que tuvo una evolución lenta, pero segura. En Europa, por el contrario, el naciente constitucionalismo no tuvo más vigencia que no fuera la mera influencia intelectual que operaría en el extranjero y solo en décadas más tarde, en el propio continente. A la caída de los Borbones surgieron, como se sabe, gobiernos civiles inestables hasta

que apareció Napoleón en el horizonte, que fue emperador de los franceses hasta 1815. Luego retornó la monarquía y a la república se llegó muy lentamente y luego de largos años. Además, aun en medio de estos cambios, los países europeos eran unitarios con tendencia a la centralización, monárquicos casi todos y con un régimen parlamentario heredado de Inglaterra y afianzado desde 1832. Que no hizo más que perfilarse y asentarse durante todo el siglo XIX. Y así se mantiene hasta ahora, con diversas variantes y modalidades, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

En Estados Unidos, por una serie de precedentes que venían de Inglaterra y de las propias colonias, se llegó a la conclusión, en el modélico caso *Marbury vs. Madison* de 1803, que de surgir un conflicto entre la norma superior y una inferior, debería primar la primera. Y que quien hacia las veces de guardián de la Constitución, en éste como en otros campos, era el Poder Judicial. Esto fue, pues, lo que se inició a principios del siglo XIX y se hizo conocido muy prontamente, si bien tuvo también sus detractores. Y así ha llegado a nuestros días, con sus altas y bajas, como un principio que no se cuestiona, si bien existen debates doctrinarios sobre los pronunciamientos judiciales, que no se ven mal en un mundo política y académicamente nacido de la tolerancia.

En Europa, por el contrario, el control constitucional, o sea, una especie de guardián o custodio de la Constitución y de otros actos estatales, no se dio. Hubo algunos intentos en plantearlo y además proyectos similares y tímidos (como el de Sieyès, pero de corte político), pero para efectos concretos, lo que existía era la supremacía de la ley y no de la Constitución. Ejemplo típico es el modelo francés, tan influyente en todo el continente europeo, en donde primó, casi hasta 1958, el llamado por algunos como “fetichismo de la ley”. Pero esto en Europa fue generalizado y casi sin discusión hasta entrada la década de 1920. Solo en estos años, se abre paso lentamente una apertura hacia otros modelos u alternativas, pero en forma por demás debatible, restringida y poco exitosa. Y esto por la razón, entre otras, de que había que luchar con el sistema de gobierno existente, el parlamentario, que se sostenía en el principio de la voluntad general y de la supremacía de la ley, reforzado por la teoría de la separación de poderes, que rígidamente se había impuesto en la Europa continental.

Por muchas razones que sería demasiado largo explicar aquí, el modelo americano o de “control difuso”, no llegó a arraigar en Europa. Y ni siquiera operó en Inglaterra. Y cuando asomó el problema y se buscó una solución, nadie pensó en los jueces, sino en crear un órgano ad hoc, que se plasmó pioneramente y en forma modélica en la Constitución austriaca de 1920, culminando así lo previsto en las constituciones provisorias de 1918 y 1919, que inspiraron a la vecina Checoslovaquia que lo consagró en su Constitución del mismo año, pero cuyo tribunal tuvo una vida opaca y desapareció casi sin dejar huella. El país mismo –Checoslovaquia– fue un juego de artificio que puso en marcha el talento teórico de Masaryk –su primer presidente– que aprovechó largamente las ilusiones de un gran teórico, Woodrow Wilson, entonces

presidente de los Estados Unidos y favorecedor del principio de la autodeterminación de las nacionalidades (hoy, como sabemos, Checoslovaquia no existe, pues no pudo resistir el vendaval desatado por la caída del muro de Berlín, como sí lo hicieron otros países del Este).

Ahora bien, el destino de los tribunales constitucionales, se jugó, en realidad, a partir de la segunda posguerra, en donde empezó su lento crecimiento y expansión, sobre todo en países con estructura parlamentaria. Y así ha pasado en muchas partes. Y luego se ha extendido a países con regímenes presidenciales, como es el caso de la América Latina. Pero ¿cómo ha sucedido esto?

* * * * *

Si consideramos a la América Latina como una unidad y solo contamos a los países con cierta relevancia, podemos quedarnos quizá con 20 ó 25 únicamente, por más que la geografía nos muestre la existencia de muchos más. De ellos, los países más grandes en extensión y en población no tienen tribunal constitucional y son: México, Venezuela, Brasil y Argentina, al margen de que al interior de sus respectivas organizaciones políticas, puedan darse tribunales o cortes que hagan sus veces: pero ese es otro tema. En la práctica, tribunales constitucionales en rigor solo existen en pocos países; siete en total: Guatemala, Ecuador, Colombia, Perú, Bolivia, Chile y República Dominicana. A los que habría que agregar las llamadas “Salas Constitucionales”, que se dan en varias partes, pero que se caracterizan, como es el caso ejemplar de Costa Rica, por ser una Sala que tiene no solo competencias exclusivas, sino que puede dejar sin efecto lo resuelto por otras salas del mismo tribunal supremo.

Ahora bien, el porqué unos países tienen tribunal constitucional, sala constitucional o simple control a cargo del Poder Judicial, es algo que depende de circunstancias históricas y políticas, ya que desde un punto de vista teórico, es muy difícil decir que un modelo, una variante o mixtura de un determinado modelo, sea mejor que los demás. El mismo Kelsen, recién llegado a los Estados Unidos al inicio de la Segunda Guerra Mundial, intentó demostrar (en un conocido ensayo publicado en 1942) que el modelo concentrado por él creado era superior al “judicial review”, con argumentos interesantes, pero poco convincentes. Y sin que su postura haya tenido eco alguno en el medio norteamericano.

A la larga, lo que importa es qué pasó en un país determinado, cómo funcionó el sistema que tenía y cómo se llegó a la situación actual. Y esto es lo que cuenta y lo que nos interesa en el caso concreto del Perú.

El Perú, como sabemos, es uno de los últimos países en adoptar un control constitucional en el ámbito latinoamericano. Surge en un contexto curioso: la preparación del Código

Civil de 1936, antecedido por los debates al interior de la Comisión Reformadora de dicho Código creada en 1922. Pero no surgió en el aire: el primero que quizá plantea el problema fue Felipe Masías, en su curso de derecho constitucional publicado en 1855 y otros más lo siguieron. Y el primer planteo orgánico se encuentra en el anteproyecto de reforma constitucional que, en 1919, aprobó la comisión parlamentaria que presidió Javier Prado (y que finalmente se convirtió en la Constitución de 1920). Pero que por cosas del destino, no llegó a aprobarse. En el mismo sentido, si bien en forma mucho más elaborada, se pronunció la Comisión Villarán en su anteproyecto de 1931, que no obstante su valor intrínseco, no logró adherentes en este punto.

Solo en 1936 se implanta entre nosotros el llamado modelo o control difuso, de estirpe norteamericana, incorporado en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil sancionado ese año, pero que no tendrá aplicación alguna. Pero es en 1963, mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial, que tal dispositivo se reglamenta adecuadamente y empieza a funcionar. Pero esto duró muy poco. El golpe militar de 1968 trastocó todos los planes de desarrollo institucional y de paso cambió la imagen del país. Antes de dejar el poder, los militares programaron de acuerdo con los partidos políticos –menos uno, que al final convalidó los resultados– una Asamblea Constituyente que, en medio de grandes debates, aprobó la Carta de 1979, que significa una ruptura, en lo institucional y en lo formal, con todo lo anterior. Esto fue posible fundamentalmente por cuanto el constitucionalismo europeo había cambiado radicalmente el panorama después de 1945 y eso se hizo sentir en los demás países. Se creó así el Tribunal de Garantías Constitucionales, que con nuevo y más adecuado nombre funciona hasta ahora: Tribunal Constitucional, si bien ha habido algunas estaciones accidentadas en su camino. Y se formalizó a nivel constitucional el “control difuso” que venía desde antes, que de esta manera pasó a coexistir con el modelo concentrado. Y esto desde 1979.

* * * * *

Ahora bien ¿qué fue lo que convenció al constituyente de 1979 a introducir entre nosotros el modelo concentrado? La respuesta es muy sencilla: existía el control difuso, a cargo del Poder Judicial. Pero durante los doce años del gobierno militar, el órgano judicial no se había caracterizado como un defensor de los derechos fundamentales ni de la supremacía constitucional. Y más bien, había cohonestado atropellos de la más diversa índole. Fue, pues, esta desconfianza en el Poder Judicial lo que llevó al constituyente de entonces –como los debates de la época lo atestiguan– a incorporar esta institución en nuestro medio. Cupo a Javier Valle-Riestra el mérito de plantear y defender esta medida en el hemicycle que, dicho sea de paso, era casi desconocida entre nuestros conspicuos constituyentes.

Cuando viene el golpe de Estado de Fujimori (1992) y decide –presionado por la comunidad internacional– convocar a una constituyente, prima en el ánimo gobiernista remplazar el órgano concentrado por una Sala Constitucional en la Corte

Suprema. Gonfalonero de esta tesis, es el talentoso periodista Enrique Chirinos Soto, convertido en delirante vocero de la dictadura. La tesis sin embargo, no cuaja en la opinión pública y como el fin fundamental de la nueva Constitución es obtener la reelección presidencial a cualquier costo, se incorpora finalmente el Tribunal, con nuevo nombre y con ciertos ajustes, pensados, sobre todo, como una concesión a la galería. Pero la designación de los miembros del Tribunal Constitucional solo ocurrirá en 1996, tres años después de aprobada la Constitución. Y a los pocos meses –1997– son destituidos tres de sus miembros, quedando prácticamente inoperativo el novel Tribunal. Y así hasta el 2000 inclusive. Lo cual demuestra, sin lugar a dudas, que las dictaduras pueden vivir con un Poder Judicial, pero es muy difícil hacerlo con un Tribunal Constitucional (esta tesis, sin embargo, es de alcance restringido, pues en las democracias populares del Este, existieron tribunales constitucionales a partir de 1960, si bien con competencias muy disminuidas).

En síntesis, la existencia en nuestro país de un Tribunal Constitucional tiene sólidas razones históricas que lo justifican. A eso se añaden otros datos más, que son objetivos: el Poder Judicial en su larga historia, ha tenido momentos interesantes, algunos de crisis y otros de decadencia. Pero aun en sus mejores épocas, no ha tenido una función relevante en materia constitucional, precisamente por cuanto siendo el juez parte de un funcionariado oficial, no tiene esa formación jurídico-constitucional ni la sensibilidad necesaria para desempeñar esta labor. Y menos aun con la enorme carga procesal que soporta en los actuales momentos (un promedio de un millón de expedientes por año). Esto se agrava si consideramos que en el Perú, en rigor, no existe una carrera judicial: los jueces no se forman para ser tales, ni tampoco los entrenan o reciclan de vez en cuando y viven además rodeados de carencias y atrasados en su formación doctrinaria y más aun en materia constitucional. No me refiero a los más altos niveles –como es la Corte Suprema de Justicia– sino a las cortes superiores y a la infinidad de juzgados de primera instancia esparcidos a través de todo el territorio. Además, es algo público y notorio que los juicios duran años y que no siempre los resultados son lo que deberían ser. Y esto, sin considerar la considerable influencia que tienen los medios sobre los jueces y en la corrupción existente, si bien no muy extendida y además centrada en ciertos tópicos. Pensar, pues, que una Sala Constitucional en la Corte Suprema va a resolver todos los problemas y además en forma acertada, es quizá utópico, por lo menos en las actuales circunstancias. De ahí que precisamente el pedido, reiterado de vez en cuando, de hacer desaparecer el Tribunal Constitucional para remplazarlo por una Sala Constitucional, es algo que no ha tenido eco. Y que con toda seguridad, no mejorará lo existente. Aun más: la Sala Constitucional es siempre un paso superior y que va por delante del simple control difuso, pero es previo y siempre antecede a un Tribunal Constitucional. No se dan casos en que lo remplace o que opere el proceso inverso.

Lo primero, pues, que se espera del Poder Judicial, es que mejore el servicio que presta actualmente. Y que lo que hace bien, lo haga mejor. Además, no debe olvidarse que el grueso de los procesos constitucionales se inician en el Poder Judicial y un

alto porcentaje acaban en ese nivel. Tiene, pues, un papel relevante en materia de jurisdicción constitucional, en lo cual debería poner mejor empeño y buscar mejores resultados de los que hasta ahora existen.

Volvamos al tema que se discute: si el Tribunal Constitucional debe mantenerse o no y cómo ha funcionado. Pienso que sí, que debe mantenerse, y que su balance es positivo, no obstante que sobre su funcionamiento, sobre todo en el período 2001-2006, ha habido muchos cuestionamientos, pues se notaba un manejo político del Tribunal, sin desmerecer otro tipo de logros que han servido para su actual posicionamiento. Creo que es de interés de nuestra comunidad jurídica que el Tribunal Constitucional se asiente en cuanto tal, y esto solo lo puede hacer si se toma en serio la misión que le ha encomendado el país. Y reside ella no solo en el cumplimiento de pequeños aspectos descuidados –por ejemplo, no ignorar a los abogados que piden la palabra y a los cuales no se les notifica– sino en aspectos sustantivos que demuestran vacilación en los enfoques, como se ve en el reciente y controvertido caso de la llamada “píldora del día siguiente”. Pero que despiertan entusiasmo cuando se analiza el caso del general Chacón, que puso fin a un largo e inexplicable abuso judicial.

Un adecuado manejo de categorías jurídicas, una prudente sensibilidad a los nuevos problemas y a la manera de resolverlos, pero sin desconocer las formalidades procesales –que muchas veces han sido obviadas– una mayor independencia frente a las campañas mediáticas, es algo que siempre es deseable y posible. Y justifican, aun más, la necesidad de un Tribunal Constitucional entre nosotros, cuya legitimidad social y política depende en gran parte del acierto de sus propias decisiones.

Lima, diciembre de 2009-enero de 2010

Post scriptum de junio de 2012: Por razones ajenas a mi voluntad, el presente texto ha permanecido inédito y solo ahora se publica en virtud de la decisión adoptada por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, a cargo del magistrado Gerardo Eto Cruz. Pero pese al tiempo transcurrido, no he querido modificar nada, sino simplemente agregar en esta parte, algunos puntos que considero de interés recalcar, en vista de algunos pronunciamientos recientes o por ser de actualidad. Y ellos son dos. El primero es el relativo al uso del precedente vinculante, que hasta ahora ha sido algo errático y desafortunado, si bien es cierto que siendo pocos relativamente, su impacto no es tan decisivo, como lo sería en otras circunstancias. Falta en mi opinión, un buen concepto y una comprensión simpática de lo que es el precedente, que hay que abreviarlo en buenas fuentes. No es recomendable recurrir, como algunos lo han hecho, a la literatura italiana –que lo desarrolla para sus propios fines– ni tampoco a la doctrina local, que no tiene un mayor conocimiento de ello. Lo ideal sería recurrir a la literatura especializada, lamentablemente sin traducir, y de preferencia la que se produce en los Estados Unidos. Un buen ejemplo, si bien no el único, es el libro de

Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, Oxford University Press, N.Y., 2008. En castellano se ha publicado muy poco sobre el tema y que sea fiable; altamente recomendable es el libro de Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid 2001, con reimpressiones. Un breve repaso, sumamente útil, es el ensayo de Robert S. Barker, “El concepto de precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 19, julio-diciembre de 2009.

El otro punto es el relativo a la observancia de las formas en el mundo jurisprudencial, ya que, como decía el jusnaturalista Del Vecchio, en el Derecho las formas son sustanciales. En tal sentido, tratándose de normas de Derecho público, y por el simple pretexto de ser atentos defensores del orden constitucional, no se puede hacer decir a la norma lo contrario de lo que ella dice, ni menos inventar pasos, procesos o itinerarios contrarios a lo existente. Esta libertad, quizá explicable en un inicio y en circunstancias muy graves, no puede llevar al extremo, como lo hemos visto en más de una oportunidad, de hacer añicos la norma procesal, por más dura que ella sea. Si un tribunal constitucional, con el pretexto de defender la Constitución y no dejar desamparado al justiciable, empieza por trajinar alegremente un proceso y llevarlo como buenamente se le ocurre, guiándose por su propio sentido de Justicia –que generalmente no pasa de ser una sana intuición o un deseo subliminal - nos lleva sin lugar a dudas a la arbitrariedad y a la larga a la inseguridad jurídica. Y aun más, a la sospecha de que no se está actuando correctamente, más aun cuando estos pareceres cambian con inusual frecuencia. Esto sucede al amparo de la socorrida tesis de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, que es prácticamente una licencia para matar, sin responsabilidad para los que aprietan el gatillo. Es difícil pensar que el Derecho en sí mismo sea autónomo, o sea, que se mueva con absoluta libertad y disponga hacer lo que le parece cuando las circunstancias así lo aconsejan. Más aun que lo sea el derecho procesal y menos el derecho procesal constitucional, de orden público y garantista. Nadie niega que, llegado el caso, ante la imprecisión de una norma, o ante vacíos, ambigüedades o ausencias notorias, se puedan cubrir esos espacios, apelando a los principios generales del Derecho, en especial del Constitucional y también del resto del ordenamiento procesal. Pero pretender ir más allá de eso y romper categorías conceptuales, es complicado. La pendiente hacia la prevaricación es casi segura, salvo que se actúe con mesura. Y si bien, como decía Kelsen, la norma es un campo abierto a varias posibilidades, o tiene una “textura abierta” según afirma Hart, eso no autoriza el desenfado total, como en alguna oportunidad se ha visto. No debe olvidarse que los jueces constitucionales son jueces, tan jueces como los civiles o penales, si bien su cometido, sus objetivos y el fin que se les ha encomendado, son otros. La libertad con que puede moverse un tribunal constitucional en un Estado de Derecho, está fijado por la Constitución y por su propia ley orgánica, y por cierto por normas y principios que regulan el proceso constitucional. Matices, complementos o añadidos, son bienvenidos, y así se ha empezado a entender últimamente. Pero eso, en puridad, no es “autonomía”, sino capacidad para ejercer adecuada y prudentemente una competencia que el Estado les ha dado; es decir, plasticidad en el proceso. El uso de esta

supuesta “autonomía” puede conducir a una “autarquía”, cuyas consecuencias serían lamentables*.

Un punto distinto en relación con lo anterior, pero que es posible desligarlo para su tratamiento aparte, es la manera cómo actúan los jueces. Y esto se ha debatido mucho, sobre todo en los Estados Unidos, entre lo que se llama “activismo” por un lado, y “auto-restricción” por otro. Y sobre esto hay toneladas de papel escrito, que no pretendo zanjar en esta oportunidad. Pero sí anotar algunas ideas. Lo primero, sin lugar a dudas, es que hoy está generalmente admitido que el juez no es un robot ni una máquina silogística, ni tampoco un ciego servidor de la ley. Sino que puede moverse dentro de un amplio marco de posibilidades, que, por cierto, la ley lo posibilita. Más aún, si recurre a las teorías de la interpretación, de las cuales la llamada “argumentación” goza de predicamento en los últimos tiempos. Lo segundo es que todo activismo tiene sus límites y está regulado por las reglas del juego, es decir, por las normas procesales, que son una garantía para el justiciable y una seguridad para el juez. De tal suerte, que todo activismo, por más desenfrenado que parezca, observa los ítems existentes y es muy celoso de ellos (el caso más patente lo constituye la célebre sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803, que se pronunció sobre el problema de fondo, sin afectar el writ of mandamus, que era el mecanismo utilizado por el demandante). Estas distinciones son importantes, para entender modernamente el papel del juez, que debe ejercerse con responsabilidad, y sobre todo, con humildad.

Aspecto creador, que es bienvenido, es lo que ha hecho la Corte Constitucional italiana en su tipología de las sentencias, que todos han imitado, y que, sin lugar a dudas, cumplen un fin encomiable. Y que nada tienen que ver con una supuesta “autonomía procesal”, sino con la capacidad de adecuar los varios tipos de sentencia existentes, a los fines del proceso constitucional. Y mucho antes que en Italia, se dieron casos similares en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin que nadie se haya escandalizado por esto.

Todo lo anterior se entiende o mejor dicho, se encuadra, dentro de un planteo general de suma importancia y cuyo desarrollo dejo para otra oportunidad. Y es la diferencia entre el “activismo sustantivo”, que es prácticamente lo que se debate en los Estados Unidos hace décadas, del “activismo procesal”, que es distinto y con consecuencias igualmente problemáticas. En el Perú se han dado ambas situaciones.

Y con estas líneas cierro estas reflexiones, a propósito de una institución como el Tribunal Constitucional, al que deseo larga y venturosa vida, rodeado del respeto de sus conciudadanos.

* En algún momento habrá que dilucidar la responsabilidad, indirecta y no querida, de Peter Häberle en este asunto. El eminente jurista alemán procedió aquí poéticamente, sin un buen basamento en la teoría procesal, que lamentablemente desconoce.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONSTRUCCIONES Y DILEMAS*

Sergio García Ramírez

Ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONACYT. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

Julieta Morales Sánchez

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctora en Derecho con Mención Honorífica por esta misma Facultad. Consultora del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Miembro fundadora del Instituto Colombiano de Derechos Humanos

SUMARIO: I. El control de convencionalidad: nota introductoria. II. Dilemas en la edificación nacional del control de convencionalidad. III. Prospectiva.

I. Control de convencionalidad: nota introductoria

El control de convencionalidad –que ha surgido en la jurisprudencia interamericana y ha irradiado a las jurisdicciones nacionales–, implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales, en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.

* Un estudio más amplio de este tema puede encontrarse en: García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos* (2009-2011), 2ª ed., Porrúa, UNAM, México, 2012; García Ramírez, *Control judicial interno de convencionalidad, Documento de trabajo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011; y García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, México, 2012, ts. I y II.

En rigor, cualquier autoridad doméstica llamada a aplicar disposiciones del orden internacional debe conocer éstas y valorar sus actos –y los de otros órganos que se encuentren sometidos a su conocimiento y supervisión– en los términos de la propia norma internacional. En principio –y en términos muy generales– el proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales, sino puede y debe ser cumplido igualmente por cualesquier autoridad llamada a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos¹. Esto último destaca en el artículo 1º constitucional de México, conforme a las novedades incorporadas en ese texto en 2011².

La premisa del control de convencionalidad reside en la idea –que rige el comportamiento del Estado parte en un tratado internacional– de que la norma de este carácter obliga al Estado en su conjunto. Es éste, y no sólo algunos órganos o agentes, quien asume los compromisos y los deberes de carácter internacional. Así las cosas, ningún sector del Estado –nacional o regional, federal o local– podría sustraerse al cumplimiento de esos deberes (salvo exclusiones explícitas cuyas características no examinaremos ahora); en consecuencia, los tribunales internos deberían analizar la observancia de aquéllos y ajustar sus decisiones a estos imperativos. De ahí que ejerzan un control de convencionalidad que se extiende tanto a la actuación de órganos no jurisdiccionales como a la de órganos jurisdiccionales, cuando esta actuación queda sujeta a revisión por parte del tribunal que ejerce el control.

Sin embargo, ahora solamente nos referiremos al control de convencionalidad que se atribuye a órganos jurisdiccionales nacionales cuando se indica o espera que revisen el comportamiento de otras autoridades en los términos de su adecuación a las normas de los tratados y convenciones que resultan de obligatoria observancia para el Estado.

1 García Ramírez, Sergio, *Control Judicial de Convencionalidad*, cit., pp. 6-8.

2 El artículo 1º constitucional sostiene: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Por supuesto, ese control de convencionalidad no se contrae solamente a los textos convencionales, sino a la jurisprudencia que los interpreta de manera oficial y reconocida; en el caso americano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH o Corte Interamericana). Esta jurisprudencia concurre a integrar el Derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana el concepto de control de convencionalidad surgió primero en algunos votos particulares³ y posteriormente quedó recogida, formal y reiteradamente, en diversas sentencias del citado tribunal.

La Corte Interamericana ha manifestado que este control ha de practicarse dentro de las atribuciones de las autoridades jurisdiccionales y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación interna:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (énfasis agregado)⁴.

3 Uno de los autores de este artículo introdujo el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. García Ramírez afirmó que “para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo”; de ahí que todos los órganos del Estado deban atenerse a los criterios sustentados por el tribunal internacional a propósito de la Convención; bajo ésta, interpretada por su propia instancia judicial, se realiza el control externo de convencionalidad. Cfr. *Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Myrna Mack Chang* del 25 de noviembre de 2003, párr. 27, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Posteriormente el mismo Juez observó que “en la lógica del sistema —y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste— reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional”. *Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrs. 3-6.

4 *Caso Radilla Pacheco*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

En varias sentencias de la etapa más reciente, la Corte Interamericana se ha referido al control de convencionalidad como función ya no de “jueces y tribunales” sino de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”;¹¹⁸⁴ esta última expresión parece extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función. Será necesario reflexionar sobre la pertinente interpretación de tan amplio señalamiento –que suscita dudas–, en forma que permita la buena operación del control, tema siempre delicado.

A continuación se hará un planteamiento general sobre los dilemas que pueden enfrentarse a nivel nacional en la edificación del control de convencionalidad.

II. Dilemas en la edificación nacional del control de convencionalidad

Las autoridades domésticas deben establecer, regular y evaluar el sistema de control constitucional-convencional más adecuado, conforme a las condiciones del país a fin de evitar que las sentencias de la Corte Interamericana y la propia Convención Americana devengan “letra muerta”. Es pertinente recordar que la formulación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana “ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga”⁶.

Néstor Pedro Sagüés ha identificado las alternativas existentes cuando el ordenamiento nacional excluye la intervención de ciertos juzgadores para llevar a cabo el control de constitucionalidad y no se ha previsto una vía procesal para remitir la controversia al juzgador facultado para ejercer el control. Dichas alternativas son: 1) como ruta preferible, la reforma, constitucional o legislativa, según el caso; 2) mientras esto ocurre, reconocer pretorianamente a todos los jueces capacidad para ejercer el control de convencionalidad (solución del “control difuso”); y 3) diseñar –pretorianamente también– un mecanismo de elevación del caso al órgano

5 Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; *Caso Gelman*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193; *Caso Chocron*, Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 164; *Caso López Mendoza*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 226; *Caso Fontevecchia y D’Amico*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 93; *Caso Atala Riffo y niñas*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 282. Anteriormente, se hablaba del “Poder Judicial”, “órganos del Poder Judicial”, “jueces” o “juzgador”, cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; *Caso La Cantuta*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173; *Caso Boyce y otros*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78; *Caso Heliodoro Portugal*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco*, cit., párr. 339; *Caso Fernández Ortega*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202.

6 Cfr. Serna de la Garza, José María, citado por García Ramírez, *El control judicial interno...*, op. cit., p. 22.

constitucionalmente facultado para operar el control de constitucionalidad⁷. En México se ha elegido la segunda opción, como se verá infra.

El control de convencionalidad como un análisis de confrontación normativa⁸, aparentemente, es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter partes. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada; por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se “efectiviza”. Se ha definido al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente⁹.

Algunos autores han examinado la diferencia que media entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En una primera aproximación se ha dicho que se trata de dos remedios distintos, con objetivos propios: uno intenta afirmar la primacía del Pacto de San José y el otro la primacía de la Constitución. El control de convencionalidad está dirigido a buscar la compatibilidad de la normativa secundaria con la Convención; el control de constitucionalidad procesa la subordinación de la normativa secundaria a la Constitución.

Preferimos decir que ambos ordenamientos (Constitución y Convención) persiguen y están al servicio de la misma finalidad: la protección inexcusable del ser humano. Por encima de sus diferencias, ambos fueron creados por la voluntad soberana del Estado y están –o deberían estar– diseñados para alcanzar el mismo fin¹⁰. Así, se concluye que existe, bajo una visión amplia, identidad sustancial.

Si existe esa identidad, es posible llegar a la conclusión de que todos los jueces deberían –bajo un sistema híbrido o mixto de control constitucional– ejercer ambos controles en beneficio de la persona. Esto permitiría la plena vigencia de los derechos humanos, finalidad a la que está sometido el Estado constitucional y democrático de

7 Sagües, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 122; y del mismo autor, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*”, en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM-Max Planck Institut, México, 2010, t. II, pp. 454 y 455.

8 Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, p. 46.

9 Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, EDIAR, Buenos Aires, p. 15.

10 En este sentido, cfr. Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad” en AA.VV., *La justicia constitucional y su internacionalización...*, op. cit., t. II, p. 493.

Derecho. Lo anterior no conduce a una aplicación caprichosa del orden jurídico por los órganos nacionales ordinarios, aduciendo que determinada norma o acto resultan “convencionales” cuando no lo son, o viceversa, lo que mermaría la seguridad jurídica que debe proveer todo sistema legal.

Conforme al nuevo régimen instaurado, la norma subconstitucional nacional debe satisfacer el doble examen: del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad. Si no lo consigue, resulta inaplicable. No es suficiente, entonces, que una regla local sea constitucional, también debe ser “convencional”.

Es interesante ~y nos limitamos al planteamiento, sin entrar al análisis~ la posibilidad de traer aquí las reflexiones sobre los efectos *ex nunc* y *ex tunc* en el doble plano de la justicia constitucional y del control convencional; es decir, si la inconstitucionalidad o inconventionalidad de una ley tiene efectos sólo “desde ahora” ~*ex nunc*~ o “desde siempre” ~con efectos retroactivos, *ex tunc*~. En este examen reaparecen las exigencias inherentes al principio *pro persona*.

Algunas reticencias con respecto al control de convencionalidad provienen de la deficiente recepción del orden internacional en el ámbito interno –político, legislativo, jurisdiccional o administrativo–; además, se ha dicho que la misma Corte Interamericana “se encuentra confundida respecto a la manera en la cual se debe llevar a cabo el control de convencionalidad que busca”¹¹.

En ocasiones se ha señalado que una fórmula genérica de control de convencionalidad en manos de los jueces nacionales genera el peligro de fragmentación jurisprudencial, a partir del abuso en el ejercicio de ese control que pudiera devenir arbitrario. Si esto sucediera se desconocerá el valor y propósito del control, que pretende alcanzar un resultado diferente: unidad e integración, no dispersión.

El hecho de que algunos jueces y tribunales carezcan de facultades para ejercer el control de constitucionalidad, no suprime ni disminuye su deber de observar y aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos¹².

Más allá de ciertas cuestiones doctrinales y conceptuales, lo verdaderamente relevante es asegurar a los potenciales justiciables que los tribunales aplicarán las mismas normas y criterios y que la resolución no quedará al arbitrio de un juez, es decir, que la decisión de una controversia será la misma independientemente de quién sea el juzgador llamado a conocer, en tanto todos entienden y aplican el Derecho interno a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

11 Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 616.

12 *Ibidem*, p. 604.

Los poderes judiciales tienen la obligación de interpretar los derechos y libertades reconocidos en el sistema jurídico nacional de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que implica que ninguna norma jerárquicamente inferior a éstos afecte el objeto y fin de protección de la persona, sin perjuicio de que se opte siempre por la norma que brinde mayor protección al ser humano en virtud del principio pro persona.

En el examen de esta materia, basado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso tomar en cuenta, de manera precisa y completa, tanto el carácter de este tribunal como intérprete oficial y final de la Convención Americana –por mandato de este pacto, asumido por los Estados parte– como los términos de la jurisprudencia acerca del control de convencionalidad. En cuanto al primer punto, es claro que los tribunales nacionales deben atenerse a los pronunciamientos de aquella Corte, aunque ciertamente pueden adoptar interpretaciones más favorables a la protección del individuo, ampliación en el espacio de los derechos y las libertades, con sentido pro homine, o habrán de emprender su propia interpretación de los textos convencionales cuando no lo haya hecho la Corte Interamericana.

En cuanto al segundo punto, vale recordar que este tribunal ha instado a los órganos judiciales nacionales a llevar a cabo el control difuso de convencionalidad ex officio, en los términos de su competencia (que es materia del fuero interno sujeto al principio de legalidad, tanto en sentido formal como material) y conforme a los procedimientos aplicables (que también son materia del orden interno sujeto al principio de legalidad –formal y material–). En tal virtud, los Estados deben definir esa competencia e instituir tales procedimientos. De lo contrario menoscabarian gravemente la tutela de los derechos del ser humano. Para que opere con racionalidad y eficacia el control de fuero interno –condición de justicia y seguridad– es menester colmar los vacíos legislativos en forma suficiente y expedita. La omisión del legislador puede traer consigo perjuicio grave para los individuos o soluciones cuestionables desde la perspectiva del Estado constitucional y democrático de Derecho (legalidad y división de poderes –o mejor dicho, división de funciones entre poderes del Estado–).

Por supuesto, “el control de convencionalidad es una expresión de un sistema de recepción nacional (...) No debe convertirse en fuente de incertidumbre e inseguridad bajo la capa de proteger derechos humanos. Debe operar como factor de construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia efectiva de los derechos y la armonización del ordenamiento regional (interamericano) con vistas a la formación de un *ius commune*”¹³.

13 Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ ..., *op. cit.*, p. 467.

1. El caso de México

El primer paso para el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano, particularmente respecto a la obligación de ejercer el control de convencionalidad¹⁴, se dio en el expediente Varios 912/2010¹⁵.

En el párrafo 20 del citado engrose se sostuvo que “los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad”.¹⁶ Y en el párrafo 51 se precisó: “en relación al párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y dados los alcances de esta resolución dictada por este Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte”. Del expediente Varios 912/2010 surgieron diversas tesis aisladas relevantes para esta materia¹⁷.

En torno a este nuevo sistema de control constitucional-convencional que se está instaurando en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN o Suprema Corte) señaló que el sistema se integra, en primer término, por el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control (acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto) y, en segundo término, por el control que realizan el resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Así, en el mismo sentido que se señaló, la SCJN reconoce que se trata de “un sistema que es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional”¹⁸.

14 Dichas sentencias son: *Caso Radilla Pacheco*, cit., párrs. 339 y 340; *Caso Fernández Ortega y otros*, cit., párrs. 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y otra*, cit., párrs. 219 y 220; *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, cit., párr. 225 y 233.

15 Un análisis más amplio en la materia se encuentra en García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 245-274.

16 <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>.

17 Dichas tesis pueden verse en García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 275-294.

La SCJN también advierte que “durante su operación, la misma Suprema Corte y el Legislador revisen respectivamente los criterios y normas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación”.

Asimismo, la SCJN indica que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas¹⁹.

Para concretar por vía judicial el nuevo sistema de control constitucional-convencional en México, se estimó necesario –en el expediente Varios 912/2010– que un ministro solicitara, la modificación de los criterios en los que se excluía el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, con base en una interpretación cuestionable del artículo 133 de la Ley Suprema.

Para este fin, el ministro Presidente Juan N. Silva Meza presentó la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, respecto de las jurisprudencias P./J. 73/99 y 74/99 de los rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”; “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Dicha solicitud fue discutida el 24 y el 25 de octubre de 2011²⁰.

En el engrose de esta Modificación de jurisprudencia se sostuvo que “los jueces del Estado Mexicano al conocer de los asuntos de su competencia deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en esa Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan preverse en los ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia”²¹.

Posteriormente al expediente Varios 912/2010, han surgido otros criterios en torno al control de convencionalidad.

Así, se reiteró que “los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación (pero también de las entidades federativas), ante la violación de los derechos humanos,

18 Rey Cantor sostiene que el control de convencionalidad en sede interna es un tipo de control difuso y el control de convencionalidad en sede internacional es un tipo de control concentrado a cargo de la Corte Interamericana. *Control de Convencionalidad*, op. cit., pp. 48 y ss.

19 Engrose del Expediente Varios 912/2010..., cit.

20 Las versiones estenográficas correspondientes a los días 24 y 25 de octubre de 2011 pueden consultarse en Cfr. http://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver_taquigraficas.aspx.

21 Se puede consultar el engrose en <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>.

deben ejercer el control de convencionalidad difuso (...) para hacer eficaz la protección de los derechos humanos, el control de convencionalidad difuso debe ejercerse de oficio por los citados órganos porque, de lo contrario, los convenios, pactos o tratados sólo constituirían documentos sin materialización de su contenido, con la consecuente generación de inseguridad jurídica, toda vez que el gobernado tendría incertidumbre sobre la normativa aplicable (...)”²².

En suma, “las autoridades judiciales deben efectuar un control de convencionalidad ex officio en el marco de sus atribuciones y, por ende, deberán inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte”²³.

Resulta interesante la siguiente tesis, que pone en evidencia las graves complicaciones que puede generar un control difuso de convencionalidad, cuando no se cuenta con la suficiente claridad legal y procesal para su implementación:

Todos los juzgadores deben ejercer un control de convencionalidad ex officio del orden jurídico, conforme al cual pueden inaplicar una norma cuando ésta sea contraria a los derechos humanos contenidos en la propia Ley Fundamental, en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, si el Juez no advierte oficiosamente que una norma violente los derechos humanos mencionados, a fin de sostener la inaplicación de aquélla en el caso concreto, dicho control de convencionalidad no puede estimarse

22 [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5; Pág. 4321. Control de convencionalidad difuso. Debe ejercerse de oficio por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

23 [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2; Pág. 1100, Control de Convencionalidad ex officio. Los Tribunales Colegiados de Circuito, en el marco de su competencia, deben efectuarlo respecto de los preceptos de la Ley de Amparo. Otros ejemplos de ejercicio del control de convencionalidad se reflejan en las tesis siguientes: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1823, Control de convencionalidad ex officio. El artículo 39, segundo párrafo, del reglamento interior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en determinado supuesto, viola el principio de acceso efectivo a los medios de defensa previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que debe ser desaplicado. [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3; Pág. 2218, Suplencia de la queja en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido en el juicio de amparo en materia penal. Opera conforme al control de convencionalidad (inaplicabilidad del artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo y de las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./j. 26/2003). [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1822. Control de convencionalidad de una norma general, a través del juicio de amparo directo. Sólo es viable cuando ésta se ha aplicado en el acto reclamado o con motivo de una violación procesal. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2, p. 1825, Control de convencionalidad y no de constitucionalidad en el amparo directo. Cuando se cuestiona la validez de una disposición de observancia general.

que llega al extremo de que el Juez del conocimiento deba oficiosamente comparar y analizar en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, puesto que ello haría ineficaz e irrealizable el desarrollo de la función jurisdiccional, en detrimento del derecho humano de acceso a la justicia por parte de los gobernados, con la consecuente afectación que ello significa (énfasis añadido)²⁴.

Este criterio implica riesgos a la seguridad y certidumbre jurídica de los gobernados en virtud de los conocimientos diferenciados que pueden tener los jueces sobre el Derecho internacional de los derechos humanos; es decir, si un juez tiene escaso conocimiento de los derechos humanos y de los compromisos supranacionales que México ha contraído en esa materia, difícilmente podrá “advertir oficiosamente” si una norma secundaria violenta dichos derechos o compromisos.

También se han producido tesis que podrían generar confusión:

(...) el control de convencionalidad, en su modalidad de difuso, si bien es cierto que se ejerce por todas las autoridades públicas, tratándose de violación a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, también lo es que se circunscribe al deber de analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos que establece la Carta Magna y los tratados internacionales, así como orientados por la jurisprudencia que sobre el tema sustente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a la fuerza vinculatoria de la normativa convencional, lo cual genera la consecuencia de permitir o no la aplicabilidad de alguna disposición a un caso en concreto (énfasis propio)²⁵.

La tesis contiene una afirmación que se aleja del expediente Varios 912/2010 ya que es el principio pro persona el que, según la SCJN, debe ser ejercido por todas las autoridades. El control de convencionalidad con efectos de inaplicación sólo es potestad de los tribunales federales y locales. Aquí se podría preguntar si el control de convencionalidad debería ejercerse sólo por las autoridades que formalmente ejercen facultades jurisdiccionales o también por las que materialmente realizan estas actividades. Esto también se vincula con la referida decisión de la Corte Interamericana por la cual extiende el deber de ejercer el control de convencionalidad a los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.

24 [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4334, Derechos humanos. El control de convencionalidad ex officio que están obligados a realizar los juzgadores, no llega al extremo de analizar expresamente y en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano.

25 [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4319. Control constitucional y control de convencionalidad difuso. Sus características y diferencias a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

III. Prospectiva

La relevancia del control de convencionalidad debidamente implementado resalta cuando se toman en cuenta las implicaciones o consecuencias de la inobservancia del Derecho internacional de los derechos humanos por la jurisdicción interna: “la aplicación del DIDH omitida por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la practicada por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional²⁶”.

Algunos Estados americanos han tenido un avance significativo en esta materia, incluso se ha logrado una relevante implementación del control de convencionalidad en sede interna²⁷ sin que, en contra de esos Estados se haya emitido una sentencia de la Corte Interamericana que así lo disponga. Es más, previamente al nacimiento formal del control de convencionalidad en el Caso Almonacid Arellano²⁸, existían criterios en donde se había aplicado el control de convencionalidad según reconoce la misma Corte Interamericana²⁹.

Por otra parte, la jurisprudencia interamericana no se ha pronunciado necesariamente por un modelo concentrado o difuso de control de constitucionalidad, aunque es claro que mira con simpatía en esta última dirección. La decisión, finalmente, corresponde a cada país en función de sus propias circunstancias y de la mejor protección de los derechos humanos.

Hay que recordar que el control de convencionalidad, “de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener –como ha sucedido

26 García Ramírez, *El control judicial interno...*, op. cit., p. 19.

27 Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, cit., párrs. 226-232.

28 Aunque como se comentó, uno de los autores de este artículo introdujo, desde 2003, el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cfr. *Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Myrna Mack Chang* del 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

29 Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII; Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6; Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana; Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6; Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”³⁰.

Otra opción para organizar el control de convencionalidad es a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay “costumbre de control concentrado”³¹ y escaso manejo del Derecho internacional, además de “vientos de fronda” que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia.

Estas consultas podrían operar de manera similar a las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad, previstas en algunos ordenamientos, que implican elevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento acerca de la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma, y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano que podría ser el más alto tribunal, para asegurar la armonía de la jurisprudencia y su adecuada inscripción en el *jus commune* que se aspira a construir en América³².

En México, la decisión ha sido tomada, al menos jurisdiccionalmente: tenemos un sistema mixto o híbrido de control de constitucionalidad-convencionalidad. El control de convencionalidad es ejercido por todos los jueces, existiendo solamente una diferencia de efectos: inaplicación en caso concreto o declaratoria general de invalidez; esta diferencia está en función del tipo de juez que conozca del caso concreto.

Sin embargo, en México, el control de convencionalidad está pendiente de tratamiento legislativo, que pudiera estimarse necesario por parte del Congreso de la Unión. Por lo que es perfectamente posible que el legislador organice un régimen de consultas que pudiera favorecer la unidad de interpretación y favorecer la seguridad jurídica.

La Corte Interamericana ha resaltado en sus sentencias que el control de convencionalidad debe ejercerse bajo el principio de legalidad, es decir, según las competencias internas y conforme a los procedimientos instituidos para tal efecto. A partir de la sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, el tribunal supranacional dejó claramente sentada la fórmula que reiteraría en posteriores sentencias, entre ellas las concernientes a México, y que conviene retener, estudiar y aplicar a la hora de establecer el imperio y las modalidades del control judicial interno de convencionalidad.

Esa fórmula previene: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre

30 *Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, cit., párr. 12.

31 García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 262-270 y 283-294.

32 García Ramírez, Sergio, *Control judicial de convencionalidad...*, op. cit., p. 53.

las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”³³.

En suma, hay datos a considerar si se quiere atender con fidelidad y rigor las determinaciones de la Corte Interamericana:

- a) Control judicial de convencionalidad para establecer la conformidad entre la norma internacional y nacional (no hay salvedad sobre el carácter de la norma interna: legal o reglamentaria);
- b) Control a cargo de los órganos judiciales, no de los administrativos. Aunque no hay que olvidar el giro en la jurisprudencia interamericana que incluye a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”;
- c) Control ejercido de oficio, motu proprio por el órgano que cumpla esta función, sin necesidad de requerimiento o instancia de una parte procesal, lo cual pone en movimiento, asimismo, el principio *jura novit curia* y la suplencia frente a la deficiencia de la queja;
- d) Control ejercido en los términos de la competencia del órgano que pretende realizarlo (y que debe estar facultado, en consecuencia, para esta misión: principio de legalidad en cuanto a las atribuciones específicas del juzgador);
- e) Control cumplido conforme a un procedimiento regulado (que debe hallarse previsto, para ese efecto, en la ley: principio de legalidad a propósito del procedimiento)³⁴.

Por ello se ha insistido en la apremiante necesidad de que el órgano legislativo en México formule, con el mayor cuidado, las disposiciones a las que debe sujetarse el control de convencionalidad. El cimiento está puesto en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, que han debido abrir el camino en ausencia de normas legales, para animar el cumplimiento del control de convencionalidad y la preservación de los derechos de las personas.

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas –bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos–, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa o condenatoria que, en su

33 *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, cit., párr. 128.

34 García Ramírez, Sergio, *Control judicial de convencionalidad...*, op. cit., (presentación).

caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana, cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que hayamos aludido a un control propio, original o externo.

Ahora bien, como se ha dicho, el control interno de convencionalidad implica la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales– para verificar la congruencia entre actos internos –así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera– con las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos.

El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza.

En el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado –deliberadamente– por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación. Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación –nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso sub judice– se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.

¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga el caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo? La respuesta es afirmativa, enfáticamente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja.

Lo que resultaría impertinente es que el control interno de convencionalidad entrara en colisión con el control supranacional de convencionalidad (salvo en los casos, ya señalados, en que aquella mejore los términos de ésta) o actuara al margen de los principios y objetivos del control de convencionalidad³⁵.

35 *Ibidem*, pp. 30-31.

Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance erga omnes. Es decir, puede fijar criterios provisionales, inter partes, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconvencionalidad”, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales. En todo caso, el control de convencionalidad realizado en el ámbito interno, queda siempre sujeto a la posibilidad de verificación por parte de la Corte Interamericana. Un control de convencionalidad deficiente o nulumamente ejercido puede traer consigo o refrendar violaciones a los derechos humanos que sean conocidas, posteriormente, por la Corte Interamericana generando responsabilidad internacional para el Estado mexicano. Por ello es relevante su adecuado ejercicio y para ello es necesaria la plena capacitación de todos los operadores jurídicos.

El control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público³⁶.

Las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos –instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna– que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El Derecho internacional de los derechos humanos es el “piso” de los derechos, no el “techo”. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio pro homine, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana.

Finalmente, hay que reiterar que el control judicial interno de convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso, concepto fundamental de los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. El juzgador es la pieza central del acceso a la justicia y el despacho de ésta a través del debido proceso. Las características y el papel de éste frente al individuo que reclama su derecho –o pretende reclamarlo– se hallan en el artículo 8 de la Convención Americana.

En consecuencia de lo anterior, es preciso examinar el órgano investido de atribuciones jurisdiccionales, sea un ente formalmente judicial, sea uno de diverso carácter o denominación, pero dotado de atribuciones materialmente jurisdiccionales. Esto reviste interés específico en lo que respecta al eventual control por parte de órganos jurisdiccionales que actúan en su propio ámbito de competencia previsto por la normativa doméstica.

36 *Ibidem*, pp. 10-12.

Aquí queda a la vista el doble papel del juzgador: por una parte, es el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligaciones de los contendientes; por la otra, es garante de los derechos humanos: protector de éstos en cuanto a las personas que participan –o lo pretenden– en el enjuiciamiento.

Sobre el control judicial de convencionalidad se proyecta el debido proceso, que es un concepto dinámico, expansivo que debe estar presente en cualquier contienda en la que interviene un órgano del Estado para conocer cargos penales o resolver derechos y deberes en otras materias. Ese órgano debe satisfacer las condiciones del juez natural al amparo de esa misma norma. De él se reclaman, por lo tanto, independencia, imparcialidad y competencia.

El juez natural –ha dicho la CorteIDH– es un presupuesto del debido proceso, no sólo un elemento. En su ausencia, no existe verdadero proceso: decae el conjunto de formas practicadas –enjuiciamiento aparente– y carece de validez la supuesta sentencia, instalada en ese precario cimiento.

Este punto se ha planteado a propósito de la jurisdicción militar, tema frecuentemente explorado por la CorteIDH y últimamente suscitado en casos concernientes a México. Un juez incompetente (militar) no puede ejercer, válidamente, el control de convencionalidad, salvo para declinar su competencia. El juez competente (ordinario) debería desechar inmediatamente la competencia del militar y, en general, de las autoridades de este fuero, para investigar y juzgar³⁷.

Los riesgos son muchos. Un paso en falso de la jurisdicción interna en el terreno del debido proceso comprometería o desacreditaría el control interno de convencionalidad: más aún, incrementaría los puntos cuestionables ante la justicia supranacional: primero, la confrontación entre el acto combatido y la norma internacional; y luego –precisamente a propósito de la figura del juez na, la inoperancia del juzgador que se avino a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad cuyo primer tema es la incompetencia de quien preside la investigación y el proceso.

En suma, los riesgos son muchos y los retos obligan a que los Estados actúen de forma inmediata para la efectiva protección de los derechos humanos a fin de caminar hacia una justicia constitucional con orientación pro persona. Debemos esperar la construcción que del control de convencionalidad se haga en cada país. Los dilemas que se presenten deberán ser superados –o al menos eso se espera– de la manera que mejor garantice los derechos en nuestra América.

37 García Ramírez, Sergio, *Control Judicial de Convencionalidad*, op. cit., p. 48. Para ahondar en las decisiones de la Suprema Corte en torno al fuero militar cfr. García Ramírez y Morales Sánchez, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 250-253 y 270-274.

APUNTES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Rubén Hernández Valle

SUMARIO: I.- La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la CIDH en las legislaciones internas de los países latinoamericanos. 1. La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos en las legislaciones internas. 2. El valor jurídico de la jurisprudencia de la CIDH en las legislaciones internas. II.- El control de convencionalidad. 1. Los hitos jurisprudenciales. 2. Fundamentos jurídicos del control. 3. Órganos legitimados para ejercer el control. 4. La materia sujeta al control. 5. El parámetro del control. 6. Los efectos del control. 7. Control de constitucionalidad y control convencional e interpretación conforme a la Convención.

I. La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la CIDH en las legislaciones internas de los países latinoamericanos

1. La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos en las legislaciones internas

El grado de incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de derechos humanos varía en cada ordenamiento.

En la mayoría de los países los tratados sobre derechos humanos tienen rango normativo inferior a la Constitución, por lo que se incorporan al ordenamiento jurídico interno como una norma más sin ningún privilegio para su aplicación judicial.

En Guatemala se da una situación muy particular, pues los tratados relativos a derechos humanos, por mandato constitucional expreso, tienen rango superior a la Constitución. Por tanto, son directamente aplicables para tutelar los derechos de los habitantes en ellos reconocidos, con preferencia sobre la legislación ordinaria e inclusive sobre los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional.

En el ordenamiento costarricense, los instrumentos y tratados sobre derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en materia de amparo y la jurisprudencia constitucional ha establecido que en caso de conflicto entre la norma de un tratado y una disposición constitucional, se aplica la norma más favorable al recurrente.

Es conveniente subrayar que al hablar la Constitución costarricense de instrumentos internacionales ha ensanchado la incorporación de derechos humanos dentro de su ordenamiento a los contenidos en aquellos tratados que, aunque suscritos por el Poder Ejecutivo, no han sido aprobados por la Asamblea Legislativa ni ratificados posteriormente por aquél. Verbigracia, los Convenios de la OIT en materia de derechos sindicales y laborales que fueron suscritos por el Ejecutivo, pero todavía no han recibido la correspondiente aprobación legislativa.

En otras legislaciones, como la peruana, el contenido y el alcance de los derechos fundamentales debe interpretarse en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos.

En otros términos, en este caso los tratados sobre derechos humanos sirven como criterio de interpretación obligatorio para los órganos encargados de tutelar los derechos fundamentales de los habitantes.

En Colombia, la Constitución de 1991 establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen sobre el derecho interno. Los derechos y deberes consagrados en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados ratificados por el Estado colombiano.

En la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional.

La Constitución chilena en su texto vigente, establece la obligación del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como los incluidos en los tratados ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

La Constitución paraguaya de 1992 implícitamente le otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, al establecer que sólo pueden ser denunciados por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional.

Finalmente, la Constitución de Venezuela de 1999 dispone que los tratados y convenciones relativas a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Esta es la disposición constitucional más completa en la materia, pues resuelve algunos de los problemas que surgen en la praxis cuando se analiza la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno.

Se puede concluir que existe una importante tendencia en los países latinoamericanos, cada vez más acentuada, de otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos una jerarquía superior a las leyes y a equiparar su jerarquía normativa a las disposiciones constitucionales.

2. El valor jurídico de la jurisprudencia de la CIDH en las legislaciones internas

En las sentencias de los tribunales internos se citan con frecuencia las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero sin que su criterio sea vinculante, aunque normalmente se respetan sus lineamientos jurídicos debido a su autoridad científica. Igual sucede con la jurisprudencia de la CIDH y, en menor grado, con la jurisprudencia de la Comisión Interamericana.

La legislación peruana establece la obligación de sus jueces de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales a la luz de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Es decir, en este ordenamiento las sentencias de los tribunales internacionales y, especialmente la jurisprudencia de la CIDH, sirve como instrumento interpretativo para los órganos titulares de la jurisdicción constitucional.

Otros tribunales, como la Sala constitucional costarricense, consideran vinculante la jurisprudencia de la CIDH, ya sea en el ejercicio de su competencia consultiva o contenciosa. Verbigracia, una opinión consultiva de la CIDH que estableció que la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista era incompatible con la Convención Americana a finales de los años ochenta, fue aplicada literalmente por la Sala Constitucional para declarar inconstitucional la Ley del Colegio de Periodistas que establecía esa obligatoriedad.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, desde 1995, incorporó la doctrina del bloque de constitucionalidad, dentro del cual incluye la jurisprudencia de la CIDH.

A partir de 1999 estableció que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos eran vinculantes para el Estado colombiano.

Finalmente, en otras legislaciones la jurisprudencia de los tribunales internacionales o inclusive de la misma CIDH, no tienen ni efectos vinculantes ni condicionan la aplicación de su normativa interna, como es el caso de Nicaragua y Venezuela por supuestamente oponerse tales resoluciones a los institutos de la cosa juzgada material y a la soberanía del Estado.

En resumen, no existe homogeneidad en las legislaciones latinoamericanas para reconocerle carácter vinculante a las resoluciones y jurisprudencia de la CIDH.

II. El control de convencionalidad

1. Los hitos jurisprudenciales

A pesar de lo dicho en el acápite anterior, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, del 26 de setiembre de 2006, la CIDH marcó un hito importante en la tutela de los derechos fundamentales en América Latina. En efecto, esa sentencia definió dentro del marco del Pacto de San José, el denominado control de convencionalidad a practicarse en lo sucesivo por los jueces nacionales.

Efectivamente, en el párrafo 124 de la sentencia se dijo lo siguiente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.

En el párrafo siguiente, es decir en el 125, la Corte agrega que “En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla está codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, de 1969.

Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos *La Cantuta vs Perú* del 29 de noviembre del 2006, considerando 173, y en *Boyce vs Barbados*, del 20 de noviembre del 2007, considerando 78. Sin embargo, en el caso de *Aguado Alfaro y otros vs Perú*, del 24 de noviembre del 2006, en el Considerando 126, la Corte precisó mejor su doctrina en la siguiente forma:

“Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”.

Esta doctrina sentada por la CIDH nos obliga a analizar todos los problemas y consecuencias jurídicas que derivan de ella, lo cual haremos en los siguientes acápitales.

2. Fundamentos jurídicos del control

De la jurisprudencia de la CIDH se concluye que los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad provienen del Derecho Internacional: a) el efecto útil de las obligaciones internacionales que deben cumplirse de buena fe y b) la imposibilidad de invocar el Derecho Interno para incumplirlas (art. 27 Tratado de Viena sobre los Tratados Internacionales).

Como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de todos los tribunales internacionales, las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe, lo que la doctrina denomina el efecto útil de los tratados internacionales.

Asimismo, el artículo 27 del Tratado de Viena sobre los Tratados y el principio del non stoppel prohíben que un país se sustraiga a las obligaciones internacionales contraídas alegando que disposiciones de Derecho Interno le impiden cumplir tales obligaciones.

Este último principio, sin embargo, tiene una excepción según el texto del artículo 47 del mismo Tratado, según el cual un Estado puede alegar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo estaba viciado por una violación evidente, en materia de competencia para celebrar el tratado, y ello afectara a una norma fundamental de ese derecho interno.

3. Órganos legitimados para ejercer el control

En primer lugar, la propia CIDH ejerce el control de convencionalidad cada vez que desaplica normas internas en sus resoluciones. A este control se le denomina control convencional en sede institucional.

El control también puede ser ejercido por los órganos jurisdiccionales de los países signatarios de la Convención.

A.- El control de convencionalidad ejercido por la CIDH

En primer lugar, tenemos el problema de si la Corte tiene facultades o no para interpretar y aplicar las normas del derecho interno de un Estado. La jurisprudencia de la Corte había señalado inicialmente que los órganos del sistema interamericano sólo tenían competencia para determinar si una ley o norma interna de un Estado es contraria a la Convención o a otros tratados interamericanos de derechos humanos aplicables, por lo que no pueden declarar que la misma viola los procedimientos de adopción de dicha ley o norma o la Constitución del Estado en cuestión (**Opinión Consultiva sobre Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A, número 13, párrafo 29**). Esa incompatibilidad no implica anulación, con efectos erga omnes, de la normativa nacional.

Sin embargo, en épocas recientes la posición de la Corte sobre este tema se ha flexibilizado, especialmente a partir de la sentencia sobre *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, en que estableció que la norma constitucional chilena que autorizaba la censura previa era “per se” contraria a la Convención, independientemente de que fuera aplicada. Se trata, en palabras de la Corte, de normas de aplicación inmediata, sea aquellas que afectan a los individuos por su sola vigencia (**Caso La Última Tentación de Cristo, sentencia de 5 de febrero del 2001, Serie C, número 73**).

La Corte ha ejercido control sobre normas constitucionales, en los casos de la Última Tentación de Cristo y de Trinidad y Tobago. También ha establecido la inconvencionalidad de proyectos de reforma constitucional (**Opinión Consultiva CR**) y ha declarado contrarias a la Convención normas legales (**Mauricio Herrera vs Costa Rica**).

Asimismo, en el caso *La Cantuta vs Perú* anuló leyes de amnistía con efectos erga omnes, actuando como si fuera un tribunal constitucional.

Es posible que en el futuro la jurisprudencia de la CIDH se enrumbe en este sentido, declarando la superioridad del Derecho Internacional sobre el derecho interno y anulando disposiciones internas con efectos erga omnes.

B.- Control de convencionalidad en el ámbito nacional

El control de convencionalidad en sede nacional es ejercitado, en principio, por todos los órganos encargados del control de constitucionalidad.

En los países en que existe simultáneamente un control difuso y concentrado o bien en aquellos ordenamientos que sólo arbitran un control difuso, el tema no ofrece mayores complicaciones.

El problema se plantea en aquellos ordenamientos en que existen jueces que no están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, pues éste se reserva de manera exclusiva a la Corte Suprema de Justicia o bien a un tribunal constitucional ubicado dentro o fuera de la órbita del Poder Judicial.

La solución en estos casos, pasa porque el asunto sea remitido al órgano encargado del control de constitucionalidad, mediante una consulta judicial de constitucionalidad en los ordenamientos donde exista.

Sin embargo, el problema subsiste en aquellos ordenamientos en que no hay un mecanismo procesal para que un tribunal ordinario consulte la constitucionalidad de las normas ante el órgano encargado de ejercer el control. En estos casos, habría que considerar, de manera pretoriana, que los tribunales ordinarios están legitimados para ejercer un control difuso de convencionalidad o bien que se arbitre un procedimiento ad-hoc para efectuar la consulta de convencionalidad. De esa manera se cumpliría con el efecto útil de la jurisprudencia de la CIDH en esta materia.

El control se puede ejercer a petición de parte, pero también de oficio antes de dictar sentencia.

En los casos en que normas internas impidan el control de convencionalidad, el juez podría declararlas contrarias a la CIDH y no aplicar las normas constitucionales o legales que niegan ese control.

Por otra parte, con frecuencia se producen conflictos entre la Constitución y los tratados sobre Derechos Humanos, pues éstos protegen mejor los derechos fundamentales de los ciudadanos que la primera o bien consagran derechos que aquella no contempla. Verbigracia, en numerosas Constituciones latinoamericanas no está consagrado el derecho de rectificación y respuesta, el cual se encuentra reconocido por el artículo 14 del Pacto de San José.

En algunas legislaciones, en que se predica la prevalencia del Derecho Constitucional sobre el internacional, el conflicto se resuelve mediante la aplicación del principio de preferencia de normas

Por tanto, lo que ocurre en materia de Derechos Humanos es que, en virtud del principio pro-homine, el juez constitucional está obligado a aplicar la normativa nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique, desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución.

En efecto, conforme al principio pro-homine, todo derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de Derecho.

De esa forma el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es alfa y omega de las normas jurídicas, por lo que éstas y, especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de pro libertatis, constituyen el meollo de la doctrina de los Derechos Humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Los tribunales constitucionales aplican este principio en su jurisprudencia en relación con los Derechos Humanos contemplados en los instrumentos internacionales vigentes en cada país en esa materia. En efecto, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido: a)...b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Este principio cobija también el denominado “principio de primacía de la norma más favorable a la víctima”, que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sólo la Constitución venezolana lo recoge expresamente en su artículo 23.

4. La materia sujeta al control

En una opinión consultiva de Costa Rica sobre un proyecto de reforma constitucional, la Corte estableció que el término ley debe interpretarse como sinónimo de cualquier norma del ordenamiento interno, por lo que, dentro de ellas, están incluidas también las de rango constitucional.

En dos de los hitos jurisprudenciales citados, *Almonacid Arellano* y *Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte habla escuetamente de normas jurídicas internas o simplemente de normas internas, con lo cual ratifica su doctrina sentada en la citada opinión consultiva.

En consecuencia, todas las normas internas están sujetas al control de convencionalidad (Constitución, leyes, sentencias, decretos, etc). Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales supremos o constitucionales cuando son vinculantes.

El tema cobra importancia cuando el control de convencionalidad se realice a nivel interno, pues podría ocurrir perfectamente que una norma subconstitucional sea contraria a la Constitución pero compatible con la CADH.

En este caso, a pesar de que la norma subconstitucional está exenta de vicios de inconstitucionalidad, no obstante puede ser objeto del control de convencionalidad.

5. El parámetro del control

El parámetro del control hace alusión a las disposiciones jurídicas que aplica la Corte en la resolución de los casos sometidos a su competencia, o como dice el artículo 63.2 de la Convención, la Corte “tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”.

Una interpretación literal de esta disposición convencional nos llevaría a la conclusión de que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional para resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Sin embargo, hay que matizar esta interpretación gramatical de la Convención y concluir que la Corte tiene competencia para utilizar otras normas del derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos para informar la interpretación de las normas contenidas en la Convención, así como para aplicar otros tratados interamericanos que le otorguen competencia a la Corte para supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos.

Respecto del primer tema, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que ese tribunal puede utilizar otros tratados internacionales de derechos humanos, como parte de un “corpus iuris internacional”, con el fin de fijar el contenido y los alcances

de las disposiciones de la Convención Americana (**Caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, número 63, párrafo 194**).

En otros casos, la Corte ha utilizado disposiciones internacionales no vinculantes, como el Protocolo de Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, también denominada Protocolo de Minnesota, para determinar el alcance la obligación del Estado de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva bajo la CADH (**Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 mayo de 1999, Serie C, número 52, párrafo 139**).

En cuanto a la segunda excepción existen, al menos, tres tratados interamericanos de derechos humanos que otorgan competencia a la Comisión y a la Corte para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados al ratificarlos. Se trata, en primer lugar, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada también como “Protocolo de San Salvador”, luego está la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y, en tercer lugar, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la “Convención de Belém do Pará”.

Adicionalmente debe citarse el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual aunque no dispone específicamente que la Corte es competente para supervisar el respeto de los derechos por ella garantizados, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que ella es competente para encontrar violaciones específicas de sus disposiciones y otorgar reparación (**Caso Paniagua Morales y otros, sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, número 37, párrafo 136**).

Otro aspecto que conviene analizar es si la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, conocida como la “Declaración Americana”, puede ser aplicada por la Corte.

El tema no ha sido objeto de discusión por la Corte hasta el momento. Sin embargo, nos parece que la respuesta es positiva a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la Convención, el cual regula las normas de interpretación que deben utilizar los órganos del sistema interamericano para determinar el alcance de los derechos contenidos en la Convención. Según este artículo “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de : a)...b)...c)...d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

La aplicación de la Declaración Americana cobra especial relevancia si se toma en cuenta que su aplicación permitiría garantizar la justiciabilidad de ciertos derechos

económicos, sociales y culturales que se encuentran reconocidos en ella y que, en cambio, no son objeto de tutela por parte de la Convención.

La Corte desde sus inicios ha establecido la praxis de citar y utilizar jurisprudencia de tribunales internacionales y de órganos internacionales de supervisión para informar la interpretación de la Convención.

Dentro de este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque evidentemente esa jurisprudencia no es vinculante para la Corte, lo cierto es que constituye una fuente importante de interpretación de la Convención para ella.

Hay un problema adicional que es necesario resolver y es el relativo al margen de apreciación nacional. Este problema se plantea cuando, en un caso concreto, la jurisprudencia de la CIDH define un artículo del Pacto de San José y admite en esa interpretación el uso de la doctrina del margen nacional, la cual distingue en todo derecho un núcleo duro no reducible ni negociable, y otro contenido, más maleable, en el que los Estados miembros pueden introducir variantes de contenido, atendiendo a conceptos jurídicos indeterminados, tales como buenas costumbres, moral pública, interés social, etc. En estos casos, la Corte diferencia entre el núcleo duro de la norma que no es negociable y su contenido contingente.

La jurisprudencia de la Corte sólo obliga a los Estados signatarios respecto de la interpretación que haga del núcleo duro de la norma que tutela el derecho fundamental acusado como violado, en tanto que la determinación de su contenido contingente sólo es vinculante para el país demandado en el caso concreto donde se realizó la respectiva interpretación.

Finalmente, está abierto el tema de si tratados como los Convenios de la OIJ, que reconocen derechos fundamentales en materia de trabajo, pueden ser aplicados por la Corte. Hasta el momento el problema ni siquiera se ha planteado.

6. Los efectos del control

Confrontación normativa que conduce a la inaplicación, aunque en el fondo tiene efectos anulatorios ex tunc, se asimila a la técnica procesal norteamericana de la desaplicación al caso concreto sin efectos erga omnes.

A.- La naturaleza jurídica de las sentencias en asuntos contenciosos

Dentro del ámbito del Derecho Procesal General, las sentencias acostumbran distinguirse en declarativas y constitutivas. Las primeras tienen como finalidad y

contenido la calificación jurídica de una determinada situación en relación a normas vigentes, es decir, son sentencias que constan la existencia de hechos o situaciones jurídicas preexistentes.

Las constitutivas tienen como finalidad modificar las situaciones de derecho existentes, creando, modificando o extinguiendo una determinada relación o situación jurídica.

Dentro de esta segunda categoría pueden encuadrarse las sentencias de la CIDH en los casos contenciosos, de conformidad con lo señalado en el artículo 63 del Pacto de San José, según el cual “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

En efecto, cuando la Corte constata que se produjo una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, modifica una situación jurídica preexistente, ya sea anulando una sentencia o estableciendo la obligación del Estado de reparar el daño irrogado a la víctima. Inclusive, la sentencia de la Corte puede establecerle al Estado demandado la obligación de modificar su ordenamiento interno con el fin de hacerlo compatible con la Convención. Verbigracia, la sentencia contra Chile en que se obligó a ese país a modificar su Constitución Política para eliminar la censura previa como contenido de la libertad de expresión.

B.- Los efectos de las sentencias estimatorias

Los efectos de las sentencias estimatorias en estos casos son variados, los cuales conviene analizar con algún detalle.

a.- Efectos secundarios

Las sentencias estimatorias de la CIDH están íntimamente relacionadas con el objeto de la resolución o de la norma sometidos a control, por lo que el principio procesal de “congruencia entre lo pedido y lo resuelto” exige que la Corte al declarar cuáles disposiciones normativas son incompatibles con la Convención, no exceda los límites de la impugnación.

Sin embargo, lo cierto es que a la CIDH le corresponde también declarar cuáles son las normas o actos cuya incompatibilidad con la Convención se deriva como consecuencia necesaria de la declaratoria realizada, dado que es ilógico que en el ordenamiento interno del país demandado subsistan normas secundarias o del mismo

rango de otras que han sido previamente eliminadas de él por ser contrarias a la Convención. La coherencia del sistema exige, en suma, que las sentencias estimatorias de inconvencionalidad surtan también efectos secundarios o reflejos.

Las hipótesis más frecuentes de incompatibilidad por conexión son las siguientes:

i.- Las disposiciones que resultarían inaplicables una vez que ha sido declarada incompatible la norma objeto del juicio

Esta hipótesis se produce en el caso de disposiciones promulgadas para actuar y ejecutar las normas contenidas en la ley que fue objeto del juicio ante la Corte.

Por ejemplo, cuando se declara incompatible una norma que autorizaba expropiaciones. En tal caso, las respectivas normas procedimentales devienen totalmente inútiles, por lo que deben eliminarse del ordenamiento junto con la norma impugnada.

ii.- Las disposiciones cuyo contenido coincida con el de la norma o normas que fueron objeto de la declaratoria de incompatibilidad

Esta segunda hipótesis hace referencia a aquellas disposiciones cuyo contenido, total o parcialmente, coincide con el de las normas declaradas incompatibles con la Convención. Por ejemplo, si la sentencia de la CIDH declara incompatible un principio tributario contenido en una ley del impuesto sobre los bienes inmuebles, las leyes en materia de renta o de valor agregado que contengan el mismo principio serán también incompatibles con la Convención.

iii.- Las disposiciones que resultan sin fundamento normativo como consecuencia de la declaratoria de incompatibilidad de la norma objeto del juicio y las demás normas o actos que se encuentren en relación inescindible con ellas por conexidad

El primer caso se presenta cuando la norma declarada incompatible haya servido de fundamento jurídico a otras normas. Por ejemplo, un reglamento fundado sobre una ley declarada incompatible con la Convención deviene también ilegítimo por carecer de fundamento jurídico válido, según el principio de regularidad jurídica. En esta hipótesis se produce un vicio de incompatibilidad sobreviviente.

La segunda posibilidad se produce respecto de los actos de ejecución de la norma declarada incompatible, los cuales carecerían de fundamento normativo válido para mantenerse vigentes en el ordenamiento. Por ejemplo, todos los acuerdos de nombramiento realizados con base en una ley declarada incompatible, los cuales estarían sujetos a una invalidez sobreviviente.

iv.- Cuando la Corte Interamericana determina, al examinar el caso concreto sometido a su jurisdicción, que alguna o algunas normas no impugnadas o cuestionadas por el recurrente, son también incompatibles con la Convención

En esta hipótesis, como tales normas no forman procesalmente parte del proceso ante la Corte, ésta se ve compelida a realizar la declaratoria de incompatibilidad por conexidad o consecuencia.

b.- Los efectos constitutivos y prospectivos de las resoluciones de la Corte en los procesos contenciosos

En general, las resoluciones estimativas que realiza la Corte tienen efectos prospectivos, dado que las sentencias y normas del país demandado declaradas incompatibles con la Convención mantienen su validez y vigencia hasta que no se produzca la respectiva declaratoria de incompatibilidad.

Sin embargo, en el caso concreto donde se planteó la incompatibilidad, la sentencia surte efectos retroactivos o de inaplicabilidad, pues de lo contrario no sería posible satisfacer las pretensiones de las víctimas.

La sentencia estimatoria de incompatibilidad declara la existencia de un vicio de la norma o de la resolución judicial impugnada y declara su inaplicabilidad al caso dentro del cual se planteó, además de derogarlos hacia el futuro con eficacia erga omnes.

c.- Los efectos retroactivos de la sentencia estimatoria en procesos penales y procedimientos administrativos sancionatorios

La sentencia de la Corte que declare una incompatibilidad de una norma del país demandado con la Convención tiene efectos retroactivos a favor del imputado y del condenado en virtud de un proceso penal o de un procedimiento sancionatorio administrativo.

Este principio se conoce como el de la hiperretroactividad, es decir, de una norma que tiene efecto retroactivo para favorecer a personas condenadas o imputadas en procesos penales o procedimientos sancionatorios administrativos.

Dentro de este orden de ideas, una persona que descuenta una pena de prisión y posteriormente una sentencia estimatoria declara que la norma que tipifica el delito es incompatible con la Convención, aquella recobra inmediatamente su libertad.

Si ya la persona condenada hubiera descontado la pena, en tal hipótesis queda abierta la posibilidad de exigirle al Estado responsabilidad por funcionamiento anormal del órgano legislativo.

En relación con los procedimientos administrativos sancionatorios, de carácter laboral, es evidente que habría que distinguir entre los que concluyen con amonestación, advertencia o suspensión sin goce de salario y aquellos otros que establecen la destitución del servidor.

Respecto de los primeros, los efectos de la sentencia serían los de eliminar cualquier antecedente del trabajador; en la segunda hipótesis, en cambio, además del derecho al pago de las indemnizaciones correspondientes, surge la duda fundada si no procedería también la restitución del funcionario a su puesto.

Es claro que, en ambos casos, corresponderá al juez ordinario determinar los efectos concretos de la sentencia estimatoria de incompatibilidad.

d.- El dimensionamiento de los efectos de la sentencia en el tiempo, en el espacio o la materia

Los tribunales internacionales tienen la facultad de dimensionar los efectos de sus sentencias estimatorias de incompatibilidad en el espacio, el tiempo o la materia. Para ello, pueden dictar las reglas que fueren necesarias para evitar que se produzcan graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Esta facultad de que disponen los tribunales internacionales de atemperar el efecto de sus sentencias estimatorias evita que posteriormente el juez ordinario del país demandado desaplique la sentencia, alegando la existencia de derechos adquiridos. De esa forma, los tribunales internacionales conservan el monopolio de establecer los efectos concretos, en cada caso, de sus sentencias.

Con suma frecuencia es necesario que los tribunales internacionales dimensionen los efectos de sus sentencias estimatorias en el tiempo. Por ejemplo, el efecto de la declaratoria de incompatibilidad de un tributo con la Convención puede ser modulado hacia el futuro, pues si se le otorgare efecto retroactivo podría colocar a las finanzas del país condenado al borde de la quiebra, al verse obligado a devolver cuantiosas sumas de dinero que no posee.

También el efecto puede modularse en el espacio. Verbigracia, una declaratoria de incompatibilidad que surta efectos sólo en determinados lugares del territorio del país condenado, como sería el caso de que se declare incompatible con la Convención una ley que establecía un impuesto a la exportación el banano sólo en algunas de las Municipalidades y no en todas en las que se cultiva esa fruta.

Finalmente, el dimensionamiento puede darse también respecto de la materia. Verbigracia, si un principio contenido en una ley de pensiones fuere declarado incompatible con la Convención, la CIDH podría dimensionar sus efectos en el sentido de que declaratoria sólo afectaría a quienes pertenezcan a un determinado régimen y no a los otros existentes.

7. Control de constitucionalidad y control convencional e interpretación conforme a la Convención

Esta pauta interpretativa deriva del carácter de orden normativo superior que tiene la CADH respecto de los ordenamientos constitucionales internos.

Según este principio, la CIDH y los tribunales internos deben abstenerse de hacer declaratorias de nulidad cuando la norma impugnada es susceptible de ser interpretada en armonía con la CADH.

De ahí se derivan dos corolarios importantes: primero, que existe una presunción de convencionalidad de la legislación interna en el sentido de que la Corte y los tribunales internos sólo deben hacer declaratorias de inconvencionalidad, absolutas o parciales, cuando exista más de una duda razonable sobre la contradicción de la norma interna y la Convención o la jurisprudencia de la Corte; segundo, que cuando sea posible realizar una interpretación de la norma impugnada que se compagine con la Convención o con la jurisprudencia de la Corte, el juez debe seguir este camino.

De ahí deriva el uso de las denominadas sentencias interpretativas, las cuales no declaran la incompatibilidad de la norma impugnada con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte, pero sí establecen cómo debe interpretarse la norma interna para no incurrir en contradicción con el bloque de convencionalidad.

Esta técnica interpretativa, sin embargo y bajo determinadas circunstancias, podría suplantar al legislador ordinario, puesto que por esta vía la Corte y los tribunales internos podrían, so pretexto de interpretar la legislación ordinaria conforme a la Convención, introducir normas ex novo en el ordenamiento jurídico.

Por ello, un jurista alemán ha sugerido una serie de presupuestos y límites del principio de interpretación conforme a la Constitución, que son también aplicables en el caso del Pacto de San José y la jurisprudencia de la CADH, que enumeramos de inmediato:

a.- Toda interpretación conforme a la Convención presupone, como algo evidente, que la norma en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las normas con un contenido unívoco son o bien compatibles o incompatibles con la Convención; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Convención que se sitúa entre ambos extremos.

b.- La interpretación conforme a la Convención “no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Convención”.

c.- No tiene sentido una interpretación conforme a la Convención, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.

d.- Las normas convencionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la legislación interna tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la CADH conforme al ordenamiento interno (**Simon**).

En el caso del ordenamiento costarricense, este criterio toma una relevancia especial, pues el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que el objeto de esa jurisdicción es, entre otros, “garantizar los principios y normas del derecho internacional o comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación”.

En el artículo 2, cuando se habla de los procesos constitucionales que regula la ley, se establece que la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad –consulta legislativa de constitucionalidad y consulta judicial de constitucionalidad– tienen como objeto ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas de cualquier naturaleza y sobre los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario.

En consecuencia, el juez constitucional costarricense no sólo aplica el principio interpretativo conforme a la Constitución, sino que en la interpretación de las normas constitucionales y subconstitucionales aplica también el principio conforme al Derecho Internacional y Comunitario vigente en la República.

Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha resuelto un problema jurídico muy interesante. En efecto, el hecho de pertenecer a una tribu de aborígenes no es considerado por la Constitución costarricense como una de las categorías que otorgan la nacionalidad por nacimiento, como ocurre en otras legislaciones.

Sin embargo, la Sala Constitucional mediante interpretación armónica de la Constitución, del Convenio 169 de la OIT y los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –especialmente los principios pro-homine y pro-libertatis– llegó a la conclusión de que nuestros aborígenes eran costarricenses por nacimiento (**Voto 1786-93**).

Por consiguiente, consideró que a tales personas no les eran aplicables las normas relativas a la obtención de la nacionalidad por naturalización, como había sido la praxis del Registro Civil hasta entonces. En criterio de la Sala, los aborígenes, que demuestren esa condición, tienen derecho a inscribirse como costarricenses por nacimiento.

Esta sentencia constituye un ejemplo concreto de la forma en como funcionara el control de conformidad convencional en las legislaciones internas.

EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE “AMPARO CONTRA HÁBEAS CORPUS” EN EL PERÚ

Berly Javier Fernando López Flores

Abogado egresado de la Universidad de Piura. Candidato a Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Postítulo en Derecho Procesal Constitucional otorgado por la PUCP y el Tribunal Constitucional del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

SUMARIO: **I.-** Introducción. **II.-** Fuente constitucional del “amparo contra hábeas corpus”. **III.-** La evidente o manifiesta vulneración u amenaza a los derechos constitucionales, excepto el de libertad individual. **IV.-** El carácter heroico o excepcional de su interposición. **V.-** Evalúa vulneraciones a los derechos constitucionales acontecidas en las etapas postulatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución de un proceso constitucional de hábeas corpus; así como en incidentes cautelares. **VI.-** Procede frente a amenazas o vulneraciones de todo tipo de derechos constitucionales, excepto el de libertad individual. **VII.-** Se habilita en resguardo de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional. **VIII.-** Puede ser promovido por un tercero, con interés jurídico relevante, que no participó en el hábeas corpus pero cuyos derechos han sido vulnerados; así como por el demandante de hábeas corpus que, por razones excepcionales, no interpuso el recurso de agravio constitucional. **IX.-** Se habilita en defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. **X.-** Resulta improcedente contra una demanda de hábeas corpus resuelta en última instancia por el Tribunal Constitucional. **XI.-** Conclusiones. **XII.-** Bibliografía.

I. Introducción

Quizás, no exista asunto procesal-constitucional más polémico y controversial, y por ello genera muchos apasionamientos en la comunidad jurídica, que la posibilidad de dejar sin efecto resoluciones judiciales (autos, decretos, sentencias) recaídas en procesos constitucionales a través del inicio de nuevos procesos constitucionales.

La polémica y controversia obedece a que esta posibilidad rompe con los esquemas o postulados de épocas pasadas que afirmaban la sacrosanta inmutabilidad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica que producían las mismas en el tráfico de derecho; amén de que se trataba de decisiones expedidas en procesos constitucionales, las cuales gozaban, al menos lingüísticamente, de confianza y credibilidad social, aunque en el fondo hayan sido expedidas con manifiesta vulneración a los derechos constitucionales.

El nuevo Estado Constitucional de Derecho, que postula la inexistencia de zona exenta alguna que escape al control constitucional, provee así herramientas y/o mecanismos procesales a través de los cuales es posible poner coto a las vulneraciones a los derechos constitucionales ocurridas al interior de procesos constitucionales.

Así, por un lado, los medios impugnatorios se constituyen en mecanismos procesales internos cuya finalidad es la revisión, anulación, modificación o revocación de resoluciones judiciales viciadas de errores in procedendo (formalidad del proceso) o errores in iudicando (decisión final del proceso).

De otro lado, los procesos constitucionales autónomos tienen por finalidad reconducir, reponer, corregir, restituir el trámite o la decisión final de otros procesos constitucionales por la senda del respeto a los derechos constitucionales de las partes en conflicto. En este esquema, un proceso constitucional penetra e influye –a través de la declaratoria de nulidad, inaplicabilidad o insubsistencia de resoluciones judiciales– en el trámite o la decisión final de otro proceso constitucional, a los efectos de purificarlo de vicios o irregularidades cometidas, adecuándolo a los nuevos estándares exigidos por el Estado Constitucional de Derecho que procura la expedición de resoluciones judiciales que sean producto fiel del respeto a los derechos constitucionales de las personas.

Es en este contexto, que cobra principal protagonismo el proceso constitucional de “amparo contra hábeas corpus”, el cual tiene como finalidad corregir eventuales vulneraciones a los derechos constitucionales de las personas, con excepción del derecho a la libertad individual, ocurridas en el trámite o en la decisión final de un proceso constitucional de hábeas corpus. Por este motivo, en aplicación al Principio de Corrección Funcional, los derechos vedette protagonistas en el “amparo contra hábeas corpus” solo serán los derechos constitucionales tutelables a través del proceso de amparo, y por dicha razón le son aplicables las reglas procesales (trámite, plazos, apercibimientos, providencias, etc.) acordes a ese proceso constitucional¹.

1 Cfr. López Flores, Berly. “Hábeas corpus y debido proceso (‘el cuasi amparo’): cuando la libertad individual ya no es más la vedette en los casos justiciables”. En revista *Gaceta Constitucional* N° 45. Sección especial del mes “Redefinición del ámbito protegido por el hábeas corpus”. 2011. Lima. pp. 33-39.

De esta manera, si en una demanda de amparo se verifica o se alega que es el derecho a la libertad individual el que ha sido vulnerado en un anterior proceso de hábeas corpus, por estar privado o restringido en su libertad el demandante, entonces el “amparo contra hábeas corpus” no prosperará, porque él no tiene la finalidad de proteger la libertad individual, siendo el mecanismo procesal pertinente en aquél caso el “hábeas corpus contra hábeas corpus”.

Advertida así la existencia del proceso constitucional de “amparo contra hábeas corpus” cuya finalidad es corregir eventuales vulneraciones a los derechos constitucionales de las personas ocurridas en el trámite o en la decisión final de un proceso constitucional de hábeas corpus, resulta necesario reconfigurar su contenido, explicar su finalidad y desarrollar sus presupuestos procesales a la luz de lo que significa la doctrina ya establecida del “amparo contra amparo” (STC N° 04853-2004-PA/TC y STC N° 03908-2007-PA/TC), el cual se constituye en fuente directa de este proceso constitucional.

II. Fuente constitucional del “amparo contra hábeas corpus”

Como bien sabemos, el Código Procesal Constitucional sanciona en su artículo 5 inciso 6 con la improcedencia de los procesos constitucionales cuando se pretenda cuestionar una resolución firme recaída en otro proceso constitucional.

Atendiendo a dicho dispositivo, se llegó a afirmar que dicha causal de improcedencia, se había incorporado con la finalidad de evitar el polémico y peligroso empleo del “amparo contra amparo” o del “amparo contra hábeas corpus”, así como sus diferentes variantes.

Empero, tras la aprobación del Código Procesal Constitucional e incluso antes de que éste fuese puesto en vigencia, sendas resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional dieron cuenta de casos en los cuales se articularon no solo “amparos contra hábeas corpus”², sino también otras clases de procesos constitucionales, tales como: amparos contra cumplimiento³, etc.

Y es que la eventual presencia de esquemas alternos (“amparo contra hábeas corpus”, “amparo contra cumplimiento”, etc.) responde en lo esencial a la posibilidad de que por medio estuviesen comprometidos resoluciones judiciales expedidas tras procesos constitucionales presuntamente considerados inconstitucionales; por lo que

2 Cfr. STC N° 2727-2006-PA/TC, caso Washington David Cruz Cervantes.

3 Cfr. STC N° 1975-2002-AA/TC, caso Municipalidad Metropolitana de Lima; STC N 194-2005-AA/TC, caso Seguro Social de Salud.

si existía un régimen especial dirigido a canalizar el “amparo contra amparo”, no existía ninguna razón en particular que impidiera que hipótesis similares como el “amparo contra hábeas corpus” pudieran ser habilitadas por la vía jurisprudencial⁴.

Así las cosas, es posible concluir que un proceso, como por ejemplo el de hábeas corpus, cuyo desarrollo o cuya resolución vulnera cualquier derecho constitucional es necesariamente un proceso irregular o un proceso indebido, pasible –por ello– de ser cuestionado a través de un proceso de “amparo contra hábeas corpus”⁵.

Atendiendo a la cotidianidad de la praxis judicial, es posible admitir pacíficamente que los jueces constitucionales que tramitan y resuelven procesos constitucionales, como el de hábeas corpus, se encuentran en la posibilidad real de vulnerar los derechos constitucionales, por ello es posible concluir que contra la resolución que emite el juez constitucional en un proceso constitucional que vulnera un derecho constitucional, procede interponer una demanda constitucional de “amparo contra hábeas corpus”. Y es que sostener su improcedencia, sería admitir que el juez constitucional no se encuentra en posición de vulnerar derecho constitucional alguno, lo cual sería un imposible: pretender la infabilidad del juez sería tanto como pretender la infabilidad humana, lo que ciertamente es un imposible⁶.

Cabe recordarse además, que todos los actos jurídicos tienen como presupuesto y condición de validez la observancia de los principios establecidos en la Constitución, en especial, la observancia de los derechos constitucionales. Esto significa que la omisión de tal exigencia conlleva a la invalidez de todo acto jurídico y su consiguiente nulidad⁷.

En consecuencia, a aquellas resoluciones judiciales (autos, decretos o sentencias) recaídas en procesos constitucionales que vulneren derechos constitucionales de las partes en conflicto, se les impondrá la misma sanción de nulidad o invalidez, por ser actos contra Constitucione.

Y ello es así, toda vez que en el Estado Constitucional de Derecho la única solución judicial acorde con el valor de persona humana, fin en sí misma, es la solución justa.

4 Sáenz Dávalos, Luis. “Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del TC”. En el *Amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*. Palestra Editores. Lima. 2007. p. 94.

5 Castillo Córdova, Luis. El tribunal constitucional como creador de derecho constitucional. En el *Amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*. Palestra Editores. Lima. 2007. p. 20.

6 Castillo Córdova, Luis. op. cit. p. 22-23.

7 Mendoza Escalante, Mijail. “Amparo contra amparo: la reparación de lesiones de derechos fundamentales en un proceso de amparo”. En el *Amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*. Palestra Editores. Lima. 2007. p. 231.

Y si la justicia tiene que ver con dar a cada uno lo que le corresponde, la decisión justa tiene que ver con dar a cada quien lo que le es debido, y lo debido para el hombre es siempre el respeto de sus derechos reconocidos jurídicamente. Cuando se vulnera un derecho constitucional se habrá agredido el valor justicia y, consecuentemente, se habrá vulnerado el debido proceso en su dimensión material, lo que hace procedente una demanda de “amparo contra hábeas corpus”⁸.

Por lo expuesto, el proceso constitucional de “amparo contra hábeas corpus” viene a constituir una respuesta jurisprudencial al problema de la reparación de los vicios procesales consistentes en la lesión de derechos constitucionales al interior de un proceso constitucional⁹.

Actualmente, el marco jurisprudencial de este proceso constitucional lo conforman las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Exp. N° 04853-2004-PA/TC, caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, y N° 03908-2007-PA/TC, caso Provías Nacional, las cuales conjuntamente reconocen la existencia de una serie de presupuestos procesales específicos para la procedencia del “amparo contra hábeas corpus”:

- a) Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta.
- b) Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del hábeas corpus y del amparo corrector sean las mismas, salvo habilitación especial del tercero.
- c) Resulta pertinente tanto contra sentencias desestimatorias como contra las estimatorias de un proceso de hábeas corpus (fase decisoria).
- d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos, con excepción del derecho a la libertad individual que es protegible a través del “hábeas corpus contra hábeas corpus”.
- e) Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional en materia de hábeas corpus.
- f) Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional de hábeas corpus y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del demandante de hábeas corpus que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional.

8 Castillo Córdova, Luis. op. cit. p. 20.

9 Mendoza Escalante, Mijail. op. cit. p. 230.

g) Resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de hábeas corpus.

h) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.

i) Procede incluso cuando el proceso de hábeas corpus se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas distintas a la decisoria, como por ejemplo: la fase postulatoria, la impugnatoria y la de ejecución de sentencia.

III. La evidente o manifiesta vulneración a los derechos constitucionales

Esta vulneración a los derechos constitucionales al interior de un proceso de hábeas corpus, se puede producir cuando el órgano del Poder Judicial –Juzgado, Sala Superior o Sala Suprema– resuelve amparando por exceso un derecho constitucional, incorporando contenidos iusfundamentales que no le son propios al derecho constitucional invocado o, en su defecto, equiparando la existencia de un acto lesivo allí donde existe aplicación de la ley procesal correspondiente, ocasionando la vulneración a los derechos constitucionales.

En estos supuestos vulneratorios, se dice que existe una lectura expansiva realizada por el juez, extralimitando el contenido de un derecho constitucional, la que provoca la lesión de otro derecho constitucional que por causa de esa ampliación interpretativa resulta vulnerado¹⁰.

La alegada vulneración de un derecho constitucional al interior de un proceso de hábeas corpus debe ir acompañada pues de un mínimo soporte probatorio para que la vulneración sea tomada como seria y eventualmente existente. No caben alegaciones divagantes o presunciones de vulneraciones inexistentes. Todo lo que se exponga en la demanda deberá tener siempre y en todos los casos un correlato documentario.

En este contexto, si se aduce la vulneración a un derecho constitucional en la etapa decisoria de un proceso de hábeas corpus, mínimamente el demandante de “amparo contra hábeas corpus” deberá aportar como medio probatorio las sentencias constitucionales expedidas y exponer las razones por las cuales ellas le causan agravio a sus derechos constitucionales.

10 Caamaño Domínguez, Francisco. “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado ‘contra-amparo’”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 16. Núm. 47. Mayo-Agosto 1996. p. 142.

Por el contrario, si la vulneración del derecho se produce en fase impugnatoria del proceso de hábeas corpus, el demandante deberá acreditar la irregularidad cometida por el órgano judicial al no tramitar, rechazar o no elevar indebidamente su impugnación propuesta, adjuntando para estos efectos el auto que rechaza la impugnación formulada, los cargos de notificación de la resolución impugnada, etc.

De igual forma, si la vulneración del derecho constitucional acontece en fase de ejecución de sentencia de un proceso de hábeas corpus, se deberá acreditar mínimamente que lo resuelto en él, por lo general un auto, impide o estanca la ejecución en sus propios términos de una sentencia constitucional; o en su defecto la perturba o desnaturaliza al ejecutarse solo en algunos términos la misma¹¹.

Por último, cuando la vulneración del derecho constitucional se produce en fase postulatoria de un proceso de hábeas corpus, por ejemplo, cuando el órgano judicial admite, rechaza o deniega indebidamente una demanda, se deberá acreditar mínimamente que el admisorio o el rechazo de la demanda de hábeas corpus produce la vulneración de derechos constitucionales de las partes en conflicto.

IV. El carácter heroico o excepcional de su interposición por una sola vez

La habilitación del proceso constitucional de “amparo contra hábeas corpus” sólo debería operar por una sola y única oportunidad, y siempre que las partes procesales del hábeas corpus y del amparo corrector sean las mismas y éstas hayan participado en uno u otro proceso constitucional, pues de lo contrario se rompe la regla de la excepcionalidad, posibilitando a los terceros no intervinientes el inicio de un nuevo proceso constitucional.

Según lo expuesto, si bien puede admitirse que un amparo pueda ser utilizado como mecanismo corrector de un hábeas corpus, es evidente que tal esquema no puede desarrollarse ad infinitum. Precisamente, y en la idea de que no se produzca una sucesión en cadena de procesos constitucionales que traiga consigo el deterioro o la desnaturalización de una serie de principios, ha hecho bien el Tribunal en condicionar la procedencia del régimen a una sola y excluyente posibilidad¹².

11 Cfr. López Flores, Berly. “Ejecución de sentencias constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del ‘amparo contra amparo’”. En *Revista Gaceta Constitucional* N° 43. Sección análisis constitucional y procesal constitucional. Lima. 2011. p. 95-116.

12 Sáenz Dávalos, Luis. op. cit. p. 102.

Contrariamente a lo expuesto, una voz discrepante con la excepcionalidad del “amparo contra hábeas corpus”, afirma que en el ordenamiento constitucional peruano el amparo no ha sido concebido como un recurso, sino como un proceso y, por ello, procesalmente ha de proceder ahí donde concurran los requisitos formales y materiales que hagan procedente el proceso, además deberá proceder tantas veces como haga falta, y hará falta tantas veces como ocurra la vulneración de un derecho constitucional¹³. Por lo que limitar a una única vez el “amparo contra hábeas corpus” equivale a generar un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional, y ese ámbito exento de control sería la resolución del segundo proceso de “amparo contra hábeas corpus” tramitado con vulneración manifiesta del debido proceso¹⁴.

A estas afirmaciones discrepantes con la excepcionalidad del “amparo contra hábeas corpus”, habría que precisarles que la seguridad jurídica constituye un valor superior inherente al tráfico de derecho. En efecto, a través del valor seguridad jurídica, las partes intervinientes en un proceso constitucional, sea el que fuere, tienen la esperanza cierta de que la controversia constitucional llegue a su fin independientemente del resultado –favorable o desfavorable– que se obtenga. Esas son las reglas del tráfico de derecho: “que los procesos judiciales tengan un final previsible y produzcan certeza; y que además los cuestionamientos a ellos no se prolonguen indefinidamente en el tiempo”.

Nada produce más daño al tráfico de derecho que la posibilidad sucesiva, continuada y en cadena de promover procesos constitucionales con la finalidad de dejar sin efecto lo resuelto en otros procesos constitucionales, pues genera incertidumbre, desconfianza y descrédito en las decisiones judiciales. Por ello, resulta un imperativo establecer un límite cuantitativo a la interposición de las demandas de “amparo contra hábeas corpus” a una sola y única vez en sede nacional, independientemente de la irregularidad de su resultado final, posibilitándose solo la revisión en sede internacional de lo resuelto en la demanda.

Contrariamente a lo que sostenemos aquí, y para argumentar la posibilidad sucesiva, continuada y en cadena de promover procesos constitucionales, se ha afirmado que la vulneración del derecho constitucional que justifica la procedencia del primer “amparo contra hábeas corpus”, es distinta que la vulneración del derecho fundamental que justificaría la procedencia de un segundo “amparo contra hábeas corpus”. Al ser vulneraciones independientes y, por tanto, distintas, surge la necesidad de plantear amparos diferentes para conseguir el cese de la agresión en cada una de ellas, lo que admite la procedencia de un segundo “amparo contra hábeas corpus”¹⁵.

13 Castillo Córdova, Luis. op. cit. p. 27.

14 Ibidem. p. 31.

15 Ibid. loc. cit.

Lo afirmado, si bien denota claramente la bondadosa intención de proteger los derechos constitucionales a través de la promoción sucesiva de nuevos procesos constitucionales, sin embargo encuentra dificultades en su aplicabilidad práctica, lo cual genera incertidumbre, desconfianza y descrédito en las decisiones judiciales que se emitan.

En efecto, fácil es advertir que si tenemos un proceso de hábeas corpus (proceso madre), contra el cual se promueve un primer “amparo contra hábeas corpus”, la decisión que se tome en él determinará siempre la validez o invalidez del hábeas corpus madre. Lo mismo sucederá si sucesivamente se interpone un segundo “amparo contra hábeas corpus” o un tercer “amparo contra hábeas corpus”. Todos ellos influirán de alguna manera en el proceso anterior al que sirven de corrector. De manera tal que, en los hechos, no se tratan de vulneraciones independientes las unas y las otras, sino de vulneraciones conectadas o entrelazadas al proceso madre donde por primera vez se vulneró el derecho constitucional, pues todos los procesos sucesivos tendrán la vocación última de corregir o reencauzar el proceso madre.

Por tal motivo, el inicio sucesivo e indefinido de nuevos procesos constitucionales con la finalidad de cuestionar otros procesos constitucionales, genera incertidumbre, desconfianza y descrédito en lo resuelto en el proceso constitucional madre.

V. Evalúa las vulneraciones a los derechos constitucionales acontecidas en las etapas postulatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución de un proceso constitucional de hábeas corpus, así como en incidentes cautelares

Con la expedición de la sentencia de fecha 19 de abril de 2007 recaída en el Exp. N° 04853-2004-PA/TC el Alto Tribunal ratificó su tendencia jurisprudencial acerca de la posibilidad de cuestionar, por la vía constitucional del amparo, lo resuelto en otro proceso constitucional.

En aquella ocasión, sobre la base de lo ya establecido en anterior jurisprudencia sobre la materia, el Tribunal estableció nuevas reglas procesales y sustantivas para la interposición de una demanda de “amparo contra amparo” (y por extensión de “amparo contra hábeas corpus”, etc.), dejando en claro que este régimen procesal solo debía ser promovido para cuestionar o reclamar una sentencia (fase decisoria) recaída en otro proceso constitucional que se reputaba ilegítima o inconstitucional, por vulnerar algún derecho constitucional.

Posteriormente, la Alta Corte Constitucional expidió la sentencia de fecha 31 de agosto de 2009 recaída en el Expediente N° 04063-2007-PA/TC, en la cual se alegaba

en la demanda la situación de incumplimiento de una sentencia constitucional expedida por el Poder Judicial en un proceso de amparo.

Previamente al análisis de fondo de la sentencia, el Tribunal consideró que el caso planteado en la demanda calzaba dentro del régimen procesal del “amparo contra amparo” (y por extensión del “amparo contra hábeas corpus”), pues señaló expresamente que “aún cuando las citadas reglas del “amparo contra amparo” han sido configuradas bajo la lógica de que lo que se cuestiona en sede constitucional es una sentencia emitida en un anterior proceso constitucional, nada impide invocarlas cuando, como ocurre en el caso de autos, el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, incluso en la de ejecución de sentencia” (Fundamento 3).

La sentencia reseñada, constituye pues el reconocimiento oficial de la incorporación de una serie de contenidos al “amparo contra hábeas corpus”, cuyo objeto de control ya no es solo una sentencia constitucional (fase decisoria) recaída en un proceso de hábeas corpus, sino que incluso puede ser una resolución judicial (auto) expedida en fase postulatoria de un proceso constitucional en la cual se deniega, rechaza o admite irregularmente una demanda constitucional; o en la fase impugnatoria en la cual se deniega, rechaza u omite el trámite de una impugnación formulada; o en la fase de ejecución de sentencia en la cual se desnaturaliza, infringe o perturba una sentencia constitucional o se imponen apercibimientos irrazonables.

De esta manera, se aprecia que ha habido una modificación por adición a los contenidos ya establecidos por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC en relación al objeto de control en los procesos de “amparo contra hábeas corpus”¹⁶.

Sabemos bien, que este régimen procesal del “amparo contra hábeas corpus” nació y se desarrolló jurisprudencialmente influenciado por la necesidad de controlar las sentencias constitucionales inconstitucionales –estimatorias o desestimatorias– emitidas por autoridades judiciales en la tramitación de procesos constitucionales; control que se hacía necesario porque el obrar judicial -al ser un obrar humano- no estaba exento del error, y la sentencia constitucional al ser expedida por una autoridad tampoco estaba exenta del control constitucional; y porque además la tramitación de procesos constitucionales adolece en la actualidad de una magistratura especializada en lo constitucional que conozca sobre la aplicación de los particulares principios de esta especialísima materia¹⁷.

16 López Flores, Berly. “Ejecución de sentencias constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del ‘amparo contra amparo’”. En *Revista Gaceta Constitucional* N° 43. Sección análisis constitucional y procesal constitucional. Lima. 2011. p. 108.

Sin embargo, ni el anterior régimen procesal del “amparo contra hábeas corpus” proclamado en el Exp. N° 0200-2002-AA/TC, ni el actual régimen establecido en el Exp. N° 04853-2004-PA/TC advirtieron que un proceso constitucional se podía tornar en inconstitucional no solo con la expedición de una sentencia (fase decisoria) que vulneraba los derechos constitucionales, la doctrina o un precedente constitucional, sino que también se puede tornar inconstitucional con la expedición de un auto en las fases postulatoria, impugnatoria y de ejecución de un proceso constitucional.

Advertido ello, quedaba entonces en el limbo procesal, al no decirse dada al respecto, saber con qué mecanismo procesal se cuestionaban las resoluciones judiciales (autos) expedidas en las fases postulatoria, impugnatoria y de ejecución de un proceso constitucional que vulneraban los derechos constitucionales.

Resultaba claro que dichas resoluciones (autos) no podían ser cuestionadas a través del régimen general del “amparo contra resolución judicial” previsto en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, en vista que no habían sido expedidas en un proceso ordinario –civil, penal, laboral, administrativo, etc.– sino en un proceso constitucional, cuya posibilidad de cuestionamiento, por la vía del “amparo contra hábeas corpus”, no ha tenido amparo legal, sino jurisprudencial. Así las cosas, el cuestionamiento de una resolución judicial (auto) expedida en un proceso constitucional no podía ser sometido a un régimen legal bajo el cual no nació y que, por el contrario, vetaba su nacimiento, conforme lo dispone el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional.

Contrario sensu, el cuestionamiento de las resoluciones judiciales (auto) expedidas en las fases postulatoria, impugnatoria y de ejecución de un proceso constitucional solo podía ser canalizado a través del régimen procesal que posibilitaba tal cuestionamiento: el “amparo contra hábeas corpus”. Ello, por la vinculatoriedad y accesoriedad que tienen dichas resoluciones con el proceso constitucional de donde emanan.

a) Etapa postulatoria

Es posible que en fase postulatoria de un proceso de hábeas corpus se produzca la vulneración a los derechos constitucionales de las personas; y ello puede originarse cuando, por ejemplo, el órgano judicial admite, rechaza o deniega indebidamente la demanda constitucional, situación que deberá acreditarse mínimamente con la resolución judicial firme que admita o rechace la demanda de hábeas corpus, lo cual genera la vulneración a los derechos constitucionales de las partes en conflicto.

Estas vulneraciones pueden provenir de la expedición, por parte del órgano judicial, del auto admisorio de la demanda sin que se haya fundamentado, explicado o

17 Ibid. loc. cit.

dado cuenta en él acerca del cumplimiento de los presupuestos procesales del hábeas corpus.

Igual vulneración se produce cuando el órgano judicial impone o exige requisitos irrazonables, no previstos en la ley ni en la jurisprudencia constitucional, para admitir la demanda de hábeas corpus, situación que origina el rechazo de la misma y la consecuente vulneración del derecho de acceso a la justicia.

Uno de los primeros casos jurisprudenciales de “amparo contra hábeas corpus” planteado en fase postulatoria, lo constituye la resolución de fecha 27 de octubre de 2010 recaída en el Exp. N° 03477-2010-PA/TC, caso Victor Mateo Guisti, en el cual el demandante cuestionaba la decisión de declarar inadmisibile una demanda de hábeas corpus por no consignarse en ella la firma del demandante. En esta oportunidad, el Alto Tribunal desestimó por improcedente la demanda de “amparo contra hábeas corpus” señalando que:

“(…) el amparo contra hábeas corpus no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales (la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda de hábeas corpus), a menos que se aprecie un proceder manifiestamente irrazonable que como tal comprometa los derechos fundamentales de las personas, lo que en definitiva no ha sucedido en el presente caso, más aún cuando dicha declaratoria de inadmisibilidad no fue subsanada por el propio recurrente, según se aprecia a fojas 30 del cuaderno único donde obra la resolución judicial que absolvió su recurso de apelación” (Fundamento 3).

b) Etapa impugnatoria

Las vulneraciones en la etapa impugnatoria de un proceso constitucional pueden provenir de la inconstitucional tramitación de los recursos de apelación o de agravio constitucional interpuestos al interior de un proceso constitucional de hábeas corpus.

En estos casos, las vulneraciones a los derechos constitucionales pueden concretizarse a través de la exigencia irrazonable de requisitos para la interposición de los recursos de apelación y/o de agravio constitucional, como por ejemplo, exigiéndose la presentación de tasas o aranceles judiciales, obteniéndose como resultado la inadmisibilidad o rechazo del recurso planteado por no presentarse las mismas, situación que no se condice con el principio de gratuidad de los procesos constitucionales y vulnera el derecho a la pluralidad de instancia.

De igual forma, se produce la vulneración cuando el órgano judicial, a pesar de haber concedido oportunamente el recurso de apelación o de agravio constitucional, debido a la burocracia judicial interna de su despacho retarda en demasía la elevación

del expediente al superior en grado que resolverá el recurso planteado. Asimismo, se produce cuando el superior en grado, encargado de resolver el recurso planteado, demora en demasía la absolución del mismo, vulnerándose el derecho al plazo razonable de todo proceso judicial, situación que se agrava aún más si el demandante o favorecido con el hábeas corpus se encuentra privado o restringido en su libertad individual.

Otras vulneraciones pueden producirse cuando el órgano judicial realiza un computo errado sobre los plazos señalados en el Código Procesal Constitucional para la interposición de los recursos de apelación o de agravio constitucional, lo cual conlleva a conceder o denegar indebidamente los recursos, vulnerando de esta manera el derecho a la pluralidad de instancia y eventualmente el derecho al procedimiento preestablecido por ley y a la cosa juzgada.

c) Etapa decisoria

1. Sentencia estimatoria

Cabe recordar, que el demandado en un proceso constitucional de hábeas corpus solo podrá interponer un “amparo contra hábeas corpus” cuando la sentencia le es adversa o no le favorece, es decir, cuando la sentencia del hábeas corpus ha estimado la pretensión de su contra parte (el demandante).

Y es que por lo general, si la sentencia del hábeas corpus es estimatoria de la demanda, entonces el demandado podrá interponer el “amparo contra hábeas corpus”, siempre y cuando dicha decisión no haya sido conocida en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional.

La sentencia estimatoria de una demanda de hábeas corpus puede afectar los derechos constitucionales de una de las partes en conflicto, por ejemplo, cuando en ella se resuelven extremos o puntos no pedidos en la demanda, vulnerándose así el Principio de Congruencia Procesal. También, cuando se omite exponer en ella las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a estimar la demanda, vulnerándose con ello el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Asimismo, cuando se omite en ella valorar pruebas pertinentes que habían sido previamente admitidas por el órgano judicial, vulnerándose así el derecho a la prueba.

Es importante precisar que, si bien es cierto, en muchos casos una sentencia estimatoria de hábeas corpus conllevaría el levantamiento de la privación o restricción en la libertad del demandante o favorecido, ello no obsta que dicha decisión pueda ser controlada por la vía del “amparo contra hábeas corpus”, más aún si la decisión del hábeas corpus ha sido emitida de manera irregular o con vulneración a los derechos constitucionales de la contra parte.

Así las cosas, queda claro que la sentencia estimatoria de una demanda de hábeas corpus (reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo o conexo) puede ser cuestionada a través de la interposición de una demanda de “amparo contra hábeas corpus”.

De manera muy frecuente, se observa en la praxis judicial que, a través de procesos de hábeas corpus, es posible dejar sin efecto o declarar la nulidad tanto de investigaciones fiscales (hábeas corpus contra el ministerio público), como de procesos penales (hábeas corpus contra resolución judicial); por ello resulta coherente con el sistema democrático de derecho que dichas decisiones puedan ser controladas a través de un nuevo proceso constitucional, máxime si se agravan intereses relevantes o derechos de las partes procesales (el ministerio público, los jueces penales, los agraviados, la parte civil, el tercero civilmente responsable, etc.).

Un primer caso de “amparo contra hábeas corpus” planteado en fase decisoria, fue precisamente uno en donde se cuestionaba una sentencia estimatoria de hábeas corpus que dejó sin efecto una condena penal impuesta a don Leopoldo Cari Ortiz como autor del delito de abuso de autoridad. Así, en la sentencia de fecha 10 de abril de 2007 recaída en el Exp. N° 2727-2006-PA/TC, caso Washington Cruz Cervantes, el Alto Tribunal desestimó la demanda de “amparo contra hábeas corpus” señalando que:

“el proceso de amparo no es un medio impugnatorio a través del cual pueda prolongarse el debate originado en un proceso previo (así sea éste uno de naturaleza constitucional, como sucede en el presente caso); tampoco es un medio para corregir los eventuales errores (in procedendo e in iudicando) que en su tramitación se puedan haber cometido, a no ser de que entre medio se observe una violación de un derecho fundamental o el desconocimiento sobre su significado. En el caso de autos este Colegiado observa que el cuestionamiento sobre el acto reclamado no gira en torno al contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, sino sobre la validez del criterio jurisdiccional que sirvió para declarar fundado el hábeas corpus, donde se dictó la resolución judicial cuestionada” (Fundamentos 2 y 3).

Otro caso de “amparo contra hábeas corpus” planteado en fase decisoria, llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional, lo constituye la sentencia de fecha 7 de abril de 2010 recaída en el Exp. N° 1761-2008-AA/TC, caso Junta Directiva del Colegio de Notarios de Lima, en el cual se cuestionaba una sentencia estimatoria de hábeas corpus que dispuso el cese de todo acto administrativo en la investigación fiscal seguida en contra de don Luis Roy Párraga Cordero. En esta ocasión, la Alta Corte señaló que:

“la resolución cuestionada expresa suficientes fundamentos para estimar la demanda de hábeas corpus presentada por Luis Roy Párraga Cordero,

específicamente los efectos que tiene para la administración una resolución fiscal que dispone el archivo definitivo de las investigaciones respecto de determinados hechos” (Fundamento 32).

Un tercer caso de “amparo contra hábeas corpus” planteado en fase decisoria, lo constituye la resolución de fecha 8 de marzo de 2010 recaída en el Exp. N° 04885-2008-PA/TC, caso Manuel Pérez Paredes, en el cual se cuestionaba una sentencia estimatoria de hábeas corpus que dispuso el retiro inmediato de un cerco instalado que impedía el acceso a la propiedad de César Orellano Lamadrid. En esta ocasión la Alta Corte solo admitió a trámite la demanda de “amparo contra hábeas corpus” a los efectos de debatir la materia controvertida.

2. Sentencia desestimatoria

En la lógica de que el “amparo contra hábeas corpus” solo le es posibilitado al demandado, se ha afirmado, con criterio que no compartimos, que si el hábeas corpus no le es favorable al demandante, éste deberá recurrir ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de agravio constitucional. Se afirma así que, en la práctica, lo normal es que el “amparo contra hábeas corpus” no esté a disposición del demandante de hábeas corpus, sino más bien solo del demandado¹⁸.

Sobre el particular, debo confesar que al interior de la doctrina “amparo contra amparo” (y por extensión del “amparo contra hábeas corpus”), constituye un asunto muy debatible y polémico, la posibilidad de que ante una sentencia desestimatoria el demandante de hábeas corpus promueva directamente un “amparo contra hábeas corpus”, dejando de lado la interposición del recurso de agravio constitucional.

Lo expuesto, lleva pues a preguntarnos ¿si el “amparo contra hábeas corpus” resulta procedente para cuestionar sentencias desestimatorias de hábeas corpus, o es que para dicho fin se cuenta con el recurso de agravio constitucional?

Aunque el tema planteado, confieso, resulta debatible, y la Alta Corte Constitucional no ha abordado este debate, considero que el “amparo contra hábeas corpus” procede aún cuando estemos en presencia de una sentencia desestimatoria de hábeas corpus, siendo que en estos casos la interposición del recurso de agravio constitucional resulta opcional para el demandante.

En efecto, bien sabido es que en nuestra estructura procesal-constitucional el Poder Judicial es el garante natural de los derechos constitucionales, pues conoce de los procesos constitucionales en doble instancia y se le ha encargado la misión de proteger tales derechos, siendo que en su esfera jurisdiccional es muy común que puedan

18 Castillo Córdova, Luis. op. cit. p. 39.

emitirse decisiones estimatorias finales y últimas que, sin la intervención del Tribunal Constitucional, restituyen los derechos constitucionales vulnerados, adquiriendo la calidad de cosa juzgada.

De esta manera, atendiendo al diseño descrito, la interposición del recurso de agravio constitucional (antes llamado recurso extraordinario) y la participación del Tribunal Constitucional se convierten ambos en excepcionales, pues se habilitan para hacer frente a una situación particular donde existe una decisión desestimatoria de la demanda, destacándose el hecho que tal recurso solo está disponible para una de las partes (el demandante), y en ello radica lo extraordinario o excepcional del mismo. Es por ello, que considero no obligatoria la interposición del recurso de agravio constitucional, generándose así la posibilidad de acudir directamente al “amparo contra hábeas corpus” por ante el Poder Judicial. Ente a quien, al haber desestimado indebidamente la demanda, se le da la oportunidad de enmendar la irregularidad o error cometido a través del inicio de un nuevo proceso que cuenta con doble instancia, donde se producirá un debate amplio y con plena participación de los jueces demandados y demás interesados.

Queremos decir entonces que, ante una decisión desestimatoria de hábeas corpus, la fórmula del “amparo contra hábeas corpus” resulta ser más tuitiva de cara a proteger los derechos de todos los intervinientes en el proceso de hábeas corpus. Dos ejemplos apoyarán aún más nuestra posición:

Supongamos, que presentándose una demanda de hábeas corpus en un momento en que un precedente vinculante de la Alta Corte Constitucional habilitaba la tramitación de las pretensiones x, y, z, pero sin embargo, luego en el camino, dicho precedente es modificado, siendo inviable ahora la tramitación de las pretensiones x, y, z, ¿resulta razonable aquí que el Tribunal Constitucional exija manu militare la interposición del recurso de agravio constitucional? ¿Esa exigencia no conlleva la intención de desestimar de plano las pretensiones x, y, z?

Supongamos esta vez, que la Alta Corte sufre la renovación total o mayoritaria de sus miembros, y con ello pasa de ser una corte liberal a una de tipo conservadora, cambio ideológico que puede ser determinante al momento de predecir el éxito de una demanda de hábeas corpus en sede del Tribunal Constitucional, ¿resulta razonable aquí que se exija manu militare la interposición del recurso de agravio constitucional a sabiendas del fracaso de la misma?

Consideramos que en los casos descritos, dado que el cambio en el contexto de la demanda no se debió al demandante sino a factores exógenos a él (razones de política jurisdiccional), la fórmula del “amparo contra hábeas corpus” resulta procedente por ser mucho más tuitiva que la interposición del recurso de agravio constitucional, debiendo ser calificado éste último como opcional.

La Alta Corte Constitucional en la sentencia de fecha 31 de agosto de 2010 recaída en el Exp. N° 04163-2009-PA/TC, caso Procurador Público del Gobierno Municipal de Moyobamba, se ha decantado por la alternativa antes descrita. A tal efecto, se preguntó ¿si para promover un “amparo contra hábeas corpus” resulta necesario que el demandante de hábeas corpus haya agotado el recurso de agravio constitucional?

Respondiendo a la interrogante planteada, el Alto Tribunal señaló *mutatis mutandi*, que:

“(…) a la luz de la jurisprudencia emitida sobre la materia, no resulta obligatorio la interposición del recurso de agravio constitucional para que el hábeas corpus adquiera la firmeza deseada por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional y de este modo proceda la demanda de “amparo contra hábeas corpus” (Fundamento 3).

Señaló asimismo que:

“(…) el amparo contra hábeas corpus se configura como una excepción dentro de la excepción, (...) se considera pertinente dejar establecido que su uso excepcional sólo podrá prosperar por única vez y conforme a las reglas que se desarrollan más adelante. Y precisamente, una de dichas reglas especiales es que “no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional”. La razón de ello estriba en que el Tribunal Constitucional, quíerese o no y de acuerdo a nuestra configuración constitucional, es el órgano último o de cierre de la justicia constitucional, como tal sus decisiones no pueden ser revisadas en sede interna” (Fundamento 3).

Concluyó finalmente que:

“(…) el no agotamiento del recurso del recurso de agravio constitucional en el hábeas corpus, antes que una omisión o negligencia procesal, constituye una opción permitida por las reglas procesales del “amparo contra hábeas corpus” establecidas en la sentencia del Tribunal. Por lo que al interponerse el “amparo contra hábeas corpus” el requisito de firmeza del primer hábeas corpus se flexibiliza, y por tanto el agotamiento del recurso de agravio constitucional se vuelve opcional” (Fundamento 5).

d) Etapa de ejecución

Sabido es que una sentencia constitucional se expide para ser ejecutada en sus propios términos, siendo que el proceso constitucional es un todo orgánico e inseparable, cuya finalidad es solucionar un conflicto en paz social.

Por ello es que el cuestionamiento sobre la ejecución en sus propios términos de una sentencia constitucional equivale al fin y al cabo a un cuestionamiento a la propia sentencia, pues ésta se expide con el espíritu de que sea ejecutada: “es connatural a la sentencia y forma parte de su naturaleza jurídica que éstas sean ejecutadas”¹⁹.

Por tanto, un problema de inejecución o incumplimiento de una sentencia constitucional, constituye a la larga un problema que atañe a la propia sentencia. En ello radica la razón del porqué la resolución (auto) que declara por ejecutada una sentencia de hábeas corpus y da por concluido el proceso, a sabiendas de que la misma no ha sido ejecutada, debe ser cuestionada también a través del régimen procesal del “amparo contra hábeas corpus”, pues éste posibilita el cuestionamiento de lo resuelto en otro proceso constitucional.

Y es que si es posible el cuestionamiento de una sentencia constitucional a través del “amparo contra hábeas corpus”, entonces por igual razón cabe la posibilidad de cuestionar por la misma vía una resolución (auto) que desnaturaliza, incumple o infringe una sentencia expedida en un proceso constitucional, toda vez que la sentencia y su ejecución constituyen un único acto procesal, y ambos se refunden en el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales²⁰.

e) Incidentes cautelares

En la lógica de que las vulneraciones a los derechos constitucionales al interior de un proceso constitucional pueden producirse en cualesquiera de sus fases o etapas (postulatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución), es posible también que dichas vulneraciones puedan acontecer en los incidentes cautelares que sirven al proceso principal.

De este modo, se posibilita el cuestionamiento de los incidentes cautelares (medidas cautelares de innovar, de no innovar u otras) dictadas en el contexto de la tramitación de un proceso constitucional de hábeas corpus, pues queda claro que en los trámites de concesorios o rechazos de medidas cautelares es muy posible que se vulneren derechos constitucionales de las partes en conflicto.

Esta posibilidad de control constitucional sobre incidentes cautelares, ha sido proclamada ya por la Alta Corte Constitucional en la sentencia de fecha 18 de abril de 2011 recaída en el Exp. N° 03545-2009-PA/TC, caso José Del Busto Medina, al señalar, *mutatis mutandi*, que:

“(…) dado el trámite incidental y urgente de una medida cautelar puede suceder, efectivamente, que los efectos de la decisión tomada en el hábeas corpus se

19 López Flores, Berly. Ejecución de sentencias... op. cit. p. 109.

20 Ibid. loc. cit.

encuentren suspendidos por una medida cautelar dictada en un “amparo contra hábeas corpus”, por lo que cabe interponer contra esta medida cautelar otro proceso de amparo que permita la nulidad de dicha medida y la restitución efectiva de los derechos declarados en el hábeas corpus que, por regla general, deberían poder efectivizarse” (Fundamento 3).

VI. Procede frente a vulneraciones de todo tipo de derechos constitucionales, excepto el de la libertad individual

No cualquier alegación de vulneración a los derechos constitucionales puede dar lugar a promover un “amparo contra hábeas corpus”; para tal fin tienen que tratarse de agresiones a los derechos constitucionales que resulten evidentes, manifiestas y tangibles, susceptibles de ser verificadas bajo el prisma de la apariencia, acompañada además de un mínimo de carga argumentativa y probatoria que logre persuadir a la autoridad judicial de la existencia de una eventual vulneración ius fundamental. En tal sentido, se deberá poner énfasis en argumentar y probar la existencia del acto judicial reputado de inconstitucional.

De no poder alcanzar el demandante de “amparo contra hábeas corpus” la mínima carga argumentativa y probatoria antes descrita, aquél podrá ser sancionado con la improcedencia liminar de su demanda, y con la imposición de cargas económicas o sanciones que ello conlleva; claro está de comprobarse la manifiesta temeridad en la interposición de la misma.

Ya a los efectos de poder alcanzar una sentencia estimatoria en un proceso de “amparo contra hábeas corpus” se requiere algo más que una eventual o aparente vulneración de un derecho constitucional. Se requiere la exposición de circunstancias o hechos producidos por la autoridad judicial que contravengan la prudencia, el sentido común o el buen proceder judicial.

En otras palabras, tienen que tratarse de hechos o circunstancias agraviantes que por sí misma y a simple vista se muestran como contrarias al valor justicia o a la razonabilidad de las decisiones judiciales. El agravio, por tanto, debe generar un sentimiento de consternación constitucional en el juez constitucional en procura de remediar de manera inmediata la lesión al derecho constitucional.

No existe impedimento alguno –al menos constitucional– para invocar en un “amparo contra hábeas corpus”, además del derecho al debido proceso, otros derechos fundamentales conexos, excepto el derecho a la libertad individual.

Dada la instrumentalidad del derecho al debido proceso respecto a los derechos constitucionales sustantivos desconocidos en un proceso de hábeas corpus, la violación de aquél afectará necesariamente la operatividad o el ejercicio del derecho constitucional sustantivo²¹.

Y es que la violación del derecho al debido proceso en el proceso de hábeas corpus, implica necesariamente el desconocimiento o violación indirecta –violación al fin y al cabo– del derecho constitucional materializado en la pretensión procesal.

Sobre esta vinculación debido proceso formal y debido proceso sustantivo, la Corte Constitucional Colombiana ha expedido la Sentencia T-283/94 y C-383 de 1997 que recogió el Principio de Primacía del Derecho Sustancial. En dicho fallo, la Corte señaló que “la primacía del derecho sustancial significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas”²².

Como vemos, los derechos constitucionales-procesales nacen con la única finalidad de operativizar y concretizar los derechos constitucionales sustantivos; pues ambos se necesitan mutuamente y se encuentran estrechamente ligados a manera de cordón umbilical, donde el derecho procesal constitucional es la madre, el proceso es el cordón umbilical y el derecho constitucional sustantivo es el feto que necesita de la madre (derecho procesal) para existir en el proceso; por lo que vulnerado el derecho procesal (la madre), la consecuencia inmediata de ello será que se afecte necesariamente al derecho sustantivo (el feto), y no al revés. Por ello, deviene en legítimo la extensión del ámbito de protección del “amparo contra hábeas corpus” también a los derechos constitucionales sustantivos.

A mayor abundamiento, si en un proceso de hábeas corpus existen violaciones a más de un derecho constitucional, es lógico y jurídicamente necesario que los mismos sean invocados en la demanda, lo cual daría luces para un mejor resolver del juez constitucional, quien se encuentra vinculado a los hechos expuestos en la demanda y, por el Principio de Suplencia de la Queja, podrá pronunciarse por todos los derechos que advierte se hubiesen vulnerado. Esto último, atendiendo también al igual valor iusfundamental que ostentan todos los derechos constitucionales.

21 Cfr. López Flores, Berly. “El Amparo contra Amparo por Violación de Derechos Fundamentales ¿Procesales o Sustantivos? Límites al pronunciamiento del Juez Constitucional”. En *Revista Jurídica del Perú* (Editora Normas Legales), Sección Constitucional y Procesal Constitucional, N° 85, Marzo 2008, p. 53-66. Lima.

22 Moncada Zapata Juan, “Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Derecho PUC*, p. 169, N° 53, Diciembre 2000.

VII. Se habilita en resguardo de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional

No sin razón, se ha dicho que la justicia constitucional nació históricamente por la endémica desconfianza del constitucionalismo hacia el Poder Judicial; empero hoy esa desconfianza es otra: la que proviene de la aplicación fehaciente, casi notarial, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por parte de los Tribunales Ordinarios en la aplicación de los derechos constitucionales²³.

En la actualidad, los derechos constitucionales encuentran concretizaciones o contenidos en lo que la Alta Corte Constitucional se proponga otorgarles a la luz de cada caso justiciable. De este modo, no es posible saber, entender o estudiar los derechos constitucionales al margen de las decisiones judiciales de la Alta Corte.

Es en este contexto, que cobra vital importancia la doctrina jurisprudencial, la cual se constituye en pauta interpretativa acerca de una institución procesal o de un derecho constitucional, que debe ser seguida por todos los jueces de la República. Así las cosas, subyace a la obligatoriedad de seguir una determinada pauta o doctrina jurisprudencial el respeto al Principio de Igualdad en la Aplicación del Derecho al que gozan todos los ciudadanos que buscan tutela judicial.

Por este motivo, consideramos que quienes sustentan la procedencia del “amparo contra hábeas corpus” sólo en la actuación y decisión del juez al margen de la doctrina constitucional establecida por el Tribunal Constitucional, sin fijarse en la existencia o no de la agresión a un derecho constitucional, que es el presupuesto necesario para la procedencia de una demanda de amparo, incurrir en graves errores²⁴, pues constituye presupuesto procesal para la interposición de una demanda de “amparo contra hábeas corpus” la afectación de algún derecho constitucional, en este caso, el de igualdad.

23 Caamaño Domínguez, Francisco. op.cit. p. 149.

24 Castillo Córdova, Luis. op. cit. p. 40.

VIII. Puede ser promovido por un tercero, con interés jurídico relevante, que no participó en el hábeas corpus pero cuyos derechos han sido vulnerados; así como por el demandante de hábeas corpus que, por razones excepcionales, no interpuso el recurso de agravio constitucional

La figura del tercero, que es aquél que tiene un interés jurídicamente relevante en el resultado del proceso de hábeas corpus, pero que por diversas razones no participó en él, altera el normal desenvolvimiento de los presupuestos procesales del “amparo contra hábeas corpus”, sobre todo los presupuestos que señalan: i) “no procede contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional” y ii) “procede su interposición por una sola y única vez”.

En posición que no compartimos, se ha afirmado a nivel doctrinario que la limitación que ha establecido el Tribunal Constitucional a la procedencia del “amparo contra hábeas corpus” a favor del tercero que no ha participado del proceso, se ha de formular en el sentido que el “amparo contra hábeas corpus” no procederá siempre que haya habido pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el proceso de hábeas corpus, ya sea para confirmar o para revocar la sentencia de segundo grado. El “amparo contra hábeas corpus” solo procederá en este supuesto si es que el demandante no ha interpuesto el recurso de agravio constitucional²⁵.

Consideramos que cuando se postula la interposición, por una sola vez del “amparo contra hábeas corpus”, ello se hace en el entendido de que los participantes del amparo corrector hayan sido los mismos que el del hábeas corpus. Por el contrario, si una de las partes intervinientes en el hábeas corpus no participó en el amparo corrector y la decisión recaída en él le afecta en sus derechos constitucionales, resulta razonable que se pueda promover un nuevo proceso constitucional, incluso cuando el Tribunal Constitucional haya emitido resolución en última y definitiva instancia.

De este modo, procede un segundo “amparo contra hábeas corpus”, inclusive cuando el Tribunal Constitucional haya emitido resolución en última y definitiva instancia, si a una de las partes se le impidió su ingreso o no tuvo conocimiento del primer “amparo contra hábeas corpus”.

Así lo ha entendido la Alta Corte Constitucional en la sentencia de fecha 15 de abril de 2011 recaída en el Exp. N° 03569-2010-PA/TC, caso Agrícola Cerro Prieto S.A.C., en el cual modificó los alcances de una sentencia expedida por ella en un anterior amparo (Exp. N° 05614-2007-PA/TC) seguido por Aspillaga Anderson Hermanos S.A. en contra del Instituto Nacional de Desarrollo y el Proyecto Especial Jequetepeque-

25 Ibidem. p. 46.

Zaña, proceso en el cual la ahora demandante Agrícola Cerro Prieto S.A.C. no había participado como parte o tercero en el proceso de amparo mencionado, pues no fue emplazada con la demanda ni denunciada civilmente por las partes demandadas, a pesar de que su participación era transcendente en el resultado del proceso al ser ella la propietaria actual de unos terrenos que le habían sido confiscados a Aspillaga Hermanos, resultando manifiesto su interés en el resultado del mencionado proceso de amparo.

El caso bajo comentario, constituye pues el primer *leading case* en donde la Alta Corte Constitucional emite una decisión final en un amparo que interfiere y afecta la decisión final emitida por ella misma en un anterior amparo, argumentando para ello la afectación de los derechos de un tercero.

Creemos que la construcción argumentativa realizada en este caso por la Alta Corte no fue la más acertada, pues para interferir o afectar lo resuelto en un anterior amparo por ella misma, solo le bastaba invocar la afectación de derechos de un tercero, lo cual vuelve inaplicable las reglas que el “amparo contra hábeas corpus” “no procede contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional” y “procede por una sola y única vez”.

Esta intervención o participación del tercero en el proceso de “amparo contra hábeas corpus” debe estar habilitado tanto para las sentencias estimatorias de hábeas corpus como para las desestimatorias, pues ambas tienen la virtualidad de poder vulnerar los derechos o intereses de terceras personas que no participaron en el proceso de hábeas corpus.

Y es que en el contexto de la tramitación de un proceso penal, a parte de los derechos constitucionales de los procesados, merecen tutela también los derechos o intereses de la víctima o agraviada y de los actores civiles que pueden verse afectados en sus intereses o derechos por la declaratoria de nulidad de un proceso penal o de una investigación fiscal.

En este contexto, en el hábeas corpus contra resolución judicial o en el hábeas corpus contra actos del ministerio público –al decretarse la nulidad de una condena penal, la anulación de todo un proceso penal o de la investigación fiscal– puede llegar a afectarse de manera directa los intereses de la parte agraviada, de la parte civil, de los jueces, de los fiscales, del tercero civilmente responsable y de la sociedad en su conjunto. Por este motivo, se debe aceptar la tesis de la impugnación de una resolución (auto, decreto o sentencia) emitida en un proceso de hábeas corpus, siempre que exista un afectado con la decisión judicial.

El tercero legitimado a interponer el “amparo contra hábeas corpus” puede ser aquél a quien indebidamente no se le emplazó o no tuvo conocimiento de la demanda

de hábeas corpus; como también aquél quien si tuvo conocimiento de la demanda de hábeas corpus e intento participar en él, pero su pedido fue indebidamente desestimado por el órgano judicial.

Conforme a lo expuesto, un tercero podrá iniciar un “amparo contra hábeas corpus” cuando la decisión recaída en el hábeas corpus afecta sus derechos e intereses; y para tener éxito en su demanda deberá argumentar y probar que su participación en el proceso de hábeas corpus resultaba tan necesaria que si hubiera tenido participación el hábeas corpus tendría un final distinto. Habrá que estar, entonces, a la relevancia argumentativa de la participación del tercero, es decir, si lo que tenía que alegar o decir podría haber dado lugar a cambiar o modificar el sentido o fallo del hábeas corpus.

Finalmente, también puede interponer un “amparo contra hábeas corpus”, el demandante que ha venido participando en el proceso constitucional ante las instancias del Poder Judicial, pero pese a lo cual no fue notificado válidamente de la sentencia desestimatoria o habiendo sido notificado, por motivos muy excepcionales de fuerza mayor debidamente comprobadas, le fue imposible interponer el correspondiente recurso de agravio constitucional.

Con ello, se pretende evitar perjuicios irreparables a quienes, mostrando diligentemente su voluntad de litigar y ejercer sus derechos al interior del proceso de hábeas corpus, por razones de fuerza mayor o extrañas a él no le fue posible interponer el recurso de agravio constitucional. Por ejemplo: demandantes de hábeas corpus que se encuentran privados de su libertad, que les devino alguna enfermedad de improviso o que se vieron obligados a realizar viajes al extranjero por motivos reales de urgencia, etc.

IX. Se habilita en defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional

Cabe precisar, que no todo apartamiento de las interpretaciones constitucionales contenidas en la jurisprudencia del Alto Tribunal justifican la procedencia de un amparo contra amparo, hay que estar a la calidad del criterio interpretativo, es decir, si se trata de precedente vinculante o no, y si no es un precedente vinculante, si se trata de *ratio decidendi* o de *obiter dicta*, debido a que dependiendo del producto jurisprudencial, habrá una u otra fuerza vinculante²⁶.

La razón de ser este presupuesto procesal obedece pues a que no siempre las reglas vinculantes establecidas por el Tribunal Constitucional son tan claras, objetivas, expresas y concretas como deberían obedecer a un precedente; en muchos casos existen decisiones contradictorias en las cuales el propio Tribunal Constitucional cambia su precedente o se aparta de él inaplicándolo.

De otro lado, algunos órganos del Poder Judicial trasladan irreflexivamente los contenidos de las sentencias constitucionales, atribuyéndoles un valor constitutivo del derecho constitucional que resulte de aplicación al caso, y ese pretendido amparo constituye pues el mayor de los desamparos²⁷.

Para revertir o solucionar estos problemas en la aplicación, inaplicación o interpretación del precedente vinculante Peruano, resulta pues necesario que las imputaciones a los jueces del Poder Judicial de apartarse, desobedecer, inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente un precedente vinculante se ventile a través de un nuevo proceso constitucional, en doble instancia y con participación plena de los jueces demandados y demás interesados, a los efectos no vulnerar los derechos e intereses de éstos.

26 Castillo Córdova, Luis. op. cit. p. 43.

27 Caamaño Domínguez, Francisco. op. cit. p. 149.

X. Resulta improcedente contra una demanda de hábeas corpus resuelta en última instancia por el Tribunal Constitucional

La posición de supremo intérprete de la Constitución y de garante último de los derechos constitucionales de las personas que ostenta el Tribunal Constitucional, hace que contra sus decisiones no proceda el “amparo contra hábeas corpus”. Y es que su palabra es la última en el ordenamiento interno, y su decisión cierra el circuito de la justicia constitucional.

Con este presupuesto procesal, se garantiza la existencia de seguridad jurídica en el tráfico de derecho y se consolida la confianza y credibilidad en el Estado Constitucional de Derecho.

Si bien la práctica diaria de los Tribunales de Justicia en el mundo, corroboran que ellos pueden ser capaces de equivocarse o de incurrir en excesos, defectos o arbitrariedades al momento de impartir justicia. Sus actos no son infalibles. Pero a pesar de ello resulta conveniente y necesario que sus decisiones no sean impugnadas en sede nacional; ello para proteger el valor seguridad jurídica y la inmutabilidad de sus decisiones judiciales, posibilitándose la impugnación de sus decisiones solo en sede internacional.

Es en esta línea que la Alta Corte Constitucional, en los casos en que se pretendía cuestionar o atacar una resolución o sentencia expedida por ella, ha declarado improcedente la demanda invocando la causal jurisprudencial de que no procede el “amparo contra hábeas corpus” contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Así, en la resolución de fecha 3 de marzo de 2011 recaída en el Exp. N° 03252-2010-PA/TC, caso Enrique Trigozo Gonzales, la Alta Corte respondió a la interrogante de ¿Porqué no procede el “amparo contra amparo” (y por extensión el “amparo contra hábeas corpus”) contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional?

Señalando que:

“Ello obedece estrictamente a razones de política jurisdiccional y de seguridad jurídica. Y es que el Tribunal Constitucional es el supremo controlador e intérprete de la Constitución y como tal se constituye en órgano último o de cierre de la justicia constitucional. Dada su colocación en la cúspide del sistema de justicia constitucional interno, surge, pues la necesidad de otorgarle certeza, credibilidad y confianza a sus decisiones con el fin de preservar el valor seguridad jurídica, concretizado en el hecho de que sus decisiones no puedan ser cuestionadas o dejadas sin efecto por órganos judiciales de inferior rango” (Fundamento 7).

XI. Conclusiones

1. Como bien se ha advertido, las reglas procesales específicas del “amparo contra amparo” pueden hacerse extensivas al “amparo contra habeas corpus”, posición que ya ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en una serie de casos jurisprudenciales; por lo que resulta necesario que esta opción procesal cumpla también con los presupuestos procesales generales del amparo contra resolución judicial (plazo de prescripción, firmeza de la resolución, manifiesto agravio, etc.).

2. Podemos conceptualizar al “amparo contra habeas corpus” como aquel proceso constitucional autónomo que, a través de la declaratoria de nulidad, inaplicabilidad, ineficacia o insubsistencia de una resolución judicial, tiene por finalidad o como pretensión que se reconduzca, reponga, corrija o restituya el trámite o la decisión final de un proceso constitucional de habeas corpus por la senda del respeto a los derechos constitucionales de las partes en conflicto.

3. Dada a la importancia del “amparo contra habeas corpus” como corrector de otro proceso constitucional, surge pues la necesidad que la Alta Corte Constitucional expida una sentencia que reconozca, recoja y desarrolle los presupuestos procesales específicos aquí detallados de este proceso constitucional. A la par de un reconocimiento jurisprudencial, hace falta también un reconocimiento legal de este proceso constitucional con la finalidad de que en el futuro no pueda ser extinguido, derogado o modificado por la vía de una opción jurisprudencial impropia.

4. Ciertamente, resultaría a todas luces inconstitucional que, por la vía legal o el de una reforma constitucional, se prohíba la existencia del “amparo contra habeas corpus” y de sus demás variantes (“amparo contra amparo”²⁸, “amparo contra cumplimiento”²⁹, “amparo contra habeas data”³⁰, “amparo contra acción popular”³¹, “habeas corpus contra habeas corpus”³², “habeas corpus contra amparo”³³, “habeas corpus contra cumplimiento”³⁴, habeas corpus contra habeas data”³⁵, “habeas data

28 Cuando en el primer amparo, al emitir una sentencia o un auto, la autoridad judicial vulnera los derechos al debido proceso o la tutela procesal efectiva de una de las partes.

29 Cuando en el proceso de cumplimiento, al emitir una sentencia o un auto, la autoridad judicial vulnera los derechos al debido proceso o la tutela procesal efectiva de una de las partes.

30 Cuando en el proceso de habeas data, al emitir una sentencia o un auto, la autoridad judicial vulnera los derechos al debido proceso o la tutela procesal efectiva de una de las partes.

31 Cuando en el proceso de acción popular, al emitirse una sentencia o un auto, la autoridad judicial vulnera los derechos al debido proceso o la tutela procesal efectiva de una de las partes.

32 Cuando en el primer habeas corpus, al emitir una sentencia o un auto, la autoridad judicial mantiene, convalida o confirma la privación o restricción en la libertad individual del demandante o favorecido.

33 Cuando en el amparo, al expedir una sentencia estimatoria, la autoridad judicial ordena a su vez la remisión de partes al Ministerio Público para que determine la responsabilidad penal del agresor; o cuando al incumplirse lo ordenado en la sentencia de amparo, decreta como medida de apercibimiento la prisión civil del agresor.

contra hábeas data”³⁶, “hábeas data contra hábeas corpus”³⁷, “hábeas data contra amparo”³⁸, “hábeas data contra cumplimiento”³⁹), toda vez que ello conllevaría a la creación de zonas exentas al control constitucional, lo cual resulta vedado en el actual Estado Constitucional de Derecho; a la par que se vulneraría el derecho al recurso rápido y sencillo del amparo en los términos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

34 Cuando en el proceso de cumplimiento, al expedir una sentencia estimatoria, la autoridad judicial ordena a su vez la remisión de partes al Ministerio Público para que determine la responsabilidad penal de la autoridad agresora; o cuando al incumplirse lo ordenado en la sentencia de cumplimiento, decreta como medida de apercibimiento la prisión civil de la autoridad.

35 Cuando en el proceso de hábeas data, al expedir una sentencia estimatoria, la autoridad judicial ordena la remisión de partes al Ministerio Público para que determine la responsabilidad penal de la autoridad agresora; o cuando al incumplirse lo ordenado en la sentencia de hábeas data, decreta como medida de apercibimiento la prisión civil de la autoridad.

36 Cuando en el proceso de hábeas data, a un tercero con interés relevante en el resultado del proceso o a quien sufrirá los efectos de la sentencia, la autoridad judicial le impide acceder o tomar conocimiento de la información contenida en el expediente judicial de hábeas data. Para un mayor análisis: Cfr. López Flores, Berly. “Hábeas data judicial y hábeas data administrativo. Escaneo a las nuevas tendencias jurisprudenciales establecidas por el Tribunal Constitucional”. En *Revista Gaceta Constitucional* (Editora Gaceta Jurídica), Sección: Especial del Mes. Reconfigurando el contenido que protege el hábeas data, Tomo 48, Diciembre 2011, páginas 31-40. Lima.

Bien es sabido que en los procesos judiciales —constitucionales y ordinarios— puede afectarse o menoscabarse derechos de terceras personas que no han sido citadas o emplazadas con la demanda, y estas toman conocimiento del proceso judicial cuando ya se ha dictado una orden de embargo, remate, desalojo o una medida cautelar, etc., que los afecta de manera directa, sin que puedan cuestionarlos en el proceso judicial donde se expidieron dichos actos debido a que no son partes procesales. Pues bien, con el *hábeas data judicial* o *hábeas data facilitador del caudal probatorio*, esta tercera persona, quien no es parte en el proceso, pero que sufre inmerecidamente sus efectos, puede promover hábeas data con el fin de que se le proporcione copias de los actuados judiciales que le servirá como caudal probatorio de la demanda a interponer para corregir la arbitrariedad cometida en su contra (amparo contra amparo, amparo contra resolución judicial o demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, según corresponda).

37 Cuando en el proceso de hábeas corpus, a un tercero con interés relevante en el resultado del proceso o a quien sufrirá los efectos de la sentencia, la autoridad judicial le impide acceder o tomar conocimiento de la información contenida en el expediente judicial de hábeas corpus.

38 Cuando en el proceso de amparo, a un tercero con interés relevante en el resultado del proceso o a quien sufrirá los efectos de la sentencia, la autoridad judicial le impide acceder o tomar conocimiento de la información contenida en el expediente judicial de amparo.

39 Cuando en el proceso de cumplimiento, a un tercero con interés relevante en el resultado del proceso o a quien sufrirá los efectos de la sentencia, la autoridad judicial le impide acceder o tomar conocimiento de la información contenida en el expediente judicial de cumplimiento.

LA NECESIDAD DE REFORMAR EL AMPARO EN ARGENTINA Y LAS LECCIONES DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Pablo Luis Manili
Profesor de Derecho Constitucional
en la Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: I.- El derecho al amparo. II. La multiplicidad de amparos. III. Análisis de la normativa vigente. IV. Propuesta de reforma.

I. El derecho al amparo

Las normas de jerarquía constitucional en la República Argentina establecen claramente un derecho a la acción de amparo. Así surge de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica¹; los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 2º, inciso 3, apartados a y b y 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también el art. 43 de

1 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

la Constitución Nacional². Incluso, la primera de las normas referidas establece una obligación adicional del Estado, consistente en el compromiso de “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”, o sea, para decirlo sin eufemismos, abrir las puertas de sus tribunales, acercar al justiciable y facilitarle la interposición de este tipo de acciones.

Las mencionadas normas están ubicadas en la cúspide de la pirámide del sistema jurídico argentino y ostentan la máxima jerarquía normativa en atención a lo que dispone el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Esa norma creó el Bloque de Constitucionalidad en Argentina, dentro del cual no cabe trazar diferencias de jerarquías entre las normas constitucionales y las de los tratados de derechos humanos equiparados a ella. Todas las normas que lo componen deben ser interpretadas armónicamente³. Su función es la de orientar e incentivar el accionar de los poderes constituidos, en este caso, del legislador y del juez: (i) del primero, porque lo obliga a dictar normas de desarrollo constitucional coherentes con las obligaciones internacionalmente asumidas y con la cláusula constitucional y (ii) del segundo, porque lo obliga a interpretar la admisibilidad de la acción de amparo con una amplitud tal que se compadezca con el espíritu de esas normas, desterrando toda interpretación restrictiva y, en caso que no existieran normas legales que reglamenten el amparo, lo compele a darle acogida en su jurisprudencia y a suplir la inacción del legislador en ese sentido.

Es decir, desde el bloque de constitucionalidad federal, el poder constituyente ordena e instruye a los poderes constituidos que —no importa por qué medios— den cumplimiento a una obligación internacionalmente asumida, que es la de proveer a las personas sujetas a la jurisdicción argentina de una garantía rápida y sencilla para la protección de sus derechos. Decimos “no importa por qué medios” porque las obligaciones asumidas internacionalmente son “de fines” y no “de medios” (asimilándolas a la teoría clásica de las obligaciones en el derecho civil); lo cual significa que el Estado debe dar satisfacción a esa obligación a través de cualquier medio, puesto que este es intrascendente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece expresamente que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas **o de otro carácter**, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas **o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos

2 “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

3 Manili Pablo L., *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 215.

tales derechos y libertades” (los resaltados nos pertenecen). Ello implica que el medio elegido por el Estado puede ser la regulación del amparo en una norma constitucional, en una norma legal, en un decreto o aún en una sentencia, lo importante es que el justiciable cuente con ese remedio.

En este trabajo nos ocuparemos del primer caso, es decir de cómo el legislador ha reglamentado y complementado las normas de la máxima jerarquía referidas al amparo y de la necesidad de reformar esa reglamentación para cumplir acabadamente el mandato que surge del bloque de constitucionalidad.

II. La multiplicidad de amparos

En la legislación argentina existen varios amparos legislados, a saber:

II.a) El amparo individual, clásico o genérico

El Decreto ley n° 16.986, de 1966, regula un tipo genérico de amparo, pero limitado a “todo acto u omisión **de autoridad pública**” y a la defensa de “derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional”.

A su vez, el art. 321 del CPCC vino a ampliar esa norma en cuanto dispone que el proceso sumarísimo será aplicado “Cuando se reclamase contra un acto u omisión **de un particular**” y se refiere no solo a los derechos reconocidos en la constitución sino también en un tratado o una ley (los destacados nos pertenecen).

El solo hecho de que el amparo (nada menos que el amparo) esté regulado en una norma dictada por un gobierno de facto con el claro propósito de limitar su uso y de acotar las facultades de los jueces, provoca repulsión y debería llamar la atención del Congreso para su reforma integral. La limitación del uso a la que nos referimos surge de:

- (i) el plazo de caducidad de quince días que esa norma establece para su interposición;
- (ii) la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de interponerlo;
- (iii) la limitación que surge del hecho de que el amparo contra actos de autoridad pública solo pueda interponerse en defensa de derechos consagrados en la constitución (a diferencia del amparo contra actos de particulares que, como se expresó, también procede en defensa de otros derechos);
- (iv) el acotamiento de las facultades de los jueces que surge de la norma que prohíbe declarar la inconstitucionalidad de una norma en el marco de esta acción.

Lamentablemente, las tres primeras limitaciones señaladas gozan de buena salud puesto que los jueces siguen aplicándolas para rechazar amparos⁴, si bien fueron morigeradas en algunos casos⁵. En cambio la cuarta fue declarada inconstitucional inmediatamente después de la sanción de la ley, en los casos “Outón”⁶ y “Empresa Mate Larangeira Mendes”⁷.

La reforma constitucional de 1994, en el primer párrafo del art. 43 consagró expresamente esta acción, a la cual calificó de “expedita y rápida” y estableció expresamente que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo. Ello implica que ciertas previsiones del Decreto ley N° 16.986 han quedado inconstitucionalizadas. Veamos caso por caso:

- (i) Si la acción es “expedita”, la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de interponerlo se ha tornado inconstitucional y no puede exigirse más.
- (ii) El acotamiento de las facultades del juez también queda fulminada por la previsión expresa referida.
- (iii) Podría quedar alguna duda respecto del plazo de caducidad, dado que la norma constitucional nada establece al respecto; pero, a nuestro criterio, no es función del poder constituyente regular ese tipo de detalles de los procesos en la letra de la carta magna y además ese plazo, al ser demasiado exiguo y coartar la promoción de este tipo de procesos de garantía de los derechos humanos fundamentales, atenta contra el espíritu de la previsión constitucional que consagra el amparo y contra el derecho de acceso a la justicia que prevén los tratados internacionales de derechos humanos, por lo cual se verifica en este caso una inconstitucionalidad sobreviniente de la norma legal.

II.b) El amparo por mora de la administración

El art. 28 del Decreto ley N° 19.549 establece que quien fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho, siempre que la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados o, en caso de no existir estos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución que requiera el interesado.

La normativa prevé el dictado de una resolución judicial requiriendo a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de

4 Por ejemplo, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, en el fallo plenario “Capizzano de Galdi v. IOS” declaró la vigencia de ese plazo aún después de la reforma constitucional de 1994 (publicado en JA 2000-II:57).

5 Puede verse al respecto el interesante trabajo de Gallegos Frediani, Pablo, “Caducidad de la acción de amparo en la normativa federal” en *La Ley* 2010-E:825.

6 Fallos 267:215.

7 Fallos 269:393.

la demora aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden, si correspondiere, para que la autoridad administrativa despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca.

Como se advierte, el amparo apunta a proteger el debido proceso administrativo, haciendo cesar la mora de la administración en la resolución de los expedientes. Se trata de un proceso que puede ser perfectamente subsumido por el amparo clásico o genérico, por cuanto el derecho amparado es el derecho al debido proceso —administrativo—, con la única diferencia de que se agota con el dictado de la orden de pronto despacho emanada del juez, en lugar de que éste decida sobre la cuestión o materia debatida.

II.c) El amparo aduanero

El art. 1160 del Código Aduanero (Decreto ley n° 22.415) establece: “La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo del servicio aduanero podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal mediante recurso de amparo de sus derechos”.

Y el art. 1161 agrega “El Tribunal Fiscal, si lo juzgare procedente... requerirá del Administrador Nacional de Aduanas que dentro de breve plazo informe sobre la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar (...) Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo, podrá el Tribunal Fiscal resolver lo que corresponda para garantizar el ejercicio del derecho afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al particular mediante el requerimiento de la garantía que estime suficiente. El Vocal Instructor deberá sustanciar los trámites previstos en el primer párrafo del presente artículo dentro de los tres (3) días de recibidos... Cumplimentados los mismos, elevará inmediatamente los autos a la Sala, la que procederá al dictado de las medidas para mejor proveer que estime oportunas dentro de las cuarenta y ocho horas de la elevatoria (...)”.

Se trata de un amparo por mora de la administración similar al analizado en el punto anterior, con la diferencia de que se plantea ante el Tribunal Fiscal, que es un órgano administrativo y no judicial.

II.d) El amparo tributario

La Ley n° 11.683, de procedimiento tributario, reglamenta otro amparo en su art. 182: “La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos,

podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal de la Nación mediante recurso de amparo de sus derechos. El recurrente deberá previamente haber interpuesto pedido de pronto despacho ante la autoridad administrativa y haber transcurrido un plazo de QUINCE (15) días sin que se hubiere resuelto su trámite”.

Como se advierte, se trata de un amparo semejante al vigente en el ámbito aduanero, incluso el trámite previsto en el art. 183 de esta ley es prácticamente idéntico a aquél.

II.e) El amparo electoral

El Código Electoral Nacional establece en su art. 10: “El elector que se considere afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del sufragio podrá solicitar amparo... por escrito o verbalmente, denunciando el hecho al juez electoral o al magistrado más próximo o a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarán obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento, si fuere ilegal o arbitrario”. El art. 11 reza: “El elector también puede pedir amparo al juez electoral para que le sea entregado su documento cívico retenido indebidamente por un tercero”.

El procedimiento está regido por art. 147, que establece: “... los funcionarios y magistrados... resolverán inmediatamente en forma verbal. Sus decisiones se cumplirán sin más trámite por intermedio de la fuerza pública, si fuere necesario, y en su caso serán comunicadas de inmediato al juez electoral que corresponda. La jurisdicción de los magistrados provinciales será concurrente, no excluyente, de la de sus pares nacionales... A este fin los jueces federales o nacionales de primera instancia y los de paz mantendrán abiertas sus oficinas durante el transcurso del acto electoral. Los jueces electorales podrán asimismo destacar el día de elección, dentro de su distrito, funcionarios del juzgado, o designados ad hoc, para transmitir las órdenes que dicten y velar por su cumplimiento. Los jueces electorales a ese fin deberán preferir a los jueces federales de sección, magistrados provinciales y funcionarios de la justicia federal y provincial.”

Esta figura difiere muy poco del amparo clásico, con la única particularidad de que se puede interponer y resolver verbalmente y que la competencia ampliada de los jueces está expresamente prevista en la norma, mientras que en el amparo genérico no lo está (aunque sí debería ser interpretado de ese modo).

II.f) El amparo sindical

La Ley n° 23.551, en su art. 47 establece: “Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de éstos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme el procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que este disponga si correspondiere el cese inmediato del comportamiento antisindical.”

La acción aquí regulada tampoco difiere del amparo clásico, dado que los derechos sindicales que ella tiende a asegurar están contemplados en el art. 14 bis CN, con lo cual la acción del art. 43 (primer párrafo) resulta aplicable a ellos. Por otra parte, si comparamos este procedimiento con el del amparo genérico, en nada difieren uno de otro.

II.g) Amparo ambiental

El art. 30 de la Ley n° 25.675, con severos defectos de redacción, parecería establecer tres clases de procesos distintos:

- (i) “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal (...)”.
- (ii) “(...) Asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción (...)”.
- (iii) “(...) Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo” (énfasis agregado en los tres casos).

El primero se trata de un proceso similar al amparo colectivo del art. 43, segundo párrafo, CN (con expresa referencia a esta norma) enderezado a obtener la recomposición del ambiente. El segundo no se trataría de un amparo, sino de un proceso de conocimiento, en el que la legitimación se limita a la persona directamente damnificada y lo que se persigue es una recomposición o una indemnización, temas ajenos (sobre todo el segundo) a la acción de amparo. El tercero es subsumible en el amparo clásico del art. 43, primer párrafo, CN, con la particularidad de que la petición de fondo de la acción es una medida cautelar de no innovar.

II.h) El amparo colectivo

Esta acción ha sido instituida por vía jurisprudencial⁸ y luego fue acogida por la reforma constitucional de 1994⁹. Pese al tiempo transcurrido desde entonces, aún no se ha dictado una ley reglamentaria y quedan varias dudas a su respecto:

8 El paradigma de los fallos que hicieron lugar a acciones en las que el amparista no era el titular de la relación jurídica que lo fundaba, sino que actuaba como representante promiscuo de un grupo alcanzado por el acto o hecho dañoso es “Ekmekdjian c/ Sofovich” de 1992 (Fallos 315:1492).

9 Puede verse, al respecto, Sabsay Daniel A., y Manili Pablo L., “El Amparo Colectivo” en Sabsay Daniel A. (Director), y Manili Pablo L. (Coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo II, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pág. 561.

- (i) más precisiones sobre el concepto de “afectado”, dado que no existen criterios uniformes en doctrina y en jurisprudencia acerca del alcance de ese término;
- (ii) la creación del registro de asociaciones de defensa de los derechos de incidencia colectiva legitimadas para interponer este tipo de acciones, que está expresamente ordenada por el texto constitucional y aún no ha sido dictada;
- (iii) cuáles son los criterios a aplicar por los jueces para la acumulación de las acciones promovidas por los mismos hechos, actos u omisiones, a fin de evitar el dictado de sentencias contradictorias.
- (iv) los efectos de la sentencia: si es erga omnes o si solamente tiene un efecto expansivo, que excede a las partes en el pleito pero que no alcanza a todos, especialmente en caso de que se declare la inconstitucionalidad de una norma, ya que en este caso, de considerarse que el efecto de la sentencia es erga omnes, debería aceptarse también que la norma queda derogada, lo cual contradice los pilares de nuestro sistema difuso de control de constitucionalidad.
- (v) Si el Ministerio Público está habilitado o no para interponerlo, a lo cual respondemos —de lege ferenda— en forma afirmativa, porque el art. 120 CN se refiere expresamente a la defensa de los “intereses generales de la sociedad”, dentro de los cuales se encuentran los derechos de incidencia colectiva.

II.i) Otros subtipos de amparo

Si nos atenemos a los términos literales del art. 43 CN, el habeas data y el habeas corpus serían también subtipos de esta acción. Nótese que, luego de describir el amparo individual y el colectivo en sus dos primeros párrafos, el tercero reza “Toda persona podrá interponer **esta acción** para tomar conocimiento de los datos a ella referidos...” (el destacado nos pertenece). Incluso, ha habido casos en los que la frontera entre la acción de amparo y la de habeas data se presentaba dudosa, y los ministros de la Corte aplicaron una u otra denominación para encuadrar la misma demanda (caso “Urteaga”¹⁰).

No obstante, a los fines de este trabajo preferimos considerarlos como acciones distintas del amparo, máxime cuando cada uno de ellos tiene su régimen integral específico, sancionado por el Congreso de la Nación (Leyes n° 23.098 para el hábeas corpus y 25.326 para el hábeas data).

10 Fallos 321:2767.

III. Análisis de la normativa vigente

Tomando como base lo que expresamos en el primer punto de este trabajo, recapitulamos: (i) En primer lugar, el derecho al amparo implica que cada persona, física o jurídica, tiene un derecho, constitucional e internacionalmente consagrado, a la existencia de una acción expedita y rápida para la defensa de sus derechos humanos fundamentales, consagrados expresa o implícitamente en la constitución, la ley o los tratados internacionales. (ii) En segundo término, como sabiamente sostuvo la Corte Suprema en el fallo “Siri”¹¹, esa acción se deriva directamente de la constitución y debe ser admitida por los jueces aún en caso de ausencia de texto legal que la reglamente.

De ambas afirmaciones inferimos las siguientes:

- (i) El amparo es un derecho en sí mismo, que se materializa a través de la consagración legislativa de una acción expedita, rápida y efectiva que posibilite el acceso a la justicia en defensa de los derechos humanos fundamentales.
- (ii) Por lo tanto, al ser un derecho, es –conceptualmente– uno solo y no varios, dado que existe por mandato constitucional y no por creación legal. Es más: existe independientemente de que las leyes lo regulen o no y separadamente de cómo lo regulan, por lo cual, lo establecido en la normativa infraconstitucional (leyes y decretos-leyes) apunta solo a su reglamentación, a la regulación de sus aspectos procedimentales y a “codificarlo” de acuerdo al sistema romano-germánico de derecho escrito que hemos adoptado en Argentina.
- (iii) En varios de los casos de amparos específicos analizados más arriba, la norma legal, en letra y en espíritu, parece más bien enderezada a vincularlo con determinadas materias o con temas puntuales (sindical, electoral y ambiental) que a crear una acción nueva o distinta del amparo clásico. Así, parecen una especie de “recordatorio” (incluido en el régimen de las asociaciones sindicales, en el código electoral y en la ley general del ambiente) en el sentido de que esa acción puede ejercerse también en esos ámbitos. Huelga apuntar que, exista o no “recordatorio” alguno, la constitución es obligatoria y es operativa, con independencia de las leyes.

En consecuencia sostenemos que no es conveniente que existan distintas normas que legislen una multiplicidad de amparos, las cuales, en la mayoría de los casos, poco o nada agregan a lo que surge de la constitución o incluso a lo que emana del vetusto Decreto ley n° 16.986. De ese modo, una futura –y necesaria– reforma legislativa debería reducir y unificar esta cantidad de amparos sobrepuestos y redundantes, conteniendo

¹¹ Fallos 239:450.

una parte general que contenga el diseño del instituto y algunas particularidades para algún caso puntual que así lo justifique (por ejemplo, cuando la acción no tramita ante un tribunal de justicia sino ante uno administrativo).

IV. Propuesta de reforma

Con base en lo expuesto consideramos necesario:

- a) Derogar íntegramente el Decreto ley n° 16.986 y las demás normas analizadas más arriba en cuanto se refieren al amparo, incluido el art. 321 del CPCC.
- b) Reemplazar todas esas normas por un régimen integral del amparo que contenga un capítulo general común a todos los amparos y, a continuación, algunas normas específicas para los casos especiales que el legislador considere necesario contemplar expresamente, pero sin que esas normas específicas alteren la unidad del régimen del amparo.
- c) Establecer normas comunes para el amparo, el habeas corpus (Ley n° 23.098), el habeas data (Ley n° Ley 25.326), la acción declarativa de inconstitucionalidad (dando recepción a la jurisprudencia de la Corte Suprema que desde hace más de un cuarto de siglo¹² amplió el ámbito de acción del art. 322 CPCC convirtiendo esa acción en un proceso constitucional) y las acciones de clase (introducidas parcialmente en el fallo “Halabi”¹³ de la Corte, pero aún sin reglamentar legislativamente). Todos esos procesos constitucionales podrían perfectamente estar legislados en conjunto en un código de los procesos constitucionales, que contenga un capítulo preliminar común a ellos, en el cual se contemple:
 - La eliminación de los plazos de caducidad y de prescripción para la iniciación de esas acciones.
 - Normas que faciliten el dictado de medidas cautelares, tanto las tradicionales (prohibición de innovar, embargo, inhibición general de bienes, etc.), como las innovativas.
 - El efecto devolutivo (y no suspensivo, salvo casos muy excepcionales) de la apelación que se interponga contra las medidas cautelares dispuestas en estos procesos.
 - La reducción de los plazos de que disponen los tribunales para expedirse y la existencia de sanciones para los funcionarios judiciales que demoren excesivamente la resolución de estos casos.

¹² Fallos 307:1379.

¹³ Fallos 332:111. Decimos que las introdujo “parcialmente” porque el fallo se refiere solamente a las acciones de clase relacionadas con derechos individuales homogéneos en temas no patrimoniales.

- La ampliación de la competencia de los tribunales, para facilitar el acceso a la justicia.
- La gratuidad de todos los procesos constitucionales¹⁴.
- La habilitación de días y horas en forma automática en este tipo de procesos.
- El impulso de oficio y la inaplicabilidad de las normas que rigen la caducidad de la instancia
- La posibilidad de interponerlos sin patrocinio letrado.
- En el caso del amparo, derogar expresamente el requisito de agotar la vía administrativa en forma previa, dado que el art 43 CN no lo exige.

Puede servir de modelo para ello el título preliminar introducido en el Código Procesal Constitucional peruano, que establece, entre otros, los siguientes principios procesales, que también propiciamos para Argentina:

1. Dirección judicial del proceso (es decir, un rol activo de la magistratura).
2. Interpretación de los derechos contemplados en la constitución de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.
3. Obligatoriedad de los precedentes emanados del máximo tribunal y necesidad de que ese tribunal justifique cualquier apartamiento de sus propios precedentes (una especie de stare decisis legislado).
4. Aplicación del principio iura novit curia para suplir omisiones o defectos en el planteo de las cuestiones constitucionales o de derecho común.

Hacemos votos, pues, para que en una eventual —pero muy necesaria— reforma legislativa, el Congreso de la Nación, como hipótesis de mínima, simplifique la multiplicidad de amparos existentes en la actualidad, unificando su régimen y, como alternativa de máxima, codifique en una sola ley la regulación de los procesos constitucionales existentes.

14 Si bien aquí nos estamos refiriendo solamente a los procesos constitucionales, conviene recordar que Bidart Campos sostenía acertadamente “*que siempre y en todos los casos la tasa de justicia es inconstitucional, ya que el estado no puede cobrar por el ejercicio de una función del poder, mucho menos cuando, como en la de administrar justicia, debe cumplir el mandato constitucional de afianzarla. Tal inconstitucionalidad alcanza tanto al pago previo como al posterior*” (Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II-A, Buenos Aires, Ediar, 2003, pág. 20).

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

Rubén Martínez Dalmau
Profesor Titular de Derecho Constitucional
de la Universitat de València

SUMARIO: I. Interpretación constitucional e interpretación legal: la intervención del poder constituyente. II. Dificultades internas y externas para la interpretación de la Constitución democrática: la voluntad del poder constituyente y el reto de la integración. III. ¿Control difuso o control concentrado? IV. Controlling the watchmen: La interpretación constitucional desde la propia Constitución democrática

I. Interpretación constitucional e interpretación legal: La intervención del Poder Constituyente

La interpretación de la Constitución ha sido objeto de interés creciente durante las últimas décadas. A medida que se ha avanzado políticamente en la aplicación de la Constitución, técnicamente se hacía más importante el acompañamiento del organigrama institucional propio de un sistema de control concentrado de la constitucionalidad a través de diferentes instrumentos que facilitarían la interpretación auténtica, aun en el margen de incertidumbre característico de la naturaleza del propio poder constitucional en sentido kelseniano.

En primer lugar, cabe recordar que la especificidad de la interpretación constitucional es un largo tema debatido tanto en el marco de la filosofía del Derecho como del Derecho constitucional, por cuanto se trata de uno de los principales denominadores comunes entre ambos campos de estudio del hecho jurídico. El neoconstitucionalismo, fundamentalmente, en su empeño por traducir la Constitución política en Constitución

normativa y el papel adjudicado al juez ordinario en este aspecto, ha insistido en las diferencias entre ambas interpretaciones. POZZOLO¹ identifica a una serie de autores, diversos en latitudes y pensamientos, dentro de la categorización neoconstitucional: DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY y, en parte NINO. La autora señala cuatro características comunes en las construcciones de estos autores, que justificarían su incorporación en la categoría neoconstitucional, que ella denomina neoconstitucionalista: la preeminencia constitucional de los principios, estructuralmente diferentes a las normas; las condiciones de aplicabilidad propias de los principios (ponderación) respecto a las normas (subsunción); el contenido sustancial condicionante por parte de la Constitución de las normas subconstitucionales; y el papel de interpretación creativa de la jurisprudencia en la interpretación moral del caso a la que obligaría la Constitución.

Por su lado, GUASTINI², consciente de su posición minoritaria, ha catalogado y criticado los argumentos por los cuales buena parte de la doctrina considera que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos, en especial de la ley, para lo cual requeriría de métodos especiales diferentes de los que usualmente se usan en la interpretación de la ley: a) el hecho de que los textos constitucionales sean diferentes de cualquier otro texto normativo en virtud de su objeto, puesto que disciplinan la “materia constitucional”, aunque el concepto “materia constitucional” abarca una regulación mayor que la única Constitución, por lo que también incluiría leyes “ordinarias”; b) las Constituciones no sólo están compuestas por reglas, sino que también incorporan principios y valores, aunque tampoco se trata de una exclusividad de los textos constitucionales por cuanto algunas normas generales, como los códigos civiles o penales, también formulan principios y valores; c) las Constituciones regulan relaciones políticas entre órganos del Estado y entre el Estado y la ciudadanía, por lo que requerirían de una interpretación evolutiva o dinámica, si bien, por un lado, las normas constitucionales no se agotan con la disciplina de las relaciones políticas, y los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por vía de interpretación; d) los textos constitucionales estarían hechos para durar en el tiempo, porque tienen que ofrecer una organización estable, razonamiento que por un lado no se aplica a todas las Constituciones y, por otro, se repite el argumento de la ilegitimidad del intérprete para proceder a la reforma constitucional. No existiría en opinión de este autor, por lo tanto, razones sólidas no rebatibles para defender la especificidad de la interpretación constitucional.

Ahora bien; en su análisis, por otro lado certero desde la dimensión puramente jurídica de la interpretación, GUASTINI parece pasar por alto a la hora en el análisis sobre

1 POZZOLO, SUSANA, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. *Doxa* n° 21-II, 1998, págs. 339-341.

2 GUASTINI, RICCARDO, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008, págs. 53-58.

la existencia o no de la especificidad en la interpretación constitucional la naturaleza democrática o derivada, en cualquiera de sus formas, del poder constituyente que dio origen a la Constitución³. En efecto, la especificidad carece de sentido desde una postura puramente positivista donde la interpretación de la Constitución es, en definitiva, la interpretación de una ley (fundamental); cuando ha sido generada por el poder constituido, es posible acceder a la interpretación originaria de la misma institución que la originó.

Pero cuando se trata de una Constitución originaria del poder constituyente democrático, estamos ante el único caso de aplicación normativa donde, por el carácter originario de la construcción constituyente, no se puede ordinariamente acceder al conocimiento directo de la voluntad generadora, y el sentido de la decisión sólo puede conocerse a través de los mecanismos previstos por el propio constituyente que deben tener en cuenta, en la proporción adecuada, los documentos generados durante el periodo constituyente. Requiere, por lo tanto, de un intérprete auténtico sustitutivo que realice la función de intérprete constitucional, y que en los casos del sistema de control concentrado de la constitucionalidad es, habitualmente, el tribunal constitucional⁴.

Por otro lado, la interpretación de la Constitución democrática obedece necesariamente a criterios metajurídicos, políticos, propios de su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico⁵. En efecto; el juicio de constitucionalidad de la norma constitucional sólo puede tener lugar -salvo la posibilidad, que se comentará, de las normas constitucionales inconstitucionales- en la decisión sobre el significado de la norma en su contexto, lo que al final lo convierte necesariamente en un criterio

3 No así respecto a las técnicas de la interpretación constitucional, donde se refiere a la intención de los constituyentes, aunque sin diferenciar entre las Constituciones fruto del poder constituyente democrático y aquellas que pueden no serlo (*ibid.* págs. 69 y 79).

4 Más complejo es el análisis en los casos de control difuso como el norteamericano, aunque en definitiva cabría concluir que existe cierta tendencia a la *concentración* en la Corte Suprema. De hecho, como ha advertido FERNÁNDEZ SEGADO apelando a CAPELLETTI, la virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande, pero hoy no se puede decir que retraten la realidad, por lo que su valor explicativo es dudoso: hoy en día existe una clara convergencia entre ambos modelos. “En el sistema americano, la *Supreme Court* presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por la vía del *writ of certiorari*, la *Supreme Court* se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales”. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo kelseniano” como criterio analítico de control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 2002, págs. 33 y 34. Por otro lado, como veremos, el acercamiento también se produce desde el sistema concentrado por cuanto el juez ordinario acaba, en el día a día, actuando como juez que aplica la Constitución (y por lo tanto, la interpreta).

5 En general, cfr. VITURRO, PAULA, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*. Ad Hoc-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002, págs. 56 y ss.

sistemático/contextual de interpretación. Pero propiamente no existe norma jerárquica superior a la Constitución democrática, la única originaria del poder constituyente democrático⁶, puesto que en caso de existir la Constitución no podría ser fruto de un poder constituyente popular ni, por lo tanto, democrática. Por lo que sustantivamente cabría una especificidad en la interpretación de la Constitución democrática respecto de la legal.

Desarrollando el argumento, cabe recordar la diferencia, fundamental en este aspecto, entre aquellas Constituciones que cuentan con su origen legitimador en el poder constituyente democrático y aquellas que han sido obtenidas de cualquier otra índole: impuestas, otorgadas, o aprobadas o modificadas desde el poder constituido (“poder constituyente derivado”). Como se ha explicado en otra sede⁷, la emergencia de un constitucionalismo democrático debía incorporar, de forma principal, la consagración del pueblo como titular de la soberanía, una vez la soberanía se conformó como la nueva fuente de legitimidad del orden jurídico-político⁸ y, por lo tanto, el sujeto principal que debe ser transformado en la transición del Estado hacia una forma democrática de configuración. La articulación de los dos elementos inmanentes, soberanía y poder constituyente/poder constituido, establece el continuo de entre legitimidad, potencialidad y actividad del poder. El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene la capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo, ilimitado, único e indivisible⁹. El pueblo

6 Cuestión diferente es la *aplicación* de normas superiores que cumplen el papel de criterios interpretativos, como los tratados internacionales de derechos humanos o el Derecho comunitario. Pero son las cláusulas constitucionales de apertura las que legitiman este uso, por lo que no se trata propiamente de normas jerárquicamente superiores, sino aplicadas de forma complementaria o preferente a la Constitución. Sobre la diferencia entre aplicación y jerarquía, cfr. el DICTAMEN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 1/2004 (13 de diciembre), *sobre la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, donde se afirma que “Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto”.

7 MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo”. *Revista General de Derecho Público Comparado* nº 11, julio 2012, págs. 5 y ss.

8 ASENSI SABATER, JOSÉ, *La época constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 134 y 135.

9 Según la definición que realiza PÉREZ TRIVIÑO, agrupando las menciones de los clásicos (PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS, *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 29).

es, en definitiva y con toda su ambigüedad –es en esta ambigüedad donde se sustenta su potencialidad revolucionaria–, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. Sin soberanía, sin poder constituyente, no existe pueblo, y el constitucionalismo pierde el carácter democrático en el que se fundamenta el siempre difícil equilibrio entre legitimidad democrática y organización del poder político.

Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado constitucional. La elección y el control efectivos de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la Constitución material -democrática-, principal característica del Estado constitucional. La distinción fundamental es, por lo tanto, entre las Constituciones democráticas, fruto del poder constituyente popular, y las que no lo son.

La Constitución democrática es, en definitiva, donde la que cobra sentido la distinción entre interpretación legal e interpretación constitucional; y donde ésta última se arroja con las necesidades de legitimidad de la función constitucional que no requiere cualquier otra interpretación que sería, en todo caso, interpretación legal.

II. Dificultades internas y externas para la interpretación de la Constitución democrática: la voluntad del poder constituyente y el reto de la integración

Las Constituciones democráticas son fundamentalmente Constituciones principistas. Desde los debates clásicos y las primeras consideraciones sobre el carácter normativo de los principios durante la transcendental época de transformación desde el positivismo ideológico al positivismo metodológico¹⁰, mucho se ha avanzado en esta materia. Tras los aportes del diferendo entre DWORKIN y HART y la crítica a la regla hartiana de reconocimiento¹¹ que protagonizó buena parte de la batería de concepciones del Derecho defendidas por la doctrina desde finales de la década de los setenta del siglo pasado, se puede estar a favor o no de una lectura moral de la

10 Principalmente el protagonizado por FORSTHOFF, quien en términos de VOLKMANN “evoca un intento de preservar un modelo de Estado procedente de un mundo ya periclitado”, y SMEND, quien influyó sobre el Tribunal Constitucional alemán en el paso “desde una ordenación jurídico-formal a una valorativa, preñada de valores o vinculada a valores”. Cfr. VOLKMANN, UWE, “El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política”. *Teoría y Realidad Constitucional* nº21, 2008, págs. 193-197.

11 En general, cfr. RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997, págs. 54 y ss.

Constitución –en términos dworkinianos–, pero es difícil discutir el funcionamiento de la estructura ponderación de principios/subsunción de reglas, más necesario que nunca en el marco de la hermenéutica constitucional, plagada de los primeros tanto en sentido amplio como concreto (derechos). Una técnica que requiere de la interpretación adecuada al contexto constitucional en el que conviven principios y reglas.

En este aspecto, la interpretación de la constitución democrática no es sustancialmente diferente a la de hermenéutica legal, y los problemas de ponderación/subsunción son fundamentalmente los mismos. Si cuenta con particularidades en el conflicto entre principios y reglas constitucionales, porque la voluntad del poder constituyente legitima tanto unos como otras. En principio, si se trata de un poder homogéneo cuyos resultados no deberían diferenciarse donde el poder constituyente no quiso diferenciar. Pero esta conclusión no da respuesta al problema.

De hecho, la solución a esta controversia sólo puede derivarse, desde luego, de la prioridad interpretativa que tenga lugar. Puesto que la ponderación, finalmente, exige preeminencia de una decisión sobre otra –aunque es cierto que particular, no en todos los casos, a diferencia de la subsunción¹², las soluciones pueden ser intrínsecamente incompatibles por mucho que se esfuercen en buscar una mitigación de los efectos más adversos. En el caso de las posibles normas constitucionales inconstitucionales, en el sentido de BACHOF¹³, es donde más claramente puede observarse esta asintonía reflejada finalmente en posiciones lógicamente contradictorias: la regla constitucional opuesta a un principio constitucional es o no es constitucional, sin que quepan posiciones intermedias en la decisión final por cuanto se ha agotado el campo de acción de la interpretación compatible. Se puede justificar la excepcionalidad de la regla con base, fundamentalmente, en la intención de los constituyentes de crear una particularidad conociendo su carácter excepcional por ser conscientemente contrario al principio, o se puede defender –como propone BACHOF– la incompatibilidad lógica y abstracta de la regla con el principio y, por lo tanto, la inconstitucionalidad material de la regla constitucional, aunque formalmente forme parte de la Constitución; pero, en definitiva, cualquier ejercicio modulador ha fracasado en la función interpretativa.

12 De hecho, una de las características de los principios, como defiende GUASTINI, es que se trata de “normas derrotables” frente a las reglas. (cit. págs. 75 y ss). Y, cuando se trata de un conflicto entre principios, ¿qué es la ponderación si no una *jerarquía axiológica móvil* entre los principios en conflicto? “El principio que tiene *más valor* prevalece sobre el otro: se aplica, mientras que el otro se deja de lado. Obsérvese: los criterios de solución de los conflictos *lex posterior* y *lex superior* no juegan ningún papel en esta representación” (*ibid.* pág. 88).

13 Después de la Segunda Guerra Mundial, BACHOF planteó la necesidad de considerar el orden material de valores como superior a las reglas formales, lo que implicaría una jerarquía entre los grandes principios y los preceptos concretos, que supondría finalmente la posibilidad de que, en caso de contradicción entre unos y otros, los segundos fueran declarados inconstitucionales. BACHOF plantea varias posibilidades de normas constitucionales inválidas, tanto por oponerse a la Constitución escrita como al Derecho constitucional no escrito. Cfr. BACHOF, OTTO, ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Palestra, Lima, 2010, págs. 69 y ss.

Ahora bien; mientras la incompatibilidad lógica es una cualidad intrínsecamente objetiva, la intención de los constituyentes no deja de estar constituida por un núcleo de interpretaciones subjetivas; principalmente porque, al no estar presente el generador de la decisión¹⁴, sólo podemos acceder a esta voluntad de forma indirecta, a través de los documentos de referencia o, de forma aún más débil, por fuentes orales. En todo caso, se trata de interpretaciones sobre voluntades donde entendemos, seguramente de forma errada, que la intención fue clara; ni siquiera podemos estar seguros de si existía el problema en el momento correspondiente o no, o si la excepción fue considerada realmente como tal excepción o, de alguna forma, si los propios constituyentes se planteaban la posibilidad de que sólo lo fuera de forma mitigada –en combinación con el principio contrario–, problema que se resolvería en el marco del poder constituido: esto es, en la interpretación y aplicación de la Constitución. Recordemos finalmente que el principio contrario no es menos intención y por lo tanto, voluntad del constituyente que la regla; de hecho, cualquier conclusión a la que podamos llegar sobre la intención, justamente por su carácter subjetivo, conllevará una interpretación alternativa, también subjetiva, contraria a aquélla.

La intención de los constituyentes en el Constitucionalismo democrático no tiene parangón desde la interpretación clásica que, además, ha tendido a huir de este procedimiento hermenéutico por entender que no permitía la evolución del Derecho y su adaptación a la realidad¹⁵. Pero desde luego, no es la única solución, por la carga de subjetividad que incorpora y por la necesidad de entender contextualmente la voluntad del poder constituyente. Además, esta voluntad contiene límites intrínsecos a sus posibilidades, razón por la cual las Constituciones maximalistas pueden fracasar en su aplicación o son ilegítimas las cláusulas de intangibilidad cuando intentan limitar al propio poder constituyente democrático. Por estas razones, la importancia del contexto está al mismo nivel que la del texto y la interpretación originaria. En la Constitución democrática, por otro lado, como quiera que la voluntad del poder constituyente tiende a renovarse y no puede ser suplantada por la voluntad del poder constituido, es mucho más sencillo cambiar la Constitución cada vez que el pueblo así lo desee. Lo que en alguna medida aminora la gravedad de que la voluntad originaria

14 La interpretación constitucional de la Constitución democrática sólo puede realizarse en el marco del poder constituido; con el poder constituyente democrático activo, prevalece la *voluntad* constituyente.

15 Es curioso que justo en una Constitución con un fuerte debate sobre su legitimidad a sus espaldas, la norteamericana de 1787, acabe siendo tan leal con la voluntad de los *padres constituyentes*. En este sentido, afirma RICHARDS que “no existiendo ningún requisito lógico de que la intención de los padres constituyentes juegue un papel primordial en la interpretación constitucional, sin embargo esta práctica ha devenido típicamente norteamericana, y el dar peso y sentido a esta práctica norteamericana constituye un criterio de aceptabilidad de la teoría de la correcta interpretación de la Constitución de los Estados Unidos” (RICHARDS, DAVID A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n°1, septiembre-diciembre 1988, pág. 143).

no esté siendo ejecutada en el momento de la interpretación, pero lo puede estar cuando sea realmente necesario y, en todo caso, antes de que la voluntad del intérprete (poder constituido) se traduzca ilegítimamente en mutación constitucional¹⁶, como de hecho es común en algunos de los sistemas más conocidos¹⁷.

Por lo tanto, ¿qué nos demuestra finalmente la distinción entre la contradicción lógica y la voluntad del constituyente? Que la decisión final sobre la resolución del conflicto entre principios y/o reglas constitucionales, por cuanto no cuenta con normas jerárquicamente superiores a la propia Constitución respecto a las cuales basar los fundamentos, es finalmente una decisión política¹⁸. Éste será el carácter de la función del intérprete auténtico de la Constitución.

Ahora bien, las cuestiones apuntadas sobre el intérprete auténtico de la Constitución derivan necesariamente, como veremos, hacia las condiciones en que tiene lugar la función interpretativa. El problema de la Constitución abierta es la dificultad en establecer controles tanto a la función interpretativa de los tribunales constitucionales como, estrictamente, a sus técnicas de interpretación: no obstante, algunas de las nuevas constituciones introducen prioridades en la función interpretadora, que acompañan la configuración constitucional de la institución responsable del control de la constitucionalidad. Así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 hace referencia al tenor literal en el marco de una interpretación sistemática y, subsidiariamente, a la plena vigencia de los derechos, la voluntad originaria, y los principios generales de la interpretación constitucional. La Constitución boliviana de 2009 se refiere también, en un sentido parecido a la anterior –aunque la redacción del

16 Entendida por HÄBERLE como cambio en el significado constitucional “a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, (que) se produce de manera discreta y sin formalización” (HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003, pág. 62).

17 A diferencia de interpretación de la Constitución con posibilidades de ser modificada por el poder constituido; en ese caso, la abstracción en los preceptos constitucionales es lo que ofrece la garantía para evitar la mutación constitucional. “¿Es excesiva la rigidez?”, se pregunta FERRERES.”Lo sería, ciertamente, si la Constitución expresara los derechos y libertades en términos tan taxativos que, con el transcurso del tiempo, se creara un divorcio entre su contenido y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Pero si la Constitución recurre a la abstracción, este riesgo se reduce drásticamente” (FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “Una defensa de la rigidez constitucional”. *Doxa* n° 23, 2000, pág. 46).

18 Que sea política no quiere decir que no sea criticable, especialmente cuando puede llegar a resultados que no sólo atentarian contra el tenor literal del texto en el contexto, sino contra la misma generación de procesos y relaciones democráticas. Pensemos, por ejemplo, en la aplicación del concepto normas constitucionales inconstitucionales por la jurisdicción constitucional y la interpretación de las diferencias en la aplicación de la voluntad originaria del poder constituyente originario y del derivado. Cfr. MARTÍNEZ-BARAHONA, ELENA, “Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua”. *Revista de Ciencia Política* vol. 30, n° 3, 2010, págs. 732 y ss.

texto le precedió cronológicamente–, a la voluntad del constituyente y a la integralidad de la Constitución para establecer su significado¹⁹.

Otra dificultad, en este caso externa, insoslayable en cuanto a la interpretación de la Constitución democrática es el reto de los procesos de integración y, en menor medida, de las dinámicas federalizantes, que crean diferentes manifestaciones constitucionales en diferentes niveles de gobierno, en lo que se ha dado en llamar “constitución compuesta” o “constitucionalismo multinivel”²⁰. El problema de fondo en la incorporación del constitucionalismo multinivel en su dimensión supraconstitucional es su cuestionamiento sobre el carácter democrático del poder constituyente que sustenta la estructura de poder público. Como afirma AMIRANTE, la gobernanza europea, caracterizada por una neta prevalencia de una dimensión tecnocrática orientada al mercado por encima de la dialéctica democrática, implica una crisis estructural de la soberanía popular que, afirma el autor, “por ahora parece irreversible”²¹.

La aparición de la conocida como cesión de soberanía cuenta con su origen en la necesidad de exorcizar los excesos acometidos durante la última contienda bélica mundial. Se trata, en términos de AMIRANTE, de que “la idea de una cesión de funciones y poderes del tradicional concepto de soberanía estatal en favor de instituciones u organizaciones internacionales en orden a garantizar la paz y la justicia entre las naciones fue una consecuencia ética y política, más que jurídica en sentido estricto, de la Segunda Guerra Mundial, que dramáticamente había puesto luz sobre los peligros que representaba la concepción clásica de un poder soberano entendido como un poder absoluto del Estado, no sólo respecto al *ius ad bellum*, sino también como árbitro incuestionable del régimen jurídico de los derechos humanos”²².

Pero no puede confundirse la soberanía de los Estados con la soberanía popular. El Estado es poder constituido; por lo tanto, es poder limitado. Ni siquiera el término kelseniano, con tanto arraigo posterior, de soberanía de la Constitución, puede entenderse en un sentido rousseauniano, sino más bien en el limitado de BODINO. La cesión de soberanía puede darse en el marco del Estado, no en el marco del pueblo. Lo contrario sería negar la existencia de un poder constituyente popular con carácter transformador y, lo que es peor, sustituir su voluntad democrática por la negociada en

19 Vid. *infra* IV.

20 Cuyo principal caso es el de la construcción del proceso europeo de integración. Cfr. MAESTRO BUELGA, GONZALO, “Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional* nº 15, 2004, págs. 133-158.

21 AMIRANTE, CARLO, “European governance e Costituzione europea: fra revisione tacita e “anestesia” dei sistemi costituzionali degli stati membri”, en GAMBINO, SILVIO y D’IGNAZIO, GUERINO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti : fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*. Giuffrè, Milan, 2007, pág. 226.

22 *Ibid.* pág. 227.

el marco de los acuerdos internacionales, aun bajo el resguardo de la Constitución. Recordemos que la Constitución democrática se eleva como la máxima jerarquía en el ámbito de la legitimidad y, por lo tanto, de la juridicidad. En el marco de la voluntad expresada del poder constituyente popular, el constitucionalismo multinivel sólo puede ser la denominación de una metáfora o de una explicación politológica; nunca un cuestionamiento a la Constitución democrática.

III. ¿Control difuso o control concentrado?

En las academias aún permanece vivo un debate que pareciera debería haberse superado hace tiempo en el marco de la Constitución democrática: cuál es el sistema de control de la constitucionalidad más propio de una Constitución. Por supuesto, la respuesta al interrogante depende de la variable sobre el concepto de Constitución al que hagamos referencia. De nada sirve hablar de control de constitucionalidad, en general, si la Constitución no es considerada ley superior, porque sólo en este caso, en el supuesto de conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos jurídicos de rango inferior, se entiende la prevalencia del criterio constitucional²³. Y de poco sirve, o incluso puede ser contraproducente, si la Constitución no está legitimada democráticamente. Entendiendo la Constitución como la voluntad del poder constituyente expresada en una norma suprema que determina derechos y organiza el poder constituido, el debate se traslada desde la conveniencia de un sistema de control de la constitucionalidad hacia el sistema de control de la constitucionalidad más conveniente.

El gran aporte de la Constitución democrática es que nos asegura una voluntad fijada y plenamente legitimada para consolidarse como norma suprema del ordenamiento jurídico: la voluntad del poder constituyente. Por lo tanto, podemos exorcizar cualquier intento de transformar la voluntad del poder constituyente en la voluntad del poder constituido, lo que en términos de cambio constitucional significa, en términos de HÄBERLE, “despedirnos” de la mutación constitucional²⁴. Pero el riesgo de la mutación constitucional, y de la transformación de la voluntad del poder constituyente en la voluntad del poder constituido, es real. Tan real como necesario, porque entra de plano en el marco de la interpretación constitucional, mecanismo intrínseco a la aplicación de la Constitución. “Por la sola vía de la interpretación –advierte HÄBERLE–, ya sea la de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente”²⁵.

23 DE VEGA GARCÍA, PEDRO, “Jurisdicción constitucional y crisis de la jurisdicción”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n°7, enero-febrero 1979, pág. 93.

24 HÄBERLE, cit., nota al pie.

25 *Ibid.* págs. 62 y 63.

Frente a la creación histórico-jurisprudencial del sistema de control difuso en Estados Unidos y en el marco de la recuperación de la Constitución normativa, en Europa surgió durante el siglo XX el sistema racionalizado de control concentrado de la constitucionalidad²⁶. La fórmula kelseniana, finalmente triunfante en sus aspectos más destacados, incidía en el cómo, pero el porqué de la creación de un sistema de control concentrado formaba parte de los debates del momento, propios del nuevo estadio del constitucionalismo²⁷. La razón es clara: además de las condiciones que desaconsejaban la aplicación del control difuso en Europa, se entendía que la Constitución democrática debía ser objeto de permanente protección. Se trataba de combinar tres condiciones necesarias en la nueva fase del constitucionalismo: la existencia de una voluntad constituyente fijada en un texto constitucional (por lo tanto, constituido), con las limitaciones que comportaba; la Constitución como *lex suprema* (dimensión normativa de la Constitución); y la necesidad de relacionar los dos elementos anteriores con la legitimidad y función legislativa del Parlamento, así como la función judicial de aplicación y, por lo tanto, interpretación, del Derecho. La relación entre estas categorías no es fácil, y es imposible cuando falla alguna de ellas. “La jurisdicción constitucional –afirma DE VEGA– emerge históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución. Sucede, sin embargo, que la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un sentido histórico y político. Y es, en última instancia, desde ese prisma valorativo, donde hay que entender e interpretar la justicia constitucional”²⁸.

Por otro lado, el triunfo final y difusión de los tribunales constitucionales como, según la descripción de NOGUEIRA, órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, que utilizan procedimientos jurisdiccionales para la interpretación y defensa de la Constitución²⁹, se traduce en que hayan sido instituciones estudiadas y mejoradas, en torno a las cuales se producen los principales debates sobre su innovación; pero no presupone en absoluto que sean los únicos modelos teóricos posibles en el futuro del control concentrado de la constitucionalidad. La Constitución democrática necesita una interpretación auténtica, lo que no conlleva necesariamente

26 Un sistema de control concentrado de la constitucionalidad no significa, necesariamente, la existencia de un tribunal constitucional. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales*. Revista de Derecho vol. XIV, julio 2003, págs. 63 y ss.

27 Entre ellos, el más conocido fue el entablado entre Schmitt y Kelsen sobre quién debía ser el defensor de la Constitución (lo que no discutía, en esencia, que debía haber un defensor de la Constitución). Cfr. HERRERA, CARLOS MIGUEL, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos (Nueva época) nº 86, octubre-diciembre 1994, págs. 195-227.

28 “(...) Cuando las Constituciones, lejos de actualizar un sistema de valores, se convierten en meros instrumentos de falsificación de la realidad política, dejan, por tanto, sin justificación posible la defensa dentro de ellas de ningún sistema de justicia constitucional. Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo entonces, a nivel político, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar” (DE VEGA, cit. pág. 95).

29 NOGUEIRA, cit. pág. 63.

que esté en manos de un tribunal constitucional, ni mucho menos que esté cerrado la estructura, origen y funciones del máximo órgano encargado de la vigilancia de la constitucionalidad.

En el marco de los mecanismos preferidos en la actualidad –a través de los tribunales constitucionales–, en muchas ocasiones las posiciones neoconstitucionalistas han encontrado oposición en el control concentrado de constitucionalidad donde no la debería haber. Los temores se basan en el monopolio de la interpretación auténtica por parte del tribunal constitucional, que pareciera restar capacidad al juez ordinario para aplicar de forma directa la Constitución. Como afirma POZZOLO, según la doctrina constitucionalista, el agente consciente del cambio constitucional, o de la interpretación evolutiva de la Constitución, es el juez constitucional. Pero también el juez ordinario, en la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida a obtener normas directamente aplicables a las controversias. Esto generaría un problema de compatibilidad con el equilibrio de poderes constitucionales reconocido en gran parte de las Constituciones contemporáneas³⁰. De ahí la defensa de los sistemas difusos –tan denostados, por otro lado, por el constitucionalismo popular³¹– o incluso mixtos de control de la constitucionalidad³².

Ahora bien; el cuestionamiento, muchas veces, ve fantasmas donde no los hay. La diferencia entre el juez constitucional y el juez ordinario, en el marco de la Constitución democrática, es una diferencia sustancial sólo por cuanto el primero realiza la función de intérprete auténtico de la Constitución. Por lo demás, como ya se ha hecho referencia, el papel del juez ordinario como aplicador de la Constitución supera en buena medida la bipolaridad sistema difuso/sistema concentrado y acerca ambos sistemas³³. Quizás el uso de la terminología kelseniana nos oculta el significado del concepto: es el máximo intérprete de la Constitución, por lo que sus decisiones al respecto vinculan a todos, incluidos –obviamente– los jueces ordinarios. No significa que los jueces ordinarios no apliquen directamente la Constitución, porque sería lo mismo que negar la normatividad de la misma y, por tanto, su existencia. De hecho, tampoco los tribunales constitucionales y los jueces ordinarios cuentan con el monopolio de la interpretación constitucional en la denominada por HÄBERLE “sociedad abierta de los

30 POZZOLO, cit. págs. 347 y 348.

31 Que basa su tesis, como define GARGARELLA, en la “común desconfianza frente al elitismo que distingue la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial”, partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que la justicia). Cfr. GARGARELLA, ROBERTO, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Nino”, en CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 534 y ss.

32 V. gr. ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Abya Yala; UASB; Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011, págs. 65 y ss.

33 Vid. *supra* I; cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, cit. págs. 14 y ss.

intérpretes de la Constitución”. En el campo jurídico, “muchos círculos problemáticos y ámbitos de la Constitución material no llegan al juez constitucional, por falta de competencia judicial o por ausencia de instancias ante el tribunal. Sin embargo, la Constitución material “vive” también aquí: sin interpretación constitucional por el juez”³⁴. La legitimidad democrática de la Constitución sólo tiene una consecuencia jurídica principal: la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, todos los jueces ordinarios son, también, jueces constitucionales.

El principal límite a la capacidad creativa del juez ordinario en la aplicación de la Constitución es, junto con la legislación (constitucional), la interpretación del Tribunal Constitucional. Lo contrario, como se ha demostrado históricamente en el caso norteamericano, e incluso en los sistemas de control mixto como el venezolano³⁵, sería contar con múltiples interpretaciones, particulares, de la Constitución, sin apenas mecanismos para protegerla fundamentalmente del legislador inconstitucional, pero también del juez ordinario. Una Constitución protegida, con garantías de su aplicación, requiere de una interpretación de cierre que evite las diacclas constitucionales. Entenderlo en otro sentido sería apostar por una Constitución incapaz de invadir al resto del ordenamiento jurídico por sus propias limitaciones; es decir, negar la esencia misma de lo que defiende el neoconstitucionalismo. Se trata de dejar sólo las interpretaciones difíciles, que conllevan decisiones sobre la inconstitucionalidad de leyes o sentencias, en manos del control concentrado. Recordemos que el control concentrado es, a su vez, difuso en la mayor parte de la actuación de los operadores políticos, que han hecho suya la Constitución democrática. Por esa razón no sólo no existe contradicción entre neoconstitucionalismo como intervención constitucional en el Derecho y control concentrado de la constitucionalidad como salvaguarda de la dimensión normativa de la Constitución: son mecanismos complementarios que se fortalecen recíprocamente.

Respecto al juez ordinario, el citado límite de impedir que puedan dejar de aplicar por su propia cuenta normas jurídicas por entender que son inconstitucionales es una característica propia de la estructura de la Constitución y la forma como ésta funciona en el campo de la normatividad. Y no puede inferirse en términos racionales de la propia Constitución democrática que su carácter de norma suprema se traduce en el control difuso negativo. En términos de LETELIER, “las relaciones entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional no vienen dadas ni por el reconocimiento de la jerarquía normativa de la Constitución ni por preconizar una defensa irrestricta de los derechos fundamentales. Este tipo de relaciones, al contrario, debe ser construido

34 “(...) Los participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan independientemente un derecho constitucional material. El derecho procesal constitucional no es el único acceso al procedimiento de la interpretación constitucional” (HÄBERLE, *cit.* pág. 160).

35 Cfr. CASAL H., JESÚS MARÍA, *Constitución y justicia constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, págs. 81 y ss.

expresamente a través del pacto constitucional a través de decisiones generadas democráticamente”³⁶.

No parece que quepa duda, por lo tanto, sobre la necesidad de un control concentrado de constitucionalidad en la Constitución democrática para que se consolide fuertemente la aplicación normativa, y a su vez política, de la Constitución. El problema es otro: la legitimidad del Tribunal constitucional y los mecanismos de interpretación que éste, principalmente, usará para decidir el significado en su función de máximo intérprete.

IV. Controlling the watchmen: La interpretación constitucional desde la propia Constitución democrática

Respecto a la legitimidad del tribunal constitucional, la doctrina está plagada de lugares comunes que suelen insistir en la legitimidad jurídica: es la propia Constitución la que prevé la organización y funciones del órgano concentrado de la constitucionalidad, por lo que está plenamente legitimado para desarrollar esta misión. El planteamiento kelseniano –soberanía de la Constitución, tribunal constitucional como garante– apenas ha sufrido modificaciones en las últimas décadas, y el estudio de los diferentes modelos comparados de conformación y control del tribunal constitucional se suelen limitar a los procedimientos de elección de sus miembros y a las cláusulas de independencia.

En el mejor de los casos, se ha intentado actualizar la explicación de la legitimidad del tribunal constitucional aludiendo al modelo procedimentalista de HABERMAS: en términos de JIMÉNEZ, para HABERMAS “el tribunal constitucional obtiene su legitimidad no tanto porque sus miembros sean elegidos por cierto método, lo que no deja de tener importancia, aunque sea desde un punto de vista estratégico, como por lo que ellos hacen. Esto es, la legitimación la obtendrían por sus decisiones o mejor dicho, antes que por sus decisiones, por la manera en que las alcanzaran, por la manera en que las fundamentaran”³⁷. Se trata de una legitimidad a posteriori del tribunal constitucional, basada más en cómo desarrollan sus funciones que en quiénes y por qué desarrollan las funciones. Pero el mismo autor descubre las preguntas que hay detrás del planteamiento habermasiano: “¿Cómo sabemos que las decisiones del tribunal constitucional se ocupan del carácter racional de las condiciones procedimentales del proceso democrático?, es decir, ¿cómo sabemos que sus decisiones se atienen a lo

36 LETELIER WARTENBERG, RAÚL, “Jueces ordinarios y justicia constitucional”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 34, n° 3, 2007, pág. 570.

37 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ J., “La legitimidad democrática del juez constitucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 36, 2002, pág. 324.

establecido por su programa de actuación?, ¿por lo que nos diga el propio tribunal?, ¿quién vigila al tribunal constitucional para que se atenga en sus decisiones a un control de racionalidad orientado por principios procedimentales y no por razones sustantivas?”³⁸.

Seguramente estamos ante cuestiones que no son susceptibles de obtener una respuesta conforme, en el sentido de completa. De hecho, nadie nos puede asegurar la racionalidad en la diferencia entre los principios procedimentales y los fundamentos políticos, por la sencilla razón de que negar el carácter político del tribunal constitucional sería, como hemos visto, negar la propia existencia de un control de constitucionalidad. Las nuevas constituciones latinoamericanas están dando un ejemplo claro de cómo puede superarse el esquema tradicional en la legitimidad democrática de origen del tribunal constitucional a través de fórmulas inéditas de participación. Su relevancia en el campo de la recomposición de las relaciones entre soberanía y gobierno es elevada: como afirma NOGUERA, “las nuevas constituciones latinoamericanas, aparecidas durante las dos últimas décadas, han supuesto la creación e introducción de mecanismos novedosos, no existentes en el constitucionalismo tradicional, que ponen la primera piedra para una auténtica rearticulación de las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación y, por tanto, para una democratización de la justicia constitucional”³⁹. Estos mecanismos, en algunos casos, constituyen cambios radicales de paradigmas: la legitimidad democrática del tribunal constitucional ha experimentado nuevas fórmulas con la Constitución boliviana de 2009, la primera en regular –y aplicar– la existencia de un tribunal constitucional, por otro lado de carácter plurinacional, elegido democráticamente a través de sufragio universal⁴⁰, cuyos resultados en el tiempo aún no conocemos.

Pero lo que nos preocupa en este trabajo es la dimensión de la legitimidad funcional, a posteriori: ¿puede la propia Constitución democrática establecer mecanismos sustanciales que determinen los criterios a seguir por parte de los tribunales constitucionales en sus procedimientos?. Esto es, ¿cabe en la Constitución democrática una metodología interpretativa de obligado cumplimiento por parte del órgano concentrado de control de la constitucionalidad? La necesidad de establecer cauces de control jurídico a las funciones del tribunal constitucional para buscar la máxima relación entre voluntad del poder constituyente y normatividad constitucional parecen indicar que sí. De hecho, no es extraño en Derecho comparado la incorporación de cláusulas de interpretación particulares, fundamentalmente en el marco de la aplicación de los derechos fundamentales,

38 *Ibid.* pág. 325.

39 NOGUERA, ALBERT, «¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo». *Oñati Socio-legal Series* v. 1, n° 2, 2011, pág. 23.

40 Art. 198 Constitución boliviana 2009.

como el principio pro homine o la apelación a la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos. Pero sólo recientemente encontramos verdaderas guías interpretativas de la función del tribunal constitucional en las nuevas constituciones latinoamericanas.

Consideremos los dos modelos más concluidos. Veamos en primer lugar el caso boliviano, en la Constitución de 2009, que aunque aprobada con posterioridad a la ecuatoriana fue redactada antes que ésta. El artículo 13 nos introduce una clásica norma de apertura interpretativa, como las que podemos encontrar en Constituciones como la colombiana de 1991 o la venezolana de 1999, que busca mantener las garantías que históricamente se han producido en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo 13

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Posteriormente, la Constitución incorpora en el artículo 256 una nueva norma de apertura, pero esta vez no sólo de interpretación (256.II, que establece la premisa de la mayor favorabilidad), sino de aplicación de derechos.

Artículo 256

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

Hasta aquí, pocas novedades. La Constitución boliviana diferencia claramente entre aplicación y jerarquía, lo que debería evitar problemas de interpretación por parte de los operadores jurídicos, en particular el Tribunal Constitucional Plurinacional. La norma jerárquicamente superior sigue siendo, de acuerdo con el artículo 410.II de la Constitución boliviana: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”; el bloque de constitucionalidad está subordinado a la

Constitución, de lo que no cabe ninguna duda a tenor de la literalidad del propio artículo, que insiste en ello durante la enumeración de las normas jerárquicas que realiza, donde inscribe a los tratados internacionales como jerárquicamente inferiores al texto constitucional.

Ahora bien, el aspecto más interesante, en cuanto a la interpretación de la Constitución, está en el artículo 196 del texto constitucional donde, después de establecer las funciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, se prevé la metodología interpretativa a la que se ha hecho referencia.

Artículo 196

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Nótese, por un lado, que se trata de un mandato al Tribunal Constitucional Plurinacional. Pero la especificación no conlleva límite en cuanto a la posibilidad –podría decirse que necesidad– de que los jueces ordinarios, en la aplicación de la Constitución, utilicen los mismos criterios, siempre a expensas finalmente de la decisión particular, en los casos que la haya, del Tribunal Constitucional. Por otro lado, hay que hacer notar que los criterios establecidos son los defendidos anteriormente como necesarios en la interpretación de la Constitución democrática: el método originario (voluntad del constituyente expresada en sus documentos, actas y resoluciones, lo que busca eliminar el carácter extrasubjetivo de otras fuentes, como las orales) y el tenor literal del texto que, necesariamente, debe entenderse en el contexto (en cuanto a que el texto no es sólo el texto de la norma correspondiente, sino de la Constitución). En tercer lugar, es importante resaltar que no existe prelación entre las diferentes técnicas hermenéuticas, sino que la interpretación tendrá lugar “con preferencia” (y no exclusivamente) teniendo en cuenta la voluntad del constituyente “así como” el tenor literal de las normas constitucionales. La decisión, finalmente, corresponderá al intérprete, que deberá realizar un ejercicio de equilibrio y combinación de técnicas para dotar de sentido al resultado de la función interpretadora. La cláusula de interpretación prevista en el artículo 196.II es, para VEGACENTENO, “la constitución de la constitución”⁴¹.

41 VEGACENTENO, HORACIO ANDALUZ, “La organización jurídica del poder: el Sistema de fuentes en la Constitución boliviana de 2009” *Universitas* n° 120, enero-junio 2010, pág. 37.

El caso ecuatoriano es más, si cabe, interesante que el anterior. La Constitución de 2008 prevé asimismo una serie de normas particulares destinadas a la interpretación específica de los derechos, como el artículo 11.5:

Artículo 11

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

También en este caso estamos ante una cláusula clásica, escrita o no, en la interpretación de los derechos. Se trata de una previsión destinada a la interpretación de la Constitución, incluso del resto del ordenamiento jurídico, por parte de los operadores jurídicos. En el caso ecuatoriano, además, el constituyente de 2009 dio un paso decisivo hacia el control concentrado de constitucionalidad, estableciendo los mecanismos institucionales destinados a asegurar la vigencia de la Constitución:

Artículo 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

(...)

Ahora bien, es el artículo 427, en un estilo semejante al boliviano –el proyecto de Constitución boliviana, que ya había sido aprobado durante la etapa de discusión y redacción de la Constitución ecuatoriana, era ampliamente conocido por los constituyentes de Montecristi–, el que incorpora la novedosa guía interpretadora, que busca encaminar la función de la Corte Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional.

Artículo 427

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido

que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Como se ha afirmado en otra sede⁴², no se trata de un “*numerus clausus*” de criterios interpretativos, sino la apuesta por una metodología de aplicación destinada a que la interpretación constitucional mantenga los avances introducidos en el texto de la Constitución, como ha ocurrido en el pasado en diferentes contextos históricos. La Constitución intenta protegerse de la amenaza de una mutación constitucional que varíase la voluntad del poder constituyente expresada en su texto. Para ello, establece dos niveles interpretativos: uno primero, declarativo de los casos ordinarios -la norma no es específica, a diferencia del caso boliviano, que está destinada al intérprete auténtico-, fundamentado en el texto (tenor literal) y en el contexto (Constitución en su integralidad). Y un segundo nivel, para los casos difíciles (duda) donde incorpora la plena vigencia de los derechos -insistiendo así en la previsión del mencionado artículo 11.5- y la interpretación originaria, dejando abierta la posibilidad de introducción de otros “principios generales” de la interpretación constitucional.

Se trata, en conclusión, de dos casos del nuevo constitucionalismo donde, partiendo de la problemática de la interpretación de la Constitución democrática que se ha analizado, se buscan fórmulas que dirijan la función interpretadora desde el propio poder constituido, pero anclado en la decisión del constituyente. Se complementan con mecanismos de legitimidad democrática de los órganos de control de la constitucionalidad novedosos en Derecho comparado. Finalmente, sólo el tiempo dirá si es una solución válida en la difícil encrucijada de encontrar salidas de la interpretación que más conviene a la Constitución democrática.

42 MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO; GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN; y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 286.

Bibliografía

- AMIRANTE, CARLO, “European governance e Costituzione europea: fra revisione tacita e “anestesia” dei sistemi costituzionali degli stati membri”, en GAMBINO, SILVIO y D’IGNAZIO, GUERINO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti : fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*. Giuffrè, Milan, 2007.
- ASENSI SABATER, JOSÉ, *La época constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008. Abya Yala; UASB; Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011.
- BACHOF, OTTO, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra, Lima, 2010.
- CASAL H., JESÚS MARÍA, *Constitución y justicia constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- DE VEGA GARCÍA, PEDRO, “Jurisdicción constitucional y crisis de la jurisdicción”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* n°7, enero-febrero 1979.
- DICTAMEN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 1/2004 (13 de diciembre), sobre la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo kelseniano” como criterio analítico de control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 2002.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “Una defensa de la rigidez constitucional”. *Doxa* n° 23, 2000, págs. 29-47.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Nino”, en CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- GUASTINI, RICCARDO, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008.
- HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.
- HERRERA, CARLOS MIGUEL, La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* n° 86, octubre-diciembre 1994, págs. 195-227.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ J., “La legitimidad democrática del juez constitucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 36, 2002, págs. 303-325.
- LETÉLIER WARTENBERG, RAÚL, “Jueces ordinarios y justicia constitucional”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 34, n° 3, 2007, págs. 539-574.
- MAESTRO BUELGA, GONZALO, “Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional* n° 15, 2004, págs. 133-158.

- MARTÍNEZ-BARAHONA, ELENA, “Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua”. *Revista de Ciencia Política* vol. 30, n° 3, 2010, págs. 723-750.
- MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO; GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN; y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo”. *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 11, julio 2012.
- NOGUERA, ALBERT, “¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo”. *Oñati Socio-legal Series* v. 1, n° 2, 2011.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales. *Revista de Derecho* vol. XIV, julio 2003, págs. 43-66.
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS, *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos, Madrid, 1998.
- POZZOLO, SUSANA, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. *Doxa* n° 21-II, 1998, págs. 339-353.
- RICHARDS, DAVID A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n°1, septiembre-diciembre 1988, págs. 141-172.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997.
- VEGACENTENO, HORACIO ANDALUZ, “La organización jurídica del poder: el Sistema de fuentes en la Constitución boliviana de 2009” *Universitas* n° 120, enero-junio 2010, págs. 17-59.
- VITURRO, PAULA, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*. Ad Hoc-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002.
- VOLKMANN, UWE, “El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política”. *Teoría y Realidad Constitucional* n°21, 2008, págs. 187-217.

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Víctorhugo Montoya Chávez

Abogado PUCP, con estudios en el CEPC (España) e IIDH (Francia), con máster y doctorando en la Usal (España). Becario Usal-Santander. Fue profesor en UPC, UNMSM y PUCP. Asesor del Tribunal Constitucional

SUMARIO: Cuestiones Iniciales. A. Sentencias y procesos. **B.** Sentencias y supremacía constitucional. **C.** Sentencias y vinculación. **D.** Sentencia y jueces independientes. **E.** Sentencias y votos. **F.** Reflexiones finales.

Cuestiones iniciales

§1. El Tribunal Constitucional (TC) peruano es una institución que fija los criterios en que debe entenderse jurídica y políticamente la Constitución a través de sus sentencias. Es su guardián y controla los excesos que se pueden presentar en el ámbito estatal y en el privado, colaborando así con la gobernabilidad del Estado, su legitimidad y desarrollo. Como lo dice el artículo 201 de la Constitución, es el órgano de su control supremo.

Según el propio TC, al asumir el “rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado” (fundamento 7 de la STC 5854-2005-PA/TC), esta institución debe hacer frente muchas veces a los conflictos de la más alta trascendencia social y política, puesto “que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social. No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales. La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones, persuade y construye un espacio para su

propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural” (fundamento 2 y 3 de la STC 0048-2004-AI/TC).

§2. Su rol es trascendente en vista que el TC se encuentra habilitado para hacer que cualquier actor externo al proceso respete el marco constitucional. En general, los poderes del Estado, antes omnímodos, hoy están sometidos a la Constitución. Las democracias liberales se basan en la afirmación de que cuentan con procedimientos accesibles y arraigados para proteger las libertades de los ciudadanos (Ware 2000). Dicha protección no puede limitarse al poder estatal, sino también al fáctico, pues la *drittwirkung* (eficacia horizontal) de los derechos fundamentales importa un límite a quienes actúan fuera del marco constitucional, incluso lejos del ámbito público. La democracia “no es dualista, es monista; no reconoce límites válidos o distinciones entre la esfera pública y la privada” (O’Donnell 1997: 148).

§3. La forma en que logra el TC cumplir su cometido constitucional es a través de sus sentencias, razón que me ha llevado a analizarlas tanto desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial como normativo. Recurriré, por ende, aparte de lo señalado por la Constitución, a lo que nos dice la Ley 28301, Orgánica del TC (LOTCT), de 2004, y el Reglamento Normativo del TC (RNTCT), Resolución Administrativa 095-2004-PTC.

A. SENTENCIAS Y PROCESOS

§4. El TC es la autoridad judicial que interpreta y aplica las normas constitucionales, teniéndolas presentes, no sólo a la hora de resolver casos particulares, sino también al analizar las leyes ordinarias “y vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución” (Calamandrei 1962: 181). Resuelve como órgano independiente los conflictos por medio de un proceso que debe ser justo, aún cuando sea de derecho objetivo, en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada (Favoreu 1994: 31).

§4. Concluye los procesos, decide casos, solventa la interpretación, cumple las funciones, a través de sentencias constitucionales. Las funciones que debe cumplir la alta corte son la valoración de la disposición sometida a enjuiciamiento; la labor de pacificación, al solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y, la labor de ordenación, toda vez que, sus decisiones tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los ciudadanos en general (STC 0054-2004-PI/TC).

§5. Desde el modelo de separación-de-poderes (similar al *attitudinal model*), en el juego de pesos y contrapesos, el tribunal requiere decidir bajo criterios eficientes. Muchas veces se cuestiona que a través de sus sentencias se convierta en un *policy-maker* informal

(Epstein et al. 2000: 4). No hay construcción teórica válida donde no se proponga que el TC deba ser independiente para poder cumplir el objetivo que la Constitución le asigna a través de la sentencia. Es una institución referente por su trascendencia en el momento de cumplir a cabalidad los postulados teóricos del balance of powers –que ella misma está obligada a respetar y salvaguardar– (Breyer 2007).

§6. De otro lado, gracias a las sentencias se protegen de manera cabal los derechos fundamentales y también controlar los excesos especialmente de quienes están en la cúspide del poder político. En cierta forma ésta es la esencia del TC, pues el carácter político de un acto “no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico” (Bachof 1985: 61). En jurisprudencia comparada se observa la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, No. 03-6696; *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, No. 03-1027; *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, N°s. 03-334 y 03-343, del 2004, caso Guantánamo, que rechazó la afirmación del gobierno de Bush de que el Presidente está facultado para encarcelar a las personas que él acuse de tener conexiones terroristas, sin tener acceso a abogados o al mundo exterior y sin ninguna posibilidad de que la situación sea sujeta a un examen significativo por los tribunales o por otras entidades judiciales. Interesante análisis de este caso, en Dworkin 2004.

§7. En este esquema, la sentencia constitucional tiene una función privilegiada. Según el TC, la sentencia constitucional aparece como orden privilegiada y como ‘cosa interpretada’, que no puede ser comprendida ni analizada desde las perspectivas desarrolladas por la teoría general del proceso, ni desde las teorías que estudian los efectos de las sentencias a partir de la perspectiva civil o penal. Requiere de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución (STC 4119-2005-PA/TC).

La dimensión de la sentencia, como decisión que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales, le otorga una posición de primer orden entre las decisiones del Estado democrático de derecho. Sus peculiaridades resultan por tanto: por la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (bienes indisponibles); por el valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones; y, por el poder extrapartes y su sometimiento sólo a la Constitución y su Ley Orgánica con que actúa el TC. Por eso, toda sentencia del TC, especialmente las que tiene un alto grado de vinculación, expresan la supremacía constitucional en toda su dimensión.

§8. En el modelo jurisdiccional constitucional peruano, el TC comparte roles con el PJ. Entre ambos hay relación de “indispensable coordinación permanente de atribuciones y de propósitos” (Calamandrei 1962: 123). En el caso concreto del TC, éste actúa a través de dos tipos de procesos.

§8.b. En primer lugar están los procesos de inconstitucionalidad y competencial, los mismos que son resueltos con exclusividad en el tribunal. El control de constitucionalidad en una corte, su alcance como jurisdicción exclusiva es la base del análisis de la independencia judicial (Blasi y Cingranelli 1995; Feld y Voigt 2002; Herron y Randazzo 2003; Camp Keith 2001; Smithey e Ishiyama 2000). Como una ley tiene una finalidad que sus efectos se concentren en grupos con pueden tener poder político, el papel de un juez constitucional es esencial “pues a partir de sus razonamientos y precedentes jurisprudenciales tendrá la capacidad de influir en las posturas políticas de un momento coyuntural determinado” (Safar Díaz 2009: 189), aparte de declararla inconstitucional si es contraria a los valores y principios de la Constitución.

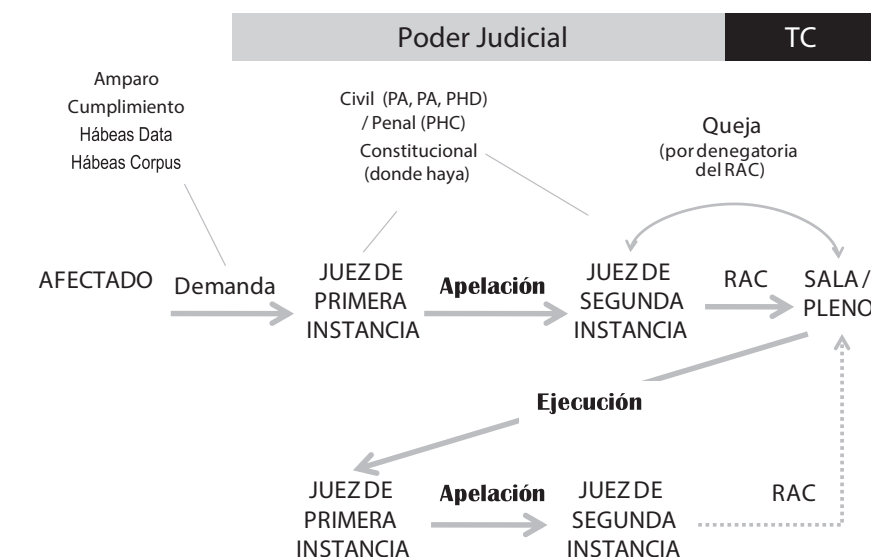
§8.a. El segundo tipo es de tutela de derechos fundamentales (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), que suelen concluir en el TC, salvo que en la segunda instancia judicial haya sido favorable al accionante. El hábeas corpus protege la libertad personal y derechos conexos; el hábeas data, la autodeterminación informativa y acceso a la información pública; el cumplimiento, el acatamiento por parte de la administración pública de actos por ella emitidos y leyes; el amparo, el resto de derechos fundamentales; todos ellos desarrollados en el artículo 200 de la Constitución. Muchos de los casos resueltos en la justicia ordinaria suelen llegar al tribunal -en virtud de los amparos o hábeas corpus- alegándose la violación del derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 139.3 de la Constitución y artículo 4 del Código Procesal Constitucional).

Una gran discusión se presentó dentro de una misma sentencia sobre los efectos que pueden tener las decisiones en los procesos de tutela de derechos fundamentales, pues al igual que la inconstitucionalidad, son ex nunc, tampoco pueden efectos prospectivos. Sin embargo, en un proceso de amparo que versaba sobre una norma de rango infraconstitucional, se arguyó indebidamente que la norma vulneratoria de derechos era autoaplicativa y, tras alegar violación del derecho a la igualdad sin la debida sustentación, el TC se decantó por darle la razón al accionante con la siguiente consecuencia: “4. REPONIÉNDOSE las cosas al estado anterior a la violación constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás; sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda regular nuevamente la tasa arancelaria referida conforme al fundamento 24, supra” (fallo de la STC 3116-2009-PA/TC). Al respecto, un voto singular cuestionó duramente esta decisión: “26. Es decir, la utilización del amparo para comprobar la validez constitucional de una norma autoaplicativa no sólo tendría un efecto cercano a las del control abstracto (si bien no expulsa la norma del ordenamiento, le quita validez y eficacia), sino que incluso su uso podría tener consecuencias más amplias y gravosas. Con independencia de la acción popular, cuyas sentencias fundadas podrían, pero no necesariamente, determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas, las inconstitucionalidades prima facie no tienen tal efecto [artículo 81° del Código

Procesal Constitucional], más aún si normativamente se ha dejado sentada el siguiente enunciado: “Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado” [artículo 83° in fine del Código Procesal Constitucional]. 27. Así, al control difuso aplicado mediante el proceso de amparo se le estaría otorgando mayor amplitud que a un control abstracto de normas legales. Como bien lo señala el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, y según fue explicado al inicio del presente voto, la sentencia que declara fundada la demanda debe disponer aparte del mandato directo, la inaplicabilidad de la citada norma, pero no faculta, ni lo podría haber hecho, la restitución de un determinado valor arancelario reservada su fijación por un decreto supremo, que es una norma general y abstracta, por lo que es inadmisibles reconocer al control difuso efectos retroactivos, y menos aún que pueda recobrar vigencia el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, por cuanto es contrario a lo establecido en el artículo 103° de la Constitución”. No hay nada que agregar al voto singular; estoy completamente de acuerdo con él.

§9. Si bien no es difícil entender cómo asume competencia en los procesos de inconstitucionalidad y competencial, por ser el TC la única instancia, considero imperioso presentar esquemáticamente; qué ruta sigue una demanda en un proceso de tutela de derechos, donde tras un recurso de agravio constitucional (RAC), el caso llega recién llega al TC (sala o pleno). El proceso concluye en principio de 2 formas: a través de una sentencia, cuando existe pronunciamiento sobre el fondo (fundado o infundado), o de una resolución, cuando el pronunciamiento es de forma (improcedente). Merece la pena aclarar que en teoría ambas deben ser llamadas resoluciones; lo que en el TC peruano se llama resolución, en doctrina procesal, es llamado auto.

GRÁFICO 1: El Trámite de los Procesos de Tutela de Derechos



Elaboración: Propia

§10. Las sentencias pueden ser clasificadas de forma distinta; pueden ser de especie y de principio, pero también estimativa o desestimativa. Las primeras pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas y las interpretativas manipulativas, que a la vez pueden ser de reductoras, aditivas, sustitutivas o exhortativas. Las segundas son las que declaran inadmisibles, improcedentes o infundadas las demandas, y que pueden ser de rechazo simple o por sentido interpretativo (STC 0004-2004-CC/TC).

§11. Tomando en cuenta lo señalado en los procesos de tutela de derechos fundamentales, una sentencia constitucional debe contener: identificación del demandante y del demandado, identificación del derecho o bien vulnerado, fundamentación, determinación precisa y mandato (dejar sin efecto la norma); si existe una omisión en su contenido pueden ser integradas (artículos 11 y 17 del Código Procesal Constitucional).

En el caso de las sentencias de inconstitucionalidad, y a veces las competenciales, normalmente se puede observar una página de presentación, luego un sumario, para después presentarse un listado de las cuestiones constitucionalmente relevantes, y por último entrar a la fundamentación, la misma que suele estar dividida en partes y subpartes, y al fallo. Este esquema también es seguido en algunas oportunidades en las sentencias de tutela de los derechos fundamentales, sobre todo cuando los casos son relevantes.

El TC, a través de la STC 0024-2003-AI/TC, determinó las partes con las que debe contar una sentencia constitucional: razón declarativa-axiológica (valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución); razón suficiente (principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, la ratio decidendi de la sentencia); razón subsidiaria o accidental (reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientativas; es el obiter dicta); invocación preceptiva (normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas) y decisión o fallo constitucional (consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional).

En la STC 4119-2005-PA/TC, por su parte, las sentencias no sólo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente son precisamente las ‘interpretaciones’ que se ubican en la parte de la justificación del fallo. Dentro de la motivación hay que ubicar la denominada ratio decidendi –o ‘hilo lógico’ del razonamiento de los jueces–, que comprende tanto el principio de derecho como el hecho relevante considerado por el juez (holding), como también las denominadas obiter dicta o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de aggiornamento (obiter dicta).

§12. Las sentencias son emitidas con numeración determinada anualmente en forma correlativa y por orden de ingreso en virtud del número del expediente

(en el pasado sí tenía numeración propia). Según los artículos 118, 120 y 121 del Código Procesal Constitucional y artículo 53 del RNTC, contra dichas sentencias no cabe impugnación alguna, mas sí aclaración, regla referida con exclusividad a la inconstitucionalidad, pero aplicada a los demás procesos constitucionales; contra los decretos y autos sí cabe reposición.

B. SENTENCIAS Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

§13. La relación entre TC y supremacía constitucional refuerza la confianza que debe tenerse en el juez democrático y su capacidad de control del poder, incluso del que ostenta el órgano con mayor legitimación que puede existir (representantes elegidos democráticamente) en especial a través de los procesos de inconstitucionalidad. En general, los jueces que siguen sus preferencias ideológicas contribuyen con la realización de una variedad de objetivos legítimos y democráticos (Peretti 2003: 90), lo cual expresan en sentencias independientes.

§14. La Constitución aparece, no como el “centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger” (Zagrebelky 1995: 14). Entendida como límite al poder político que garantiza libertades, posibilita la institucionalización de acuerdos políticos, sociales y económicos presentes en una asamblea constituyente, donde los diversos sectores colectivos concilian sus intereses y los desarrollan, previa aceptación de los límites a los que se sujetan –pacto o contrato social–.

§15. Frente a la propuesta estadounidense de la judicial review, en la Europa continental de inicios del siglo pasado se promovió el surgimiento de un órgano especializado en la tutela de la Norma Fundamental, el TC. De ser el mero controlador de constitucionalidad de las leyes (Kelsen 1989), hoy es el responsable de la garantía y actualización de la Constitución como contrato social y codirector de su proceso continuo (Häberle 2004), encargado de resguardar la Constitución y controlar los abusos del resto de poderes públicos.

A partir de los límites propuestos a la soberanía regia británica del siglo XIII, retomando el pensamiento aristotélico, en el pensamiento europeo se promovieron poderes estancos (tradicional división de poderes de Locke y Montesquieu) que fueron institucionalizados, superados y constitucionalizados en el ámbito estadounidense a través del checks and balances, el cual constriñe que cada órgano del Estado tenga los mecanismos normativos e institucionales para evitar las injerencias indebidas del resto de poderes (Hamilton, Madison y Jay 1961(1788)). Asimismo, Loewenstein 1976 postuló los clásicos ‘exámenes interorgánicos’ entre los poderes públicos.

Visto así, el poder del Estado –limitado, en principio– se escinde y se encierra en un sistema de competencias circunscritas (Schmitt 1982). La división de poderes evita

el monopolio del poder, para evitar los costes de transacción elevados que provocan, afectantes de la toma de decisiones (Posner 2007) y si bien podría considerarse que la fusión de los poderes públicos en un solo órgano puede llegar a ser eficiente, la desconcentración del poder crea división de labores entre los poderes estatales, asegurándose la ejecución de políticas públicas, más allá del término del mandato y con un control más efectivo de la burocracia.

§16. Dentro del modelo de actitud, “los jueces –particularmente los de Cortes de apelación– ven los casos principalmente como asuntos ampliamente políticos y socioeconómicos y... generalmente responden a estos asuntos de acuerdo con sus valores y actitudes personales” (Neubauer, 1997: 410). En el TC, los magistrados tienen un amplio margen de decisión, considerablemente mayor al de los jueces del Poder Judicial, tomando en cuenta que debe interpretar un documento intrínsecamente abierto como es la Constitución, a la vez de buscar el respeto por su supremacía ¿El derecho en este esquema simplemente justifica el activismo judicial? La norma permite ser interpretada, la misma que se realiza siguiendo determinadas preferencias. La realidad parece estar más bien entre medios de esos dos extremos: el legalismo rígido frente al activismo discrecional. Ni el juez es un títere de la ley ni es un manipulador fuera de control (a veces, sin embargo, prima un extremo sobre el otro). Todo deriva a la fuerza del argumento (Perelman 1997: 96).

En tal sentido, existe la “necesidad de crear reglas constitucionales de incentivo al autocontrol y a la incorporación del bienestar general dentro de la función de utilidad que da el ejercicio del poder” (Safar Díaz 2009: 184). En este esquema, el tribunal se convierte en un mecanismo de restricción, racionalización y control del poder estatal y social (Häberle 2004), lo cual consigue a través de la emisión de las sentencias constitucionales.

Si bien en un modelo democrático, las elecciones son el mecanismo primario para disciplinar a los máximos funcionarios del Estado, es necesario que los pesos y contrapesos actúen en toda su dimensión (Persson et al. 1997). Aunque se plantee que el “monopolio judicial... merma el número de escenarios en el que ocurre el diálogo constitucional (y) resulta corrosivo para la ilustración constitucional” (Finn 2001: 41), el control dentro del Estado, es necesario para fortalecer la rendición de cuentas, tanto de forma vertical (Estado-sociedad) como desde el punto de vista horizontal, donde la accountability es producto de ‘redes’ de órganos estatales que incluyen en su cúspide a los tribunales (O’Donnell 1997).

§17. Tal esquema obliga al TC, como guardián de la Constitución, a controlar los excesos que se pueden presentar en el ámbito estatal y en el privado, gracias a la resolución de los conflictos que llegan a su seno en forma de procesos constitucionales. A su vez, Tate y Vallinder 1995 presentan el fenómeno de la judicialización de la política a partir de la adopción de la decisión judicial para solucionar controversias en

el espacio político. Así, el TC colabora con la gobernabilidad del Estado, su legitimidad y desarrollo. Pese a ello, Gargarella 1997 no es tan optimista sobre el rol que debe cumplir un TC a la hora de controlar leyes.

§18. Según la misma Norma Fundamental, todos nosotros nos encontramos obligados a respetarla, cumplirla y defenderla (artículo 38 de la Constitución). Esta norma se configura como un ‘derecho sobre el derecho’, en tanto fórmula de un vínculo ineludible de la persona con la eficacia de la normatividad (Ferrajoli 2002: 67), concepto recibido por la jurisprudencia peruana, entendiéndola como ‘Derecho de la Constitución’, conjunto de valores, derechos y principios que limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (STC 5854-2005-PA/TC). Si la Constitución es el órgano de control de la Constitución, a través de sus sentencias, el TC debe intentar que prime en cada instante.

§19. Vale recordar que la Constitución es fuente de derecho en sí misma, pero sobre todo es la fuente de fuentes que regula la producción normativa (STC 0047-2004-AI/TC), y su efecto invade todas las esferas del poder, no sólo del formal sino también del informal. Para lograrlo se requieren mecanismos procesales específicos tendentes a asegurar su vigencia. Esto es así en vista que “la administración de la justicia es esencialmente un servicio prestado por el Estado a la comunidad, como forma de preservar la paz social y facilitar el desarrollo económico por medio de la resolución de conflictos” (Santos 2001: 127).

§20. El supremo intérprete de la Constitución actúa según sus atribuciones, moderación que también ha de orientar la actuación de los magistrados, para que participen de la ‘cooperación material en el consenso básico’. Del control de la Norma Fundamental (artículo 201 de la Constitución), se deriva su consideración como máximo órgano de interpretación constitucional (artículo 1 de la LOTC y artículo 1 del RNTC).

Para cumplir su cometido constitucional, el TC ha creído conveniente promover lo que ha llamado la autonomía procesal constitucional. Según la STC 4119-2005-AA/TC, esta autonomía permite una especie de ‘sacrificio de las formas procesales’, en pos de la tutela de los derechos. Se valió de ella para establecer figuras como la del *amicus curiae*, el litisconsorte facultativo o el partícipe (STC 020-2005-AI/TC). Además sirvió para darle un sentido novedoso al RAC (STC 2877-2005-PHC/TC), determinando la apelación per saltum (STC 0004-2009-PA/TC) y consolidando el recurso a favor del precedente (STC 4853-2004-AA/TC). Pero no sólo ello, sino que incluso figuras clásicas como la del control difuso en la STC 3741-2004-AA/TC fue ampliada para permitir su utilización en sede administrativa (sobre el tema, Vid. Vila Ormeño 2009). En la actualidad, ha empezado a restringir el uso de la autonomía procesal constitucional.

C. SENTENCIAS Y VINCULACIÓN

§21. Como reflejo de la idea de supremacía constitucional (artículo 51 de la Norma Fundamental), el TC está facultado a interpretar la Constitución misma, fuente de todo el ordenamiento, toda sentencia que emita puede tener influencia en diversas áreas del derecho y afectar la vida social, económica y política del país. Entonces, cada vez que el TC resuelve un caso, está interpretando la Constitución.

§22. Ello no cabe dudarlo en los procesos de control abstracto –o de supremacía constitucional–, las sentencias tienen una propiedad privativa: siempre poseerán un alcance erga omnes. Se les reconoce un ‘efecto general’, que incluye su publicación en el diario oficial para el caso inconstitucionalidad y acción popular (artículo 81 del Código Procesal Constitucional; para el caso específica de la primera, también, artículo 204 de la Constitución). Se le considera también que tiene una eficacia ‘frente a todos’, con plena vinculación a los poderes públicos, en caso del proceso competencial (artículo 113 de la Constitución).

§23. El problema se presenta, entonces, cómo la supremacía constitucional puede tener mayor más fuerza en los procesos de tutela de los derechos fundamentales. Como se dejara sentado supra, en dichos procesos las sentencias tendrían un efecto inter partes. Éstas son ‘sentencias ordinarias’, aquellas que ponen fin a una controversia determinada, en un caso específico. Según el Código Procesal Constitucional, en el hábeas corpus, se hace énfasis en las consecuencias que encierra, tomando en cuenta la restitución del derecho a la libertad o conexo ante su violación o amenaza (artículo 34); en el amparo, la intensidad legislativa recae, aparte en su contenido (artículo 55) en la forma que debe ejecutarse, insistiendo en plazos y responsabilidades (artículo 59) y previendo la posibilidad de represión de actos homogéneos (artículo 60), conceptos extensibles en cierta forma al hábeas data y cumplimiento (artículos 65 y 74); para el caso específico del cumplimiento, también se hace hincapié en el contenido de la misma (artículo 72).

Una sentencia ordinaria, común, simple, como sucede en el sistema estadounidense, aparte de adquirir la calidad de cosa juzgada -en general, artículo 139.2; sobre la constitucionalización de su contenido, STC 4853-2004-PA/TC; específicamente, en los procesos constitucionales de libertad, artículo 6 del Código Procesal Constitucional- debe servir de precedente para casos análogos ulteriores, y que deberán resueltos de una manera equivalente (Farnsworth 1990). No es posible considerar que el órgano constitucional, pese a su capacidad interpretativa, no pueda otorgarle un amplio valor a la sentencia ordinaria. Negar este peso, sería objetar a este órgano una de sus principales funciones: la de desentrañar el verdadero significado al dispositivo constitucional.

§24. Sin embargo, en el ordenamiento procesal constitucional, las sentencias ordinarias pueden convertirse en vinculantes (*stare decisis*) en virtud del precedente y jurisprudencia, previstos en los artículos VII y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En el caso de los procesos de control de constitucionalidad, contra sus sentencias no cabe impugnación (artículo 121 del Código Procesal Constitucional, sobre la base del artículo 203 de la Constitución), y al ser *erga omnes*, su objetivo es expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que resultan incompatibles con la Constitución.

§25. Así como son importantes las normas en el ordenamiento peruano, básicamente de origen civil-romano, cada vez cobra más fuerza la existencia del precedente, propia del *common law*, o más aún se fortalece la vinculación intrínseca a los procesos de control abstracto, pues el *stare decisis* (“*Stare decisis et quia non movere*”, que en inglés se expresa con la frase “*to stand by that which is decided*”) sólo se aplica a casos en principio *inter partes* para que tengan una eficacia *erga omnes*. Por ello, se concibe al *common law* como un derecho hecho por los jueces (*judge-made law*), en donde, se reconoce como primera fuente del derecho a la jurisprudencia (*case law*), en el que su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial (*binding of precedent*), la cual se extiende a través del principio de *stare decisis*. Pero hay que tener cuidado. Debido a su adherencia a las normas textuales y a los precedentes, los jueces pueden dar durabilidad a los privilegios establecidos en normas legales a los grupos de interés (Landes y Posner 1976: 875-901).

Más, para captar el auténtico alcance del *stare decisis* no sólo es válido referirse al caso concreto que se está resolviendo, sino también es imprescindible el análisis de las instituciones jurídicas involucradas, los intereses de la comunidad y las limitaciones de la función legislativa (Sentencia de la Corte Suprema estadounidense, Caso *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)). El Código Procesal Constitucional regula el precedente vinculante (artículo VII del Título Preliminar). Según éste, el TC debe explicar qué parte de su sentencia constituye precedente y, en consecuencia, cuenta con efecto normativo. El artículo previo (el VI del Título Preliminar) prevé la existencia de otra forma de *stare decisis*: la jurisprudencia constitucional vinculante. También causa vinculación en el TC, las sentencias de los procesos de control abstracto (competencial e inconstitucionalidad). Según lo expresé hace unos años, estas sentencias “equivalen a la denominación de lo que es una decisión dictada por un tribunal y que ha de ser mantenida en casos similares o análogos que se resuelvan en el futuro”, es decir, *to treat like cases alike* (Montoya Chávez 2007).

§26. En la tradición jurídica se denomina precedente a la doctrina o criterios jurisprudenciales sentados por los más altos tribunales y cuya observancia se ordena o recomienda, con más o menos vigor, a los tribunales y jueces inferiores (Gascón Abellán 1993: 11). La fuerza vertical del principio de *stare decisis* ordena el *case law* en forma jerárquica, de modo que todo órgano jurisdiccional queda vinculado a la doctrina

establecida por los tribunales de rango jerárquico superior que tiene jurisdicción para revisar sus decisiones (Magaloni Kerpel 2001: 38). En tal sentido, si la decisión de una corte representa un precedente idóneo para influenciar una decisión sucesiva de esa misma o de otra corte, es una cuestión que depende del orden institucional de los órganos que administran justicia (Taruffo 2003: 196).

§27. Se puede considerar que entre el precedente de la tradición del common law y la jurisprudencia de la romano-germánica existen diferencias esenciales. En primer lugar, el precedente es obligatorio, aunque se sustente en una sola sentencia; la jurisprudencia, normalmente, debe derivarse de varias sentencias y, por regla general, no tiene fuerza obligatoria, sino sólo persuasiva.

En este sentido, el TC ha precisado que “la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (ratio decidendi). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante, con el que mantiene una diferencia de grado” (fundamento 2 de la STC 6167-2005-PHC/TC). También ha expresado que “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos. En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia” (STC 0024-2003-AI/TC).

§28. A diferencia del stare decisis del common law, en este caso, el carácter vinculante de la sentencia se da sobre la base del dictum, y no sobre la ratio decidendi. Pese la exigencia de su respeto por los jueces inferiores al TC, “lo dictado debe ser seguido si es lo suficientemente persuasivo” (Sentencia de la Corte Suprema estadounidense, Caso Central Green Co. v. United States, 531 U.S. 425 (2001)), lo cual importa una actitud reflexiva por parte del TC sobre cómo ha venido utilizando esta categoría resolutoria en su práctica diaria, pues en muchas oportunidades la ha empleado incorrectamente.

§29. Lo que queda claro es que el TC sí está capacitado a cambiar su propio precedente, pero se le exige que sea de manera fundamentada y según un criterio de ‘razonabilidad’: Pero, ¿esta variabilidad afectará necesariamente su imperatividad? El efecto de decidir su modificación puede tener un doble sentido: uno retroactivo (aplicable a los hechos sometidos al análisis del TC) o uno prospectivo (aplicable a los hechos aparecidos con posterioridad a la nueva decisión del TC). En el caso del prospective overruling (por ejemplo, STC 0090-2004-AA/TC) incluso se llega a permitir la existencia de una *vacatio sententiae*, al ser necesario la garantía de la seguridad jurídica. De otro lado, “cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente” (artículo VII in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En contra de la técnica de la derogación prospectiva, y por ende a favor del carácter retroactivo, se ofrecen los siguientes argumentos: a) permite a los tribunales crear nuevo derecho sin aplicarlo al caso planteado ante el tribunal; b) un juez que usa la derogación prospectiva se asemeja demasiado a un legislador; c) si esta técnica estuviera disponible la derogación se realizaría mas normalmente y se perturbaría la certeza que resulta de la doctrina estricta del *stare decisis*; d) la derogación prospectiva fomenta la reforma judicial del derecho, y esto debiera hacer por un Parlamento elegido democráticamente, más que por el Poder Judicial (Iturralde Sesma 1995: 77).

Como parte de la técnica del overruling, un juez sí está capacitado para variar su autoprecedente, pero no podrá hacerlo si es que no media alguna ‘compelling justification’ (Sentencia de la Corte Suprema estadounidense, Caso *Hilton v. Carolina Pub. Rys. Comm’n*, 502 U.S. 197, 202, 112 S. Ct. 560, 565 (1991)). Por eso, se ha exigido en el caso nacional que para la variación del precedente deben presentarse tres elementos esenciales: “a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión. b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión. c) Determinación de sus efectos en el tiempo” (STC 0024-2003-AI/TC).

Es así como tomando en cuenta el ‘principio de inercia’, para que el cambio de precedente sea legítimo deberán existir causas suficientemente graves o razones de justicia que lo ameriten (Sentencia de la Corte Suprema argentina, Caso *B, A.D. contra Provincia de Buenos Aires*, de 2006), es decir, no debe darse por consideraciones sociales o políticas, sino, por el contrario, una incompatibilidad con el nuevo orden constitucional o la presentación de nuevos argumentos no analizados con anteriores. El cambio razonado habrá de sustentarse, entonces, tanto en una vocación de corrección como en un análisis de una realidad versátil (STC española 242/1992, 4), por lo que, cuando el TC decida realizar un overruling, el análisis costo-beneficio debe ser favorable a la variabilidad antes que a la permanencia.

Al respecto, cabe realizar una crítica a la actividad realizada por el TC no hace mucho tiempo. En la STC 3361-2004-AA/TC, juzgaron que los procedimientos de ratificaciones realizados hasta el momento en que se emitió la sentencia debían ser convalidados, exigiéndose la motivación únicamente para los nuevos casos, utilizando la regla del prospective overruling. El tribunal señaló que: “Al momento de realizar el procedimiento de ratificación, el Consejo Nacional de la Magistratura, en el presente caso, lo hizo de acuerdo a las normas vigentes e interpretando adecuadamente las mismas, por lo que no se llega a demostrar la vulneración de los derechos constitucionales invocados por el demandante; por ende, no es posible disponer su reposición en el cargo, ni otorgar el pago de remuneraciones, devengados e intereses”. Aplicó el overruling en vista que años antes, el TC había emitido la STC 1941-2002-AA, caso Almenara Bryson, que había admitido la ratificación sin motivación alguna, razón por la cual, el Consejo había realizado la ratificación según lo que tribunal había señalado; el cambio en la jurisprudencia, muy bien sustentado, tenía entonces que aplicarse hacia futuro. Sin embargo, en el 2009, se realizó un cambio de precedente, a través de la STC 1412-2007-AA/TC. A través de su fallo se anuló el carácter de precedente vinculante del prospective overruling, por lo que podía utilizarse este criterio para casos planteados con anterioridad a 2005, considerándose que la anterior sentencia provocaba una “distinción allí donde la ley no la ha formulado y ha traído como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación al derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas”. Según un voto singular este cambio jurisprudencial muy poco tenía que ver con la igualdad pues “la variación del precedente se aplicaría a poquísimos casos; sólo tales recurrentes se beneficiarían con una aplicación inmediata de la sentencia, a diferencia de los múltiples casos que han sido resueltos desde el 2005, año en que se emitió el precedente vinculante. Lo cual no se condice con la vocación de permanencia ni generalidad, rasgos que generan predictibilidad y certeza jurídicas, que son inherentes a la naturaleza del precedente constitucional”. Pese a resolverse sobre el derecho a la igualdad, no alegado en la demanda, el TC no desarrolla ni se hace mención al artículo 2.2 de la Constitución donde está recogido. Parece que el órgano de control de la Norma Fundamental realizó el cambio de precedente con poca pulcritud.

D. SENTENCIAS Y JUECES INDEPENDIENTES

§30. El TC requiere de jueces idóneos para cumplir con su cometido y emitir sentencias constitucionalmente correctas, con alta vinculación y respeten la supremacía constitucional. Los tribunales requieren de “protecciones formales y estructurales que no son ni necesarias ni suficientes para asegurar la independencia judicial” (Cameron 2002: 140), condicionan que requiere la calidad de un juez constitucional. Según la Constitución, en su artículo 201, el TC nacional está compuesto por siete miembros. Según el artículo 8 de la LOTC y artículos 2 y 9 del RNTC, son llamados magistrados.

Entre ellos, el orden de precedencia es el de presidente, vicepresidente y magistrados por orden de antigüedad en el cargo y, en caso de igualdad, por el de mayor antigüedad en la colegiatura.

§31. Es en el juez donde se puede demostrar la existencia de preferencias preconcebidas hacia alguna de las partes o intereses personales en el resultado (Toharia 1999; Schedler 2000, 2003). Por eso, la imparcialidad es un componente de la independencia interna (Méndez, 2000: 8) o de la funcional (fundamento 15 de la STC 2852-2010-PA/TC; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Pullar c/ Reino Unido, de 10 de junio de 1996).

Una visión elitista del juez constitucional podría excluir a los ciudadanos y a sus representantes electos de la labor legítima de elegir, modelar y remodelar nuestros valores e ideales fundamentales (Finn 2001: 57-58); la ‘empresa constitucional’ debería considerarse, por el contrario, un asunto ampliamente democrático, y requiere del TC que se ubique en el lugar preciso que le corresponde en el nuevo diseño del Estado. Es incontestable su rol “in the establishment and maintenance of constitutional democracies” (Epstein et al 2000: 155). Su importancia capital para el funcionamiento de la vida pública y privada, sin embargo, no puede ser confundida con el otorgamiento de atribuciones excesivas. Un verdadero juez constitucional emite sentencias que permiten que permite democratizar al Estado.

§32. Uno de los elementos básicos para que los jueces sean independientes y puedan emitir sentencias también independientes es necesario analizar cómo son elegidos aquéllos. La alta corte está conformada por miembros que provienen íntegramente de la decisión del Congreso de la República, según lo desarrolla el artículo 201 de la Constitución. Para llevar a cabo la elección parlamentaria, se forma una comisión seleccionadora que entre los candidatos que postulan al puesto, tras entrevistas y exámenes curriculares, definen listas finales que son sometidas a votación por el pleno del Congreso, el mismo que decide la elección en caso de obtener una votación calificada del 2/3 de los miembros. Son designados por el Congreso mediante resolución legislativa, luego de una votación, antes de la cual se analizaron los candidatos por una comisión especial integrada por entre 5 y 9 congresistas, procedimiento iniciado por una convocatoria 6 meses antes de la expiración de los magistrados a ser reemplazos. Asumen el cargo a los 10 días de ser elegidos (artículos 8 y 10 de la LOTC y artículo 16 del RNTC).

§33. Para ser magistrado, también según el artículo 201 constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Según los artículos 11 y 12 de la LOTC y artículo 15 del RNTC, pueden ser magistrados los peruanos de nacimiento, ciudadanos en ejercicio, con 45 años de edad como mínimo y haber sido magistrado supremo, o superior por 10 años, o haber sido abogado o profesor universitario durante 15. No pueden ser magistrados si los jueces o fiscales fueron

destituidos, abogados inhabilitados, los condenados, declarados en estado de insolvencia o quienes han ejercido cargos en gobiernos de facto. La Constitución también ha estado atenta a señalar que el cargo dura cinco años, y no hay reelección inmediata (en el mismo sentido, artículo 9 de la LOTC). Gracias a la reincorporación de 3 magistrados destituidos incorrectamente por el Congreso fujimorista y por la falta de acuerdo político en el Congreso durante los últimos años, el ingreso de magistrados ha sido por bloques.

Mucho se ha escrito sobre la elección de magistrados de alta investidura, sobre todo en la literatura estadounidense a propósito de los jueces de la Corte Suprema. Es que es central para cualquier intento de fortalecimiento institucional de cualquier tribunal que sus miembros sean lo más idóneos posibles. Si el TC tiene problemas o éxitos, no cabe duda que estos se debieron iniciar en la elección realizada por el Congreso de la República.

§34. Debido a que los patrones ideológicos usualmente son aparentes en el historial de decisiones de los nominados, quienes “seleccionan a los jueces son alentados y capacitados para que encausen el rumbo futuro de las políticas judiciales” (Peretti 2003: 90). Por ello, para Stephenson 2003, la elección de un alto funcionario del Estado -como los magistrados del TC- a través de otros órganos políticos (en este caso, el Congreso) se da a través de la fórmula

$$tE_{D,t} = V^{D,E(X)t}aD + E_{D,t,d},$$

donde X es la variable que indica la tendencia de la política pública del partido de gobierno (si se trata el partido I, su valor tiende a 0; si se trata del partido D, su valor tiende a 1; indica el nivel de aversión al riesgo del partido; y E es la variable exógena aleatoria. El planteamiento funciona bajo consideraciones o supuestos especiales, a saber: la existencia de dos postulados políticos opuestos, denominados de derecha (D) y de izquierda (I); los postulados políticos (DoI) se materializan en la existencia de dos partidos; cada uno de los partidos compite por el control de la política pública a lo largo de diferentes periodos $t \in \{0,1,2,\dots\}$; durante cada periodo, el partido que detenta el poder, controla la política de gobierno con una probabilidad p; para cada periodo de gobierno, se valoran unas utilidades para los partidos. Este modelo es propuesto para cuando el presidente propone para que el Legislativo escoja. Lo importante es que en el caso peruano del TC, es un solo actor (con 130 cabezas) el que elige a los magistrados, aunque sí es una dificultad es que el cargo no sea vitalicio.

§35. El proceso de posicionamiento institucional del TC no ha sido uniforme. En los casi 15 años que lleva funcionando, el TC ha contado con 19 miembros. Han pasado 5 gobernantes y durante el mandato de 3 de ellos ha habido elección de magistrados. La renovación se produce de forma bastante azarosa, con renovación incluso individual (así fue el último cambio, donde salió Landa Arroyo e ingresó Urviola).

Cuadro 1
Los 19 magistrados del TC peruano (según presidente que coincidió con su mandato)

		96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12
1	NUGENT	X	X	X	X	X												
2	ACOSTA	X	X	X	X	X												
3	DÍAZ	X	X	X	X	X												
4	GARCÍA M.	X	X	X	X	X												
5	REVOREDO	X	X				X	X	X	X								
6	REY	X	X				X	X	X	X								
7	AGUIRRE	X	X				X	X	X	X								
8	ALVA						X	X	X	X	X	X						
9	GONZÁLEZ						X	X	X	X	X	X						
10	BARDELLI						X	X	X	X	X	X						
11	GARCÍA T.						X	X	X	X	X	X						
12	LANDA										X	X	X	X	X	X		
13	VERGARA										X	X	X	X	X	X	X	X
14	MESÍA											X	X	X	X	X	X	X
15	BEAUMONT													X	X	X	X	X
16	CALLE													X	X	X	X	X
17	ETO													X	X	X	X	X
18	ÁLVAREZ													X	X	X	X	X
19	URVIOLA															X	X	X

Elaboración: Propia

El recambio de jueces –observable en el cuadro– ha permitido diversas conformaciones del pleno, coincidentes con los gobiernos de Fujimori (1), Paniagua (2), Toledo (3), García (4) y Humala (5).

De las últimas experiencias congresales, no parece que exista una intención clara del Legislativo de cumplir con su responsabilidad frente al país, pues a diferencia de la comisión seleccionadora Pease –que finalmente eligió a Landa, Vergara y luego de un tiempo a Mesía–, las siguientes (comisión Pastor y La Madrid) fueron objeto de algunos cuestionamientos.

§36. Asimismo para que los magistrados sean independientes y emitan sentencias que cumplan su objetivo constitucional, no sólo es importante elegirlos correctamente, sino también se les deben reconocer diversos derechos. Entre ellos, está contar con los requerimientos logísticos, remunerativos y de asesoría idóneos para cumplir sus funciones, por lo que le corresponde formular declaración jurada de bienes y rentas, cuidar los bienes públicos a su disposición y presentar un informe luego de un viaje (artículos 19.11, 19.14, 19.15, 20.2 y 20.3 del RNTC).

También se plantea respetar el estatus que posee cada magistrado: un nivel que le permita ejercer el cargo con tranquilidad. Quienes ejerzan el oficio de juez deben tener un nivel social acorde con el que su profesión representa. El nivel social decoroso se obtiene acorde a una remuneración adecuada. “La consecuencia ideal del anterior planteamiento es que los magistrados de la Corte Constitucional no tengan incentivos para desviar su actuación en pro de la consecución de beneficios de carácter económico que tiendan a mejorar su nivel de vida y el de su familia” (Toro Ochoa et al. 2008).

El RNTC también ha señalado que un cabal magistrado del TC le corresponde cumplir y hacer cumplir la Constitución (su primacía y los derechos fundamentales) y el resto del ordenamiento jurídico, con LOTC, Código Procesal Constitucional y RNTC incluidos (artículos 19.1 y 19.2); sólo así podrá emitir sentencias con firmeza y soberanía. Aparte de dar el ejemplo, deben cumplir con sus deberes, como la de guardar absoluta reserva sobre los asuntos que resuelve, observar el horario, tratar con respeto a abogados y partes y mantener “conducta personal ejemplar, de respeto mutuo y tolerancia, y observar las normas de cortesía de uso común” (artículos 19.5, 19.6, 19.8 y 19.12). En un caso concreto, los magistrados del TC son irrecusables, pero sí se pueden abstener por tener interés directo o indirecto, causal de decoro o porque el hecho impide resolver (artículo 5 de la LOTC y artículo 8 del RNTC).

§37. Ser órgano de control de la Constitución –y encargado supremo de interpretación de la misma– implica ser independiente (artículo 201 de la Constitución). Según el artículo 14 de la LOTC, los magistrados del TC no “reciben instrucciones de ninguna autoridad”, lo que redundará en la forma en que resuelven los conflictos constitucionales.

Por el tipo de casos que llegan a su sede, es imprescindible que los magistrados actúen lejos de cualquier condicionamiento, que ningún tipo de poder actúe sobre él. Deben decidir si mantiene constante sus actitudes axiológicas respecto de los hechos y las fuentes del derecho (Cameron 2002: 134). A través de la independencia judicial en el tribunal se podrá asegurar el rendimiento político de cuentas, expandir la representación de grupos de interés y contribuir a fomentar gobernabilidades democráticas estables (Peretti 2003: 102).

§38. Cuando los jueces cumplen su función termina siendo una incomodidad para el establishment, al identificar las falencias del sistema y de sus instituciones (Toro Ochoa et al. 2008: 11, 15), pero es ineludible. La politización de la justicia implica la posibilidad de proteger a las minorías frente a los abusos de las mayorías, razón por lo cual la independencia del juez (especialmente, el constitucional) es condición indispensable para ratificar la reserva de la racionalidad que representa el derecho (Ansolabehere 2005: 43). Todo ello debe quedar demostrado a través de las sentencias.

La independencia en la justicia constitucional requiere un control privilegiado. Es imprescindible el rol crítico de parte de la comunidad jurídica (Nogueira Alcalá

2004: 90), tal como podrían ser las instituciones dedicadas al sistema de justicia o las entidades universitarias. Para Landa Arroyo, el control de los excesos expresados en sentencias no es responsabilidad exclusiva del TC o del juez sino una a ser “controlada por los poderes, no solamente públicos, sino también –y sobre todo– por la opinión pública” (2010). Como la función de control de los poderes públicos es inherente a los jueces dentro de un Estado de derecho (Pizzorusso 1990: 3), acudir a un juez, especialmente un tribunal, “permite que los perdedores en los procesos políticos apelen a los jueces y no al cielo... Si la vida, la libertad y la propiedad dependiesen del resultado de la siguiente elección, los ciudadanos pensantes podrían ser renuentes a aceptar tal proceso de toma de decisiones, a menos que estuviera fundado en una cultura política que limitara el poder y garantizara oportunidades permanentes para la participación política” (Murphy 2001: 15).

§39. Como trata de brindársele todas las garantías posibles para resolver el conflicto que se le somete a la independencia suele confundírsele con otros conceptos, como la integridad (Rossen 1987) –autonomía funcional del juez–, elemento proveniente de la doctrina de la separación o distribución de poderes; la insularidad, conjunto de garantías institucionales que la aseguran la imparcialidad (Cappelletti 1988); o, más preciso, la imparcialidad, al ser presentada como un concepto que es soporte básico de cualquier sistema de justicia, por provenir del concepto mismo de justicia (Salzberger 1993: 372).

La independencia permite una protección a favor de quienes se encuentran dentro de la administración de justicia y al mismo tiempo a las decisiones que tiene que emitir. En este punto, es imprescindible definir a quién exactamente resguarda. Caben cuatro opciones (Linares 2003: 110): a la propia institución –en este caso, el TC, pues se logra analizar el grado de independencia de un tribunal constitucional como si toda ella fuese un solo juez y no magistrados individualmente considerados (Toro Ochoa et al. 2008: 21)–, a los jueces que la integran –magistrados constitucionales–; a las decisiones que emiten –sentencias constitucionales–; o al proceso mismo.

La independencia del TC no sólo debe demostrarse hacia afuera, es decir, de agentes externos a la institución. También debe existir dentro de la propia institución, léase, con relación al resto de jueces. Esto es lo que viene a denominarse ‘independencia interna’ (Pásara 2007: 316). En el caso del TC, por la organización horizontal que tiene, un juez del colegiado o de la sala también puede influir en algún(os) de sus colegas. De esta forma también lo deja sentado en el propio TC peruano, la injerencia prohibida es la de ‘extraños’, es decir, “otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial” (STC 0023-2003-AI/TC).

§40. El TC requiere de jueces idóneos para emitir sentencias que respeten la supremacía constitucional. Los tribunales requieren de “protecciones formales y estructurales que no son ni necesarias ni suficientes para asegurar la independencia judicial” (Cameron 2002: 140). Éstas son las condicionan que requiere la calidad

de un juez constitucional. La ‘independencia estructural’ (Salzberger 1993) es una garantía que el propio ordenamiento brinda tanto en el ámbito personal, colectiva –a la judicatura en su conjunto– e interna –dentro de la propia organización judicial– (Diez Picazo 1992), es decir, trasladándolo al TC, de todos los miembros frente al poder externo y los jueces frente al colegiado.

§41. Para que el TC pueda actuar lejos de presiones y con independencia, es sumamente importante limitar la capacidad de remover a los magistrados constitucionales (Blasi y Cingranelli 1995; Smithey e Ishiyama 2000; Linares 2003), pues una de las garantías procesales de la independencia judicial está en la capacidad de remoción por el Ejecutivo o el Legislativo (Guastini 2001: 66), lo cual está en relación directa con el sistema disciplinario que se haya podido adoptar (Voigt 2000). Al respecto, Cameron señala que si bien los jueces ingleses que fallan contra el gobierno serán apoyados en menor medida que aquellos que no lo hacen, en Argentina, los “fuertes ejecutivos han despedido magistrados de altas corte a voluntad, pese a las prohibiciones legales en contrario” (Cameron, 2002: 138, 139).

Al respecto, la Constitución ha señalado en el mencionado artículo 201 que “Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas”, es decir, no están sujetos a mandato imperativo, no responden por sus votos u opiniones, gozando de inmunidad (artículos 14 y 15 de la LOTC y artículo 18 del RNTC). Asimismo, la Constitución expresó que también tienen incompatibilidades. Al ser un cargo de dedicación exclusiva, sólo puede ejercer docencia universitaria y hacer uso de la defensa en causa propia, de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Están prohibidos de afiliarse a organizaciones políticas. Además, tienen las mismas incompatibilidades de los congresistas (artículo 13 de la LOTC y artículo 17 del RNTC).

Su cargo dura cinco años. De conformidad con los artículos 9 y 19 de la LOTC, el cargo de magistrado es asumido tras prestar juramento ante el presidente de la institución, y puede vacar por muerte, por renuncia, por incapacidad física o moral, por culpa inexcusable en sus funciones, por violar la reserva funcional, por ser condenado por comisión de delito doloso o por incompatibilidad sobreviniente. Según la LOTC, el TC puede destituirlo cuando tome conocimiento de una de estas situaciones (artículo 16), convocándose a un nuevo magistrado siguiéndose el trámite parlamentario (artículo 17).

§42. Las complejiones constitucionalmente erigidas responden a una sola motivación: los magistrados son soberanos para poder emitir las sentencias. Para ser apto políticamente hablando, el TC requiere realizar su actividad con independencia y sin ser regido por principios o fórmulas dadas por otros poderes estatales, salvo por la Constitución, que es el marco jurídico de su capacidad de funcionamiento. Todo ello conlleva a afirmar una independencia funcional que implica que no ha de existir

presión exterior o intervención de otros detentadores de poder, concretándose así el principio de ‘self-government interno’ del TC, examinada por los márgenes que nos impone el propio juego democrático.

Las restricciones a cualquier forma de intervención en la labor jurisdiccional responden a un ejercicio negativo de la autonomía de sus funciones; positivamente, tal autonomía permite todas las facilidades posibles a los magistrados para el ejercicio de sus actividades. Estas garantías tienen como fin alcanzar y mantener el libre funcionamiento de la institución y consisten en exenciones que se realizan al derecho punitivo estatal en su actuación, sustentándose no tanto en la persona del juez o en una calidad subjetiva, sino en virtud del funcionamiento independiente del órgano constitucional. Las prerrogativas pueden ser de una doble índole: una prerrogativa que contenga los elementos sustantivos de protección, y comúnmente llamada inviolabilidad, y otra que abarque formas procesales de salvaguarda, y frecuentemente nombrada como inmunidad. El destinatario de la norma se sustenta en un efecto vertical, al estar dirigida esta prerrogativa sustantiva contra cualquier autoridad, inclusive las jurisdiccionales, motivo por lo cual fluye la responsabilidad de quien lo afecta.

§42.a. Pero es necesario indicar que la protección que se presenta a través de la inviolabilidad y la inmunidad no es –ni puede ser– juzgada como ilimitada. Prerrogativa no significa impunidad. De hecho, el juez podría incurrir en responsabilidad penal cuando se emitan opiniones no relacionadas con su actividad cometiendo un delito, tal como lo explicaré más adelante con el caso de un juez de la primera época del TC. Donde asume mayor responsabilidad la actividad del TC respecto al pueblo es en las infracciones constitucionales. Se les define, al ser similares a la impeachable offense, como un injusto típico que delimita correcta y concretamente las conductas que se hacen reprochables por afectar un ‘interés del Estado’ a efectos de ser luego sancionadas (Montoya Chávez 2005). A través de un acto atentatorio contra dicho interés, el juez está violando la exclusiva y privativa confianza de la población puesta en él, al haberse aprovechado de sus potestades con el fin -exclusivo o no- de afectar el orden constitucional.

Debe reconocerse dos vertientes respecto al tipo de protección que incluye la inviolabilidad (prerrogativa sustantiva). En primer término, se puede salvaguardar solamente la votación para emitir una sentencia, o también incluir la opinión. De otro lado, el resguardo se puede ceñir a las manifestaciones de expresión realizadas sólo en actos jurisdiccionales (por ejemplo, una audiencia) y en las correspondientes sedes, o no restringirla temporal ni espacialmente, con el requisito único de realizarla en el ejercicio de la función jurisdiccional (sobre el tema en sede parlamentaria, Vid. STC 0026-2006-PI/TC).

§42.b. Con relación a la prerrogativa procesal, debería postulársele su inmunidad, inviolabilidad o inviolabilidad para iniciar su juzgamiento. Sin duda tiene su fundamento en procurar la afirmación de los derechos de las minorías y de las oposiciones en sus

enfrentamientos con las mayorías, lo cual ve reflejado en sus votos como para de su sentencia. Es un procedimiento que se sigue para levantar la inmunidad ('autorización penal para proceder'). Como dejó entrever supra, los magistrados ya han estado sujetos al escrutinio parlamentario y el abuso fue la nota resaltante, aunque en el posterior juzgamiento penal de otro juez constitucional (García Marcelo), en un caso ya explicado los reparos casi desaparecen. Me refiero al testeo de la conformación primigenia del tribunal se pudo encontrar en el famoso caso de la reelección fujimorista: Ley 26657, declarada inaplicable por STC 002-96-I/TC, S-322, de enero de 1997, destitución de los tres magistrados por Resoluciones Legislativas 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, negación de amparos en STC 358-98-AA/TC y STC 340-98-AA/TC; cuestionamiento a la decisión parlamentaria en Sentencia de la Corte Interamericana, Sentencia Caso Tribunal Constitucional, de 2001; y posterior retorno de los afectados a través de Resolución Legislativa 007-2000-CR, de 17 de noviembre de 2000.

E. SENTENCIAS Y VOTOS

§43. Los jueces son elegidos por sus ideas y para que las realicen (Toharia 1999). Lo que de ellos se espera no es que no tengan ideas, valores o creencias, o que los escondan, sino que los expliciten en las sentencias y actúen de conformidad con ellos. De acuerdo al positivismo legal del siglo XIX, a una decisión judicial se llegaba a través de un silogismo: una premisa mayor (norma general), una premisa menor (la constatación de un hecho) y una consecuencia (la sentencia).

Ésta es la visión francesa del papel del juez en los sistemas jurídicos romano-canónicos (para Montesquieu, "les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi"). Los jueces no podían tener ideología o ésta no podía traslucirse. Sin embargo, incluso los jueces más conservadores (legalistas) se ven influenciados por sus creencias y deciden entre varias posibilidades (incluso sobre las políticas públicas del gobierno) y deben aplicar el test de proporcionalidad, ponderando los valores en juego.

Dentro del marco institucional establecido, existen un conjunto de premios y castigos que pueden, de algún modo, influir sobre el juez a la hora de expresar su posición en una sentencia, toda vez que éste haga cálculos estratégicos –por ejemplo, sobre la duración del mandato ('¿qué haré después?')–, los cuales pueden disminuir: "the judge is expected to purposefully ignore the personal benefits he/she may reap as a result of his/her decision, or the damages she may suffer, be it in terms of income, career prospects, prestige, or physical integrity" (Schedler 2003: 15).

§43. Los magistrados son los encargados de resolver las causas que llegan a sus despachos. El trámite interno de un expediente dentro del tribunal está definido por las normas correspondientes pero también tiene mucho que ver con la praxis. Básicamente se puede encontrar un trámite que lo podemos denominar regular y otro especial.

§43.a. Según el primero, cuando a través de un RAC llega el expediente al TC en los procesos de tutela de derechos, éste es distribuido entre las diversas comisiones de asesores jurisdiccionales que existen en el tribunal. Un asesor plantea un proyecto de sentencia, el mismo que es revisado por un coordinador de comisión, quien da su conformidad (determina si sigue la jurisprudencia del TC) y se lo remite al magistrado ponente, y si está de acuerdo lo firma para luego pasárselo al resto de magistrados para que lo sigan firmando, hagan observaciones o incluso proyecten un voto singular o fundamento de voto. Tras pasar por un control lingüístico por correctores de estilo, el borrador final regresa a los magistrados para que firmen lo que será la sentencia final.

§43.b. El procedimiento especial se da cuando se presenta una demanda inconstitucionalidad o proceso competencial o cuando el caso de amparo, hábeas corpus, cumplimiento o hábeas data sea relevante, entre los que se pueden contar la mayoría de casos paradigmáticos materias del presente trabajo, suele saltarse el trámite de las comisiones, y un asesor especializado en la materia (o uno cercano al ponente) redacta un proyecto especial. El caso suele llevarse a pleno jurisdiccional para generar mayor debate entre los magistrados, un intercambio de ideas fluido a fin de llegar a acuerdos.

De forma paralela a estos procedimientos, los magistrados participan de una audiencia. Según los artículos 29, 30, 31, 32, 33, 35 y 37 del RNTC, es el acto procesal en el que los magistrados escuchan a las partes y abogados sobre los fundamentos de hecho y de derecho, luego de haber solicitado el informe oral con tres días de anticipación o en caso de hábeas corpus, incluso vía telefónica, siempre que el abogado esté hábil y no se haya desistido. Se realizan, salvo excepciones, los días lunes, martes, miércoles y jueves. Tanto magistrados como abogados usan la medalla correspondiente. Cuando las causas programadas concluyesen o sea manifiestamente imposible continuar, se da por concluida.

§44. La identificación de un específico juez con determinados valores o preferencias políticas, por parte del órgano elector (Congreso) es un predictor bastante fiable de su conducta judicial. En el actitudinal model, la conducta judicial está determinada por las ‘actitudes’ axiológicas o valores políticos subyacentes (Spaeth y Segal 1993). Según este modelo, “holds that judges decide disputes in light of the facts of the case vis-a-vis their sincere ideological attitudes and values” (Segal 1997: 28). En cuanto tienen oportunidad, los jueces resuelven según sus criterios axiológicos e ideológicos.

§45. Los siete jueces constitucionales que integran el TC actúan tanto en un pleno o en dos salas de tres miembros cada una (el presidente no forma sala), según el tipo de procesos que resuelva.

§45.a. El Pleno está presidido por el presidente del TC, siendo el órgano máximo de gobierno, contando con diversas atribuciones (artículo 28 del RNTC). Sus reuniones se denominan sesiones, dentro de las cuales, los magistrados tienen derecho a participar con voz y voto. Pueden ser administrativos o jurisdiccionales (artículos 12, 27, 28, 38, 20.1, 42

y 43 del RNTC). En estos últimos, se debaten las ponencias según orden de presentación, comenzando con el ponente y decidirse, salvo que los magistrados soliciten un mayor plazo para estudiar mejor el asunto sometido a consideración; si las ponencias no obtiene el mínimo de votos, se designa nueva ponencia (artículos 43, 45 y 46 del RNTC).

Las sesiones del pleno son convocadas por el presidente o por tres magistrados, y para constituirse se requiere el quórum de ley (artículos 39, 40 y 41 del RNTC). El quórum se forma con cinco miembros, adoptando sus decisiones por mayoría simple, salvo en el caso del fondo en una inconstitucionalidad (si no se llega a ese número se declara infundada la demanda) o en su admisibilidad, que requiere cinco votos conformes; en caso de suspensión de magistrados, como medida previa, por delito flagrante se requieren cuatro votos, así como también para tomar decisiones en plenos administrativos, en el cual el presidente tiene voto dirimente (artículos 5 y 18 de la LOTC y artículos 10, 21, 42 y 44 del RNTC).

§45.b. En el caso de procesos de tutela de derechos fundamentales, se forman dos salas con tres magistrados cada una. La Sala Primera está a cargo del más antiguo, excluyendo al presidente; la Sala Segunda el siguiente más antiguo. Dentro de la audiencia pública, es instalada por el presidente de sala (artículo 5 de la LOTC y artículos 12 y 33 del RNTC). Se ha propuesto la existencia de una sala de procedencia. Así expresada en la STC 2877-2005-PHC/TC, caso Lagomarcino, y retomada en el reformado artículo 11 del RNTC. Esta sala se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al TC, la cual determinará si, tras la presentación de los RAC, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Hasta hoy no funciona.

§46. Salvo en la inconstitucionalidad, las decisiones se toman con mayoría simple, con tres votos conformes. En caso de no contarse con estos votos, se llama a uno de los miembros de la otra sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal quien podrá citar a las partes para un nuevo informe o usar la grabación de la audiencia realizada (artículos 5 y 11 de la LOTC).

§46.a. Hubo un caso en que hubo problemas sobre la configuración de la sentencia. Es el caso de la STC 2364-2008-PHC/TC, en la cual los magistrados tuvieron posiciones disímiles. Tres votos formaron sentencia declarando sustracción de la materia, a la vez que otros dos emitieron votos singulares considerando fundada la demanda con reposición, uno más estableció que sea fundada sin reposición y un último se inclinó por la improcedencia. La accionante no contenta con una decisión de este tipo, solicitó que se aclare la sentencia considerando que en los votos contenidos en ella no se advertía la mayoría necesaria: a partir de una interpretación pro homine y pro libertatis, la sentencia debía entenderse como fundada, pues la sustracción de la materia, a la luz de del artículo 1 in fine del Código Procesal Constitucional, podía ser considerada fundada, a lo cual debe sumarse los otros dos votos de tres magistrados que también declaraban fundada la demanda. Sin embargo, el Tribunal no estuvo de acuerdo

con tal razonamiento y terminó por considerar que “la sentencia ha sido dictada válidamente por tres votos emitidos, por lo que a juicio del Pleno, los demás votos deben ser juzgados como singulares y no pueden ser sumados al de la mayoría” (punto 4 de la RTC 2364-2008-PHC).

§46.b. Como se acaba de señalar que para declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad se requieren cinco votos. Pero no siempre fue igual. La inclusión del TC en la Constitución de 1993 significó una forma de retomar las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución de 1979 y que fuera cesado en el autogolpe de 1992 perpetrado por Alberto Fujimori. Si bien en el papel el TC se presentaba como un órgano fuerte, la realidad demostró algunas falencias. El Congreso –denominado Constituyente Democrático (CCD)– encargado de nombrar a los miembros contaba con una clara mayoría oficialista (67 de 120), permitiendo la designación de los primeros jueces constitucionales (Nugent, Revoredo Marsano, Rey Terry, Aguirre Roca, Díaz Valverde, García Marcelo y Acosta Sánchez), de los cuales los 3 últimos estaban íntimamente ligados al gobierno fujimorista (se sabía que tampoco Nugent no iba a ser incómodo al régimen), bastando ello para evitar el control a las normas que se dictasen pues en la original LOTC se requerían seis votos a favor para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (artículo 4).

Este artículo fue impugnado por considerarse afectante de la Constitución. Sólo Aguirre, Rey y Revoredo se inclinaron por declarar fundado el pedido (STC 005-96-I/TC, S-325, emitida en el mismo 1996), por lo que el pedido fue desestimado. La cercanía de los jueces al régimen fue palpable años después cuando un video demostraba que uno de ellos (García Marcelo) aparecía en una reunión con el ex asesor Montesinos revisando una resolución que impediría la procedencia del referéndum. Por este hecho, dicho magistrado fue encontrado responsable del delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado.

§47. Justamente a partir de esta función del presidente de la institución, vale resaltar que éste representa al TC y es su máxima autoridad administrativa, y tiene como principal función guiar la marcha de la institución (artículos 7 de la LOTC y artículos 23, 24 y 25 del RNTC). Es elegido en votación secreta y por papeleta son elegidos por dos años, a inicios del mes de diciembre, requiriéndose por lo menos cinco votos en primera votación, y mayoría simple en segunda (artículos 6 de la LOTC y artículos 22 y 52 del RNTC).

El presidente, después de una reciente modificación, cuenta con un ‘voto de calidad’. El problema que existía en el pasado quedó sentado en la RTC 4664-2007-PA/TC, en la que el tribunal se vio impotente para resolver una situación de empate en la votación. Como un magistrado se había abstenido, se había producido un empate a tres entre los demás, por lo que todos acordaron lo siguiente: “6. Que en lo que se refiere al diseño legal orgánico del Tribunal Constitucional, éste no contempla la existencia de magistrados suplentes a quienes se pueda recurrir y, en lo que respecta a la votación en los asuntos

del Pleno Jurisdiccional (resolución de causas), no existe *primus inter pares* entre los magistrados que lo componen, quedando imposibilitada la doble votación del Presidente del Tribunal, no siendo posible recurrir a otros cuerpos legales para resolver la circunstancia antes descrita. 7. Que, no obstante lo dicho, corresponde al Tribunal Constitucional la ineludible responsabilidad de resolver la presente causa aun cuando se presenten situaciones irreconciliables respecto de las posiciones expresadas en los votos de los magistrados que impiden el pronunciamiento de una resolución que cuente con los votos suficientes para resolver el recurso de agravio constitucional interpuesto por los demandantes contra la sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en segunda instancia declaró infundada su demanda de amparo y, por tanto, es extensible la regla procesal contenida en el segundo párrafo del artículo 5 de la LOTC, que dispone que ‘De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad’, al presente proceso que cuenta con un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo que el recurso debe ser declarado infundado, quedando subsistente la recurrida por sus propios fundamentos; no obstante los señores magistrados emiten sus opiniones en forma de fundamento de voto como muestra del debate y la transparencia, las mismas que se agregan a la presente resolución”. Más que discutible la decisión de asimilar las reglas del proceso de inconstitucionalidad y las del amparo, cuando son incompatibles, máxime si por el contrario en aplicación del favor libertatis en caso de duda entre la violación o no de un derecho fundamental.

Para evitar problemas como éste, hoy el voto decisorio del presidente está previsto en el artículo 10-A del RNTC.

§48. Pero, ¿cómo se expresa el juez en la resolución si está disconforme con el fallo o la argumentación? De dos formas: a través de los votos singulares o los fundamentos de voto, englobados bajo el término genérico de ‘voto particular’.

Los votos disidentes o discrepantes, que en la jurisprudencia peruana son conocidos como ‘votos singulares’, están referidos a cuando el magistrado no está de acuerdo con el *decisum* del colegiado. Los votos concurrentes, que en el país se llaman ‘fundamentos de voto’, están relacionados con una discrepancia con la argumentación (todos o parte de los fundamentos de la sentencia o la resolución) pero no con el fallo. Ambos tipos de votos implican una posición axiológica específica del juez.

§49. Ahora conviene dejar sentadas algunas cuestiones sobre los problemas respecto de la forma en que se han acompañado los votos al cuerpo de la sentencia.

§49.a. El primero es el referido a la STC 2210-2007-PA/TC. En ésta es llamativo que haya una Razón de Relatoria que sea la que, según parece, está formando la sentencia. En ninguna parte de ésta se encuentra una decisión conjunta de los magistrados que, por su parte, habían declarado fundada la demanda. Se observa únicamente una parte

introdutoria del caso (“La sentencia recaída en el Expediente N.º 02210-2007-PA/TC, seguido por Transportes Flores Hnos. S.R.Ltda. contra el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – Intendencia de la Aduana de Tacna, es aquella conformada por los votos de los magistrados Vergara Gotelli, Eto Cruz y Álvarez Miranda, que declara fundada la demanda, los que se adjuntan con sus respectivos fundamentos; asimismo se adjunta el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos”) pero nunca un fallo de la sala que resolvió el caso.

Vale resaltar que los tres votos por más que tenían el mismo sentido pero sin consecuencias equivalentes: un magistrado sólo señalaba que era fundada la sentencia sin explicar qué mandato contenía; otro señalaba que era “de la opinión que se declare fundada la demanda, siempre y cuando estas exoneraciones reflejen una exigencia de parte del Estado para que la accionante pueda ofrecer un mejor servicio a sus usuarios”; y, el último consideró “que la demanda interpuesta debe ser declara fundada y en consecuencia inaplicables a su caso los fraccionamientos arancelarios cuestionados”. Entonces, ¿cuál era la decisión del colegiado? Gran problema el planteado. No obstante, éste es salvado en la aclaración en donde el TC estima que “aún cuando no se hayan precisado los efectos específicos en los que concluye la propuesta estimatoria de cada uno de los votos formulados por los señores Magistrados, es indudable, que al no haberse formulado objeción alguna respecto de alguno de los aspectos contenidos en el petitorio demandado, este no puede ser entendido de otra manera que no sea, acorde con lo que aparece textualmente de la demanda interpuesta. Tal aseveración, por otra parte, se sustenta en el hecho evidentemente indiscutible, de que la única manera de asumir un resultado favorable, acorde con lo previsto en el Artículo 1º del Código Procesal Constitucional, solo se hace posible, asumiendo el carácter legítimo de aquello que en tu totalidad se solicito expresamente por la parte demandante”.

§49.b. El segundo caso es la STC 3774-2007-PA/TC, en la cual quedan dudas si efectivamente el colegiado tuvo una decisión conjunta.

En la sala original, dos magistrados consideraron que tenían los elementos de juicio suficientes para poder resolver el conflicto presentado, declarando fundada la demanda; el otro voto asumió que los medios probatorios idóneos estaban ausentes, por lo que debería solicitarse información y sólo ahí realizar un pronunciamiento sobre el fondo. Ante tal situación, se convocó a otro magistrado para emitir un voto dirimente que señaló que si bien debería solicitarse información, por el momento procesal en que se encontraba el proceso, ello es imposible, por lo se inclinó por declarar la improcedencia. El segundo voto dirimente comenzó señalando que era “necesario que este Colegiado empiece a analizar las situaciones que se le exponen en la demanda en análisis diferenciados a través de niveles distintos de resoluciones, según las circunstancias especiales de cada caso concreto”; al respecto, señaló que en la fase de dirimencia en que se encontraba el caso, cada magistrado podría realizar pedidos de información, pero sin embargo, consideró que era responsabilidad del demandante,

según un precedente emitido meses antes por el Tribunal, presentar la documentación necesaria para resolver el conflicto, decantándose así por la improcedencia.

Se consideró finalmente que debía declararse improcedente una demanda. Supuestamente tres de los votos reseñados iban en esa línea, frente a dos iniciales que la consideraron fundada. Una Razón de Relatoría, con la que se iniciaba la resolución, dejaba constancia que “pese a guardar diferencias en sus fundamentos, los votos de los magistrados concuerdan en el sentido del fallo y alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia”. A diferencia del caso anterior, en éste sí aparece un fallo conjunto. Sin embargo, hay un tema adicional que merece ser resaltado. Uno de los votos considerados como improcedente, nunca se pronunció de esta forma, puesto que sólo estaba referido a que “se debe disponer se notifique al demandante, para que en el plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta resolución, prorrogables de ser necesario, presente el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, que corroborará la enfermedad profesional que alega padecer”. Es llamativo que si bien éste fue la conclusión a la que arribaron los argumentos esgrimidos por el magistrado, éste finalmente terminó firmado el fallo conjunto que declaraba la improcedencia.

Imagen 1.- Firma de los magistrados en el fallo de la STC 3774-2007-PA/TC

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA



Lo que certifico:

DR. VÍCTOR ARNES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

Reflexiones finales

§50. Las Constituciones son contratos incompletos; su apertura interpretativa no puede avalar abusos de poder, incluso en contra del propio tribunal. Por ello, me pareció interesante presentar algunas reflexiones sobre el TC nacional a partir de lo que significan las sentencias emitidas por este órgano constitucional.

§51. Hoy el tribunal se encuentra en un proceso de análisis de hasta dónde puede llegar, apostando por una posición mesurada de su jurisprudencia, tratando de limitar la autonomía procesal constitucional. Pese al interesante desarrollo económico y el progreso constante en el GDP 2010-2011 (ocupa el puesto 73), el Perú no ha despegado dentro del pilar ‘institucionalidad’, dentro de la cual se inserta la independencia judicial: “Peru faces a number of competitiveness challenges that must be addressed going forward, including improving the poor institutional environment (96th)” (WEF 2010: 36). Por eso la meta que debe tener hacia futuro debe ser institucionalizar aún más el TC. Su ubicación constitucional debe permitir equilibrar el poder entre los demás estatales (STC 0005-2005-CC/TC), toda vez que un verdadero TC permite que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados, en palabras de Hesse 1996. Según el propio tribunal (haciendo referencia a una encuesta elaborada por Ipsos Apoyo), el grado de confianza en septiembre de 2009 era de 35%. Esta información va de la mano con una encuesta realizada a los principales empresarios del país realizada también ese año, en la cual el TC cuenta con 45,7% de aprobación (GOP 2010).

§52. El juez constitucional emite sentencias bajo criterios racionales y objetivos, con ética, independencia e idoneidad, una triada que lo ha de orientar (Bidart Campos 1998). El juez debe resolver las controversias sobre la Constitución, asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Norma Fundamental. Bajo este esquema, el TC a través de jueces democráticamente electos están constreñidos a actuar dentro del marco constitucional.

§53. Ser órgano de control de la Constitución –y encargado supremo de interpretación de la misma– implica ser independiente (artículo 201 de la Constitución). Según el artículo 14 de la LOTC, los magistrados del TC no “reciben instrucciones de ninguna autoridad”. Por el tipo de casos que llegan a su sede, es imprescindible que actúe lejos de cualquier condicionamiento, que ningún tipo de poder actúe sobre él. El juez debe decidir si mantiene constante sus actitudes axiológicas respecto de los hechos y las fuentes del derecho (Cameron 2002: 134). A través de la independencia judicial en el tribunal se podrá asegurar el rendimiento político de cuentas, expandir la representación de grupos de interés y contribuir a fomentar gobernabilidades democráticas estables (Peretti 2003: 102), lo cual puede verse con claridad en el caso del TC.

Salamanca, marzo de 2012

BIBLIOGRAFÍA

- ANSOLABEHERE, Karina (2005) “Jueces, política y derecho. Particularidades y alcances de la politización de la justicia”. *Isonomía*, 22.
- BACHOF, Otto (1985) *Jueces y Constitución*. Madrid, Cívitas.
- BIDART CAMPOS, Germán (1998) “Justicia Constitucional y Reforma del Poder Judicial. La Justicia Constitucional a finales del siglo XX”. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, VII (6).
- BLASI, Gerard J. y David L. CINGRANELLI (1996) “Do Constitutions and Institutions Help Protect Human Rights?” EN, CINGRANELLI, David L. (ed.). *Human rights and developing countries*. Greenwich, JAI.
- BREYER, Stephen (2007) “Judicial Independence”. *The Georgetown Law Journal*, 95.
- CALAMANDREI, Guido (1962) *Corte Constitucional y Autoridad Judicial, Estudios sobre el Proceso Civil*; III. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CAMERON, Charles (2002) “How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares?” EN, BURBANK, Stephen B. y Barry FRIEDMAN (eds.) *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*, Londres, Sage.
- CAMP KEITH, Linda (2001) “Constitutional Protections, Judicial Independence and State Repression of Personal Integrity: Is the Law a Mere Parchment Barrier to Human Rights Abuse?” Paper. *Southwestern Political Science Association Annual Meeting*. Texas.
- CAPPELLETTI, Mauro (1988) *La responsabilidad de los jueces*. La Plata, JUS - Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas.
- DARGENT, Eduardo (2009) “Determinants of Judicial Independence: Lessons from Three ‘Cases’ of Constitutional Courts in Peru (1982–2007)”. *J. Lat. Amer. Stud.*, 41.
- DIEZ PICAZO, Luis María (1992) “Notas sobre derecho comparado sobre la independencia judicial”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34.
- DWORKIN, Ronald (2004) “What the Court Really Said”. *The New York Review of Books*, 51 (13).
- EPSTEIN, Lee et al. (2000) “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”. Paper, *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Washington. <http://epstein.law.northwestern.edu/research/concts.pdf>.
- FARNSWORTH, E. Allan (1990) *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*. Buenos Aires, Zavalia.
- FAVOREU, Louis (1994) *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona, Ariel.
- FELD, Lars P. y Stefan VOIGT (2003) “Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators”. *European Journal of Political Economy*. 19 (3).
- FERRAJOLI, Luigi (2002) *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. 3ª ed. Madrid, Trotta.
- FINN, John E. (2001) “The Civic Constitution: Some Preliminaries”. EN, SOTIRIOS A. Barber and Robert P. GEORGE (eds.) *Constitutional Politics*. Princeton, Princeton University Press.

- GARGARELLA, Roberto (1997) “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. *Isonomía*, 6.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid, Tecnos,
- GUASTINI, Ricardo (2001) *Estudios de teoría constitucional*. 1ª ed. México D. F., Fontamara.
- HÄBERLE, Peter (2004) “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”. EN, HÄBERLE, Peter. *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Lima, Palestra.
- HELMKE, Gretchen (1998) “Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995”. Paper, *Conferencia de Estudios Científicos sobre Política de Justicia*. Michigan, Michigan State University.
- HAMILTON, Alexander, John JAY y James MADISON (1961(1788)) *The Federalist papers*. New York, New American Library.
- HERRON, Eric y Kirk RANDAZZO (2003) “Judicial Institutions and the Evolution of Independent Courts in New Democracies”. *Journal of Politics*, 65. <http://www.isp.msu.edu/CERS/randazz.htm>.
- HESSE, Konrad (1996) “Constitución y Derecho constitucional”, en: BENDA et al. *Manual de Derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons.
- ITURRALDE SESMA, Victoria (1995) *El precedente en el common law*. Madrid, Civitas.
- KELSEN, Hans (1989) *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. 18ª ed. Lima, Temas.
- LANDA ARROYO, César (2010) “Poder Judicial y Tribunal Constitucional: independencia y control de poderes”. En: *El Estado en debate: múltiples debates*. Lima, PNUD.
- LANDER, William M. y Richard A. POSNER (1976). “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis”. *Journal of Law and Economics*, 19(2).
- LINARES, Sebastián (2003) “La independencia judicial: conceptualización y medición”. EN, BURGOS, Germán (ed.) *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Bogotá, Ilsa.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura (2001) *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, Mc Graw Hill.
- MÉNDEZ, Juan E. (2000) “Legislatures, judiciaries and innovations in horizontal accountability”. Paper, *Conferencia Institutions, Accountability, and Democratic Governance in Latin America*. Notre Dame, Kellogg Institute, University of Notre Dame.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo (2005) *La infracción constitucional*. Lima, Palestra.
- (2007) “El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales”. *Justicia Constitucional*, 5.
- MURPHY, Walter F. (2001) “Alternative Political Systems”. En: SOTIRIOS A. Barber and Robert P. GEORGE (eds.). *Constitutional Politics: Essays on Constitution Making, Maintenance, and Change*. Princeton, Princeton University Press.
- NEUBAUER, David W. (1997) *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*. 2ª ed. Fort Worth, Harcourt Brace.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004) “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 1.

- O'DONNELL, Guillermo (1997) "Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías". *Nueva Sociedad*, 152.
- PÁSARA, Luis (2007) "Estado de derecho y Sistema de Justicia en América Latina". *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1/1.
- PERELMAN, Chaim (1997) *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá, Norma.
- PERETTI, Terri (2003) "Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial". En, BURGOS, Germán (ed.) *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Bogotá, Ilsa.
- PERSSON, Torsten et al. (1997) "Separation of Powers and Political Accountability". *The Quarterly Journal of Economics*, 112 (4).
- PIZZORUSSO, Alessandro (1990) *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Turin, Einaudi.
- POSNER, Richard (2007) *Análisis económico del derecho*. 2ª ed. México, FCE.
- ROUSSEAU, Jean Jacques (1733(1762)). *El Contrato Social*. Madrid, Aguilar.
- ROSSEN, Keith S. (1987) "The Protection of Judicial Independence in Latin America". *The University of Miami Inter-American Law Review*, 19 (1).
- RUBIN, Edward (2002) "Independence as a Governance Mechanism". En, BURBANK, Stephen B. y Barry Friedman (eds.) *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*, Londres, Sage.
- SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía (2009) "Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública". *Revista Derecho del Estado*, 23.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2007) "El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina". En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. et al (coord.). *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra.
- SALZBERGER, Eli M. (1993) "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" *International Review of Law and Economics*, 13.
- SALZBERGER, Eli y Paul FENN (1999) "Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeal". *Journal of Law & Economics*, 42.
- (2003) "Judging the Judge. The Logics of Judicial Accountability". Paper, XXIV Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). Dallas.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2001) "Direito e democracia: A reforma global da justiça". En: PUREZA, José Manuel y António Casimiro FERREIRA (orgs.) *A Teia Global. Movimentos sociais e instituições*. Porto, Afrontamento.
- SCHMITT, Carl (1982) *Teoría de la Constitución*. 1ª ed., 1ª reimpr. Madrid, Alianza Editorial.
- SEGAL, Jeffrey A. (1997) "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts". *The American Political Science Review*, 91 (1).
- SHAPIRO, Martin (1993) "Public Law and Judicial Politics". EN, FINIFTER, Ada W. (ed.) *Political Science: the State of the Discipline I*, American Political Science Association, Washington.
- SMITHEY, Shannon y John ISHIYAMA (2000) "Judicious Choices: Designing Courts in Post-Communist Politics". *Communist and Post-Communist Studies*, 33.

- SPAETH, Harold y Jeffrey SEGAL (1993) *The Supreme Court and the Attitudinal Mode*. Nueva York, Cambridge University Press.
- STEPHENSON, Matthew C. (2003) "When the devil turns... The political foundations of independent judicial review". *Journal of legal Studies*, 32.
- TARUFFO, Michele (2003) *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral.
- TATE, C. Neal y Torbjörn VALLINDER (1995) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York University Press.
- TOHARIA, Juan José (1999) "La independencia judicial y la buena Justicia". *Justicia y Sociedad*, 3.
- TORO OCHOA, David et al. (2008) *La independencia judicial y su posible medición: breve aplicación al caso de la Corte Constitucional colombiana*. Contexto, 27. <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/view/2555/2184>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011) *Memoria 2010*. Lima, TC. <http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria/memoria-2010.pdf>.
- VILA ORMEÑO, Cynthia (2009) "Acumulación, litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso constitucional de amparo". *Revista Jurídica del Perú*, 101.
- VOIGT, Stefan (2000) "Making Promises Credible: Introducing 2 New Indicators for Measuring Judicial Independence". Paper, *Annual Conference of the World Economic Freedom Network*. http://www.wirtschaft.uni-kassel.de/Voigt/PDF/making_promises.pdf.
- WALDRON, Jeremy (2006) "The Core Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*, 115.
- WORLD ECONOMIC FORUM - WEF (2010) *The Global Competitiveness Report 2010-2011: Looking beyond the Global Economic Crisis*. Ginebra, WEF.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995) *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta.

EL CIRCUITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ (RELACIONES COMPLEMENTARIAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL)

Francisco Morales Saravia

Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Ex Secretario General del TC. Profesor de Derecho Constitucional en la Academia de la Magistratura.

SUMARIO: 1. Introducción 2. La expansión de los Tribunales, Cortes y Consejos Constitucionales a nivel mundial 3. El Circuito de la Jurisdicción Constitucional (ámbito procesal) 3.1. El control de constitucionalidad (concentrado y difuso) 3.2. El juzgamiento de los procesos constitucionales de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento 4. El Circuito de la Jurisdicción Constitucional (ámbito funcional) 5. Conclusiones.

1. Introducción¹

Cada cierto tiempo los medios periodísticos dan cuenta de supuestos conflictos jurisdiccionales entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Poder Judicial (PJ) suscitados con motivo de algunos casos polémicos o mediáticos². Digo supuestos porque, desde el enfoque técnico jurídico, tales conflictos no caben ya que cuando el TC se pronuncia en el caso de violación de derechos constitucionales lo hace como máxima y definitiva

1 Expreso mi agradecimiento por la invitación del Magistrado Gerardo Eto Cruz para participar en el presente libro colectivo y del mismo modo reconocer la invaluable e infatigable labor académica y editorial que ha desarrollado como Director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional en los últimos seis años.

2 Sobre este punto Samuel Abad Yupanqui sostiene: “Cada cierto tiempo se escuchan voces que proponen límites al Tribunal Constitucional. Esto suele ocurrir luego de dictarse decisiones polémicas, cuando se pronuncia sobre temas que no le competen o, sencillamente, cuando existen sentencias que ciertos sectores no comparten.” En: Abad Yupanqui, Samuel, *Constitución y Procesos Constitucionales*, Lima, 2010, pág. 92.

instancia en el orden jurídico del Estado. El único organismo que tiene competencia para contradecir una decisión del TC es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³ conforme al artículo 205 de la Constitución⁴.

Lo lamentable de estos “conflictos” es que algunos sectores han llegado al extremo de pedir la eliminación del TC y que sus competencias pasen a una Sala de la Corte Suprema de la República, desconociendo la tendencia mundial⁵ a otorgar el control de constitucionalidad y la protección de los derechos constitucionales en última instancia a un órgano especializado fuera del ámbito judicial ordinario. Igualmente, contradicen el mandato del Poder Constituyente y la Constitución que instituyeron el Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente ensayo presentaremos nuestra propuesta sobre la existencia de un “Circuito de la jurisdicción constitucional” diseñado por la Constitución y la legislación procesal constitucional vigente que promueve un trabajo conjunto entre el TC y el PJ en el ámbito de la jurisdicción constitucional, pues ha otorgado a ambos las competencias del control constitucional y la protección de los derechos constitucionales, pero con una preeminencia del TC dada la legislación actual. Este “circuito” es el resultado de treinta años de evolución de la jurisdicción constitucional en el Perú.

2. La expansión de los Tribunales, Cortes y Consejos Constitucionales a nivel mundial

Se puede afirmar que existe una creciente tendencia mundial a otorgar el control de constitucionalidad y la protección de los derechos constitucionales en última instancia a Tribunales, Cortes o Consejos Constitucionales, que son órganos especializados fuera del ámbito judicial ordinario. Aun cuando en la actualidad, en un gran número de países, la jurisdicción constitucional es ejercida por Tribunales o Cortes Supremas o por Salas Constitucionales especializadas dentro de las mismas.

Los países que encargan dicha función a la Corte Suprema lo hacen por tradición y porque sus Constituciones siguen el modelo americano, propio de los Siglos XVIII y

3 El sometimiento del Estado peruano a las decisiones de la CIDH se debe a firma de la Convención Americana de Derechos Humanos y al reconocimiento de la competencia contenciosa de la CIDH efectuada por el Perú.

4 Artículo 205.- Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

5 Entre el 28 de setiembre y 1 de octubre del año 2014 se celebrará en Seúl, Corea del Sur, el Tercer Congreso de la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, bajo el auspicio de la Comisión de Venecia, evento que reunirá a los órganos de la jurisdicción constitucional de todos los continentes y donde tienen gran protagonismo los Tribunales, Cortes o Consejos Constitucionales.

XIX, como algunos países de Centro y Sudamérica, así como algunos países europeos⁶. Sobre este punto, en mayo del 2005, el Profesor de la *Washington College of Law* de la *American University*, Herman Shwartz⁷, manifestó que si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ejerce el control constitucional, no es una Corte Constitucional, puesto que además de resolver casos sobre temas constitucionales también debe resolver casos de derecho común⁸.

He ahí la gran diferencia; no es lo mismo una Corte Suprema, con jueces no especializados en la jurisdicción constitucional⁹, que diariamente juzgan la carga procesal ordinaria de procesos civiles, comerciales, penales, laborales y que eventualmente deben resolver controversias constitucionales, que un Tribunal especializado¹⁰ en juzgar diariamente casos de carácter constitucional y derechos fundamentales. La dinámica

6 Encargan el control de constitucionalidad a la Corte Suprema: Argentina, Uruguay, México y Brasil. El caso de Brasil, es especial pues el Supremo Tribunal Federal es parte del Poder Judicial, pero es muy parecido a un Tribunal Constitucional por sus competencias; además ellos cuentan con un Tribunal Superior de Justicia que es como una Corte Suprema. Encargan el control constitucional a una Sala Constitucional de la Corte Suprema: Costa Rica, Nicaragua, Venezuela, El Salvador, Paraguay y Honduras.

En Europa los países que no tienen Tribunal Constitucional y solo Corte Suprema son: Dinamarca, Estonia, Finlandia, Gran Bretaña, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos, Suecia y Suiza.

7 Conversación sostenida con el Profesor Shwartz en mayo del 2005 en la *Washington College of Law* de la *American University*. Washington, Estados Unidos de América.

8 Sobre esta misma idea Louis Favoreu ha dicho: “Adoptemos, de una vez por todas, un lenguaje claro: el “Tribunal Supremo” de tipo americano es un Tribunal situado en la cima de un edificio jurisdiccional único, que desempeña una autoridad definitiva sobre el conjunto del edificio, con competencias a la vez de Tribunal Supremo, de Consejo de Estado y de juez constitucional; el “Tribunal Constitucional” – de tipo alemán, austriaco o italiano- es una jurisdicción constituida específicamente para conocer litigios constitucionales e independientes del sistema jurisdiccional ordinario”. Favoreu, Louis, Informe General Introductorio. En: AAVV, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 18.

9 Sobre las “características de los jueces de carrera”, que pueden ser aplicadas a los jueces peruanos, Mauro Cappelletti ha expresado: “Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de carrera, poco adecuados para asumir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más allá de la mera función tradicional de ser “simples intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y en particular, la de su núcleo, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Rights, difiere mucho de la de las leyes ordinarias; requiere una actitud difícilmente compatible con las tradicionales “debilidad y timidez” del juez del modelo continental.” Cappelletti, Mauro, Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional, En: AAVV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, op.cit., pág. 603.

10 Humberto Nogueira Alcalá sostiene refiriéndose a los Tribunales Constitucionales: “Estos tribunales realizan una tarea especializada de carácter jurídico político, para la cual se requiere concretar una hermeneútica finalista y sistemática que considera los valores y principios que orientan el conjunto del texto constitucional, enjuiciando las normas jurídicas a partir de la Constitución, lo que requiere de una preparación y perspectiva diferente del juez ordinario.” Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Lima, Palestra Editores, 2006, pág. 67.

del trabajo jurisdiccional, las técnicas de resolución de los casos, el razonamiento, la argumentación, la interpretación jurídica, los tipos de procesos, entre otros elementos, son distintos en los ámbitos de la jurisdicción constitucional y ordinaria.

Por lo demás, es un hecho objetivo que en las últimas décadas el desarrollo de los temas constitucionales (control concentrado, tipos de sentencias, conflictos de competencias e interpretación de los derechos fundamentales) se deben en gran parte a los Tribunales Constitucionales. Creemos que la tendencia hacia la especialización del trabajo jurisdiccional hará que más países opten por el modelo de Cortes separadas¹¹.

Sobre la importancia de los Tribunales Constitucionales en el mundo, Louis Favoreu ha dicho:

“El desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. No se concibe hoy día un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal constitucional”¹².

En la misma línea se manifiesta el profesor de Derecho Constitucional Dominique Rousseau:

“...desde 1945, el establecimiento de un Tribunal Constitucional es elemento obligado de todas las constituciones modernas, al igual que lo es la institución de las asambleas parlamentarias, de un gobierno y de un jefe de Estado;...”¹³.

Así lo han entendido no solo los países desarrollados sino también los países en vías de desarrollo. La creación de Tribunales, Cortes o Consejos Constitucionales se ha extendido a lo largo del Siglo XX por todo el mundo¹⁴:

- En Europa hay Tribunales, Cortes o Consejos Constitucionales en los siguientes países: Alemania, Austria, Italia, Francia, Portugal, España, Bélgica, República Checa, Polonia, Croacia, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría, Bulgaria, Rumanía, Rusia, Armenia, Andorra, Lituania, Macedonia, Malta, Albania, Azerbaiyán, Bosnia - Herzegovina, Georgia, Letonia, Luxemburgo, Moldavia, Ucrania, Montenegro, Serbia, Bielorrusia y Turquía.

11 Cabe precisar que por el hecho de que sean jurisdicciones separadas, la ordinaria y la constitucional, ello no es obstáculo para que se desarrollen niveles de coordinación por medio de sus respectivas legislaciones procesales y sobre todo debido al carácter vinculante de la jurisprudencia del TC sobre el PJ como es en el Perú.

12 Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 13.

13 Dominique Rousseau, *La Justicia Constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 3.

14 Relación elaborada por el autor del presente artículo.

- En América Latina hay Tribunales o Cortes Constitucionales en los siguientes países: Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Bolivia, Guatemala y República Dominicana.
- En Asia hay Tribunales o Cortes Constitucionales en los siguientes países: Indonesia, Corea del Sur, Camboya, Mongolia, Tajikistán, Tailandia y Usbequistán.
- En los países Árabes hay Tribunales o Consejos Constitucionales en: Egipto, Marruecos, Líbano, Mauritania, Túnez, Argelia, Bahrein, Sudán, Kuwait y Jordania.
- En África hay Tribunales o Cortes Constitucionales en los siguientes países: Sudáfrica, Angola, Benín, Burkina Faso, Burundi, Chad, Congo, Gabón, Costa de Marfil, Mali, Mozambique, San Tomé y Príncipe, Senegal y Togo.

El trabajo de los Tribunales y Cortes Constitucionales de los diferentes países en beneficio de la democracia, del orden constitucional y de los derechos humanos ha hecho que se agrupen en organismos y conferencias a nivel regional y mundial a fin de compartir experiencias, prácticas, conocimientos y criterios jurisprudenciales en materia constitucional en temas de interés común. Al respecto, en la actualidad existen las siguientes entidades especializadas en jurisdicción constitucional¹⁵:

- a) La Conferencia Europea de Cortes Constitucionales;
- b) La Asociación de Cortes Constitucionales de Lengua Francesa;
- c) La Conferencia de Órganos de Control Constitucional de países de Nueva Democracia;
- d) La Asociación de Cortes Constitucionales y Organismos equivalentes de Asia;
- e) La Unión Árabe de Cortes y Consejos Constitucionales;
- f) La Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional;
- g) La Conferencia de Jurisdicciones Constitucionales de África;
- h) La Conferencia de Jurisdicciones Constitucionales de países de Lengua Portuguesa;
- i) La Conferencia Mundial de Justicia Constitucional.

En los inicios del siglo XXI la jurisdicción constitucional es una realidad mundial y se encuentra en plena expansión. Las Cortes, Tribunales y Consejos Constitucionales de todos los continentes están a la vanguardia en la protección de la democracia constitucional y los derechos fundamentales a nivel planetario. Por ello, no es pertinente la pretensión de suprimir el Tribunal Constitucional en el Perú y llevarlo

15 Comisión de Venecia: http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Regional

a la Corte Suprema, más aún cuando hace más de veinte años ese debate se dio en el Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993 y tal postura fue rechazada. Afincar las funciones del TC en el Poder Judicial sería un verdadero retroceso y truncaría un proceso de desarrollo que ya tiene más de treinta años desde que se creó por primera vez un Tribunal Constitucional en la Constitución de 1979.

3. El Circuito de la Jurisdicción Constitucional (ámbito procesal)

El Tribunal Constitucional se relaciona con otros órganos constitucionales ya sea para controlarlos (todos los órganos constitucionales), para constituirse (Congreso de la República elige a los Magistrados), para funcionar (Ejecutivo asigna su presupuesto), o para coordinar el funcionamiento del sistema de jurisdicción constitucional (Poder Judicial).

En el caso peruano, existe un “Circuito de la jurisdicción constitucional” diseñado por la Constitución y la legislación procesal constitucional vigente que promueve un trabajo conjunto entre el TC y el PJ en el ámbito de la jurisdicción constitucional, pues ha otorgado a ambos las competencias del control constitucional y la protección de los derechos constitucionales, pero con una preeminencia del TC dada la legislación actual. Este “circuito” es el resultado de treinta años de evolución de la jurisdicción constitucional en el Perú.

El TC y el PJ son órganos autónomos, tanto en los países que tienen un sistema de jurisdicción concentrado, como en los países con sistemas duales o paralelos¹⁶, o mixtos¹⁷ de jurisdicción constitucional. Sin embargo, en el caso peruano se da una

16 Acerca del sistema dual o paralelo de jurisdicción constitucional en el Perú, Domingo García Belaunde ha dicho: “El modelo dual o paralelo –puede llamársele indistintamente- es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993”. García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”. En: García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pág. 122 y ss.

17 Sobre la caracterización del modelo de jurisdicción constitucional como mixto en el Perú, Aníbal Quiroga León sostiene: “Nadie en nuestro medio puede desconocer, sin temor a error, que la “jurisdicción o justicia constitucional” en el diseño constitucional del Perú es de orden mixto, y que esa mixtura se halla extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplado ahora en el Art. 138 2da parte de la Constitución ...y cuando estos mismos Magistrados conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o también denominada, acciones de la Jurisdicción de la libertad.” Quiroga León, Aníbal, “La Supremacía del Control Constitucional en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: Un Sistema Mixto”. En: AAVV, *Ponencias Desarrolladas IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Tomo I, Editorial Adrus, Arequipa, 2008, pág. 464. Para el caso español Sabela Oubiña dice: “La obsolescencia de los patrones clásicos para explicar los diferentes modelos a que ha dado lugar la universalización de la Jurisdicción Constitucional ha

conjunción funcional entre el TC y el PJ para resolver las demandas constitucionales en materia de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento¹⁸ y también, en menor medida, en el caso del control difuso, como se explicará más adelante.

El siguiente análisis parte de las actuales normas constitucionales y procesales que prescriben una interrelación entre el TC y el PJ. El punto de partida radica en el hecho de que la Constitución les asigna además de las competencias exclusivas¹⁹ dos competencias compartidas: a) El control de constitucionalidad y; b) El juzgamiento de los procesos constitucionales de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento.

3.1. El control de constitucionalidad (concentrado y difuso)

En relación al control de constitucionalidad concentrado nuestro ordenamiento constitucional y legal tiene la siguiente regulación para el TC:

El artículo 201 de la Constitución establece:

“Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), dispone:

desembocado en la búsqueda de una tipología o *tercium genus* que diría Pegoraro que ofrezca mayor capacidad analítica. Siguiendo esta línea, la doctrina mayoritaria define nuestro modelo de Justicia Constitucional de sistema mixto. Y es que a pesar de estar atribuida dicha jurisdicción a un órgano *ad hoc*, no se corresponde exactamente con el modelo kelseniano puro. Esta mixtura también es predicable de la mayoría de los países de nuestro entorno, v.gr. Alemania, Italia, Portugal y Grecia.” Oubiña Barbolla, Sabela, Ob. Cit., pág. 105.

18 En opinión complementaria sobre el modelo dual o paralelo, Humberto Nogueira Alcalá ha expuesto: “Es imprescindible acotar, en todo caso, que el dualismo o paralelismo entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional se quiebra y se convierte en entrecruzamiento de las jurisdicciones ordinarias y el Tribunal Constitucional en un mismo procedimiento, cuando este último revisa las sentencias denegatorias de acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales.” Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 173. Por su parte María Asunción García Martínez afirma para el caso peruano: “...sin duda el modelo de control de constitucionalidad peruano responde a una estructura verdaderamente singular que le dota de personalidad propia respecto de los existentes en otros países latinoamericanos.” García Martínez, M^a Asunción, “Los modelos mixtos de control de constitucionalidad. La triple vía del modelo peruano”, en: AAVV (Coordinador Pablo Pérez Tremps), *La Reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 318.

19 Debemos tener presente que ambos órganos constitucionales también tienen competencias exclusivas, así el Conflicto de Competencias para el TC y la Acción Popular para el PJ.

“Artículo 1.- El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. ... Se encuentra sometido únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica.”

El artículo 202 de la Constitución establece:

“Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. ...”

El artículo 204 de la Constitución dispone:

“Artículo 204.- La sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. (...)”

A su turno el artículo 75 del Código Procesal Constitucional (CPC) dispone:

“Artículo 75.- Finalidad

Los procesos de... inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía...”

Sobre el efecto de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad el CPC establece:

“Artículo 81.- Efectos de la Sentencia Fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (...)”

La Constitución, el CPC y la LOTC, establecen que el Tribunal Constitucional es por excelencia el órgano de control de la constitucionalidad (control concentrado) y supremo intérprete de la Constitución. Sin embargo, si bien la Constitución reserva para el TC la competencia exclusiva en instancia única del proceso de inconstitucionalidad (efectos generales), también le otorga al PJ, además de administrar justicia o impartirla, la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad (efecto inter partes).

En efecto, en relación al control constitucional difuso la Constitución establece la siguiente regulación para el Poder Judicial:

“Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

Mediante este artículo la Constitución incorpora, en el ordenamiento jurídico peruano, el control difuso. Por tanto, es perfectamente posible que antes de que una norma sea cuestionada en vía del proceso de inconstitucionalidad, con efectos generales, pueda ser declarada inconstitucional a través del control difuso, con efectos inter partes, por el Poder Judicial en vía incidental. No obstante, aun cuando cabe dicha posibilidad, el artículo VI del Código Procesal Constitucional dispone que, en determinados supuestos, el Poder Judicial aplicará el control difuso siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, claro está, siempre que exista.

El artículo en cuestión dispone algunas reglas en materia de control difuso:

“Artículo VI.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Este artículo del CPC establece algunas reglas para la aplicación del control difuso por parte de los jueces del PJ:

- a) El Juez aplicará el control difuso solo si es relevante para resolver la controversia;
- b) El Juez aplicará el control difuso cuando no sea posible obtener una interpretación conforme con la Constitución;
- c) Cuando es confirmada la constitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional ya no puede ser declarada inconstitucional en vía de control difuso;
- d) Los jueces deben interpretar las leyes conforme a los principios y preceptos que establece la jurisprudencia del TC.

Las reglas formuladas por el CPC recogen la experiencia de las últimas tres décadas y pueden ser entendidas como un reforzamiento de la autoridad del TC en materia de control constitucional especialmente cuando el PJ aplique el control difuso. Con ello se reconoce cierta preeminencia del TC sobre el PJ en el ámbito de la jurisdicción constitucional²⁰.

En la misma línea de razonamiento debemos tener presente el artículo 3 del CPC, modificado por la Ley N.º 28946, publicada el 24-12-2006, que fija un procedimiento para la aplicación del control difuso en sede judicial:

“Artículo 3.- Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece”.

El artículo otorga un papel importante a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República en los casos de aplicación del control difuso pues, al revisar todas las resoluciones judiciales en dicha materia, se erige en unificador de criterios jurisprudenciales sobre control difuso. Igualmente, el artículo citado destaca el carácter inter partes de la decisión que aplica el control difuso sobre la norma cuestionada sin afectar su vigencia, con lo cual de modo indirecto se destaca que solo el TC puede anular la vigencia de la norma con efectos generales.

No debe perderse de vista que no obstante la preponderancia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, en materia de control difuso, también le son aplicables el artículo VI del CPC y la primera disposición general de la LOTC²¹, que obligan al PJ a seguir la jurisprudencia del TC bajo responsabilidad,

20 Sobre la preeminencia del TC sobre el PJ en el ámbito de la jurisdicción constitucional el ex Presidente del TC César Landa Arroyo sostiene: “Cabe precisar que el Tribunal Constitucional goza de un rol prevalente sobre el Poder Judicial, en tanto subordina las resoluciones judiciales a sus decisiones, en materia de garantías constitucionales y en asuntos de interpretación y, en consecuencia, de aplicación de la Constitución.” Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra Editores, 3ra Ed, pág. 170.

21 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú. Disposiciones generales: “Primera.- Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

con lo cual la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema también queda vinculada y subordinada a la interpretación constitucional que haga el TC cuando exista jurisprudencia constitucional sobre el caso.

El atributo de “supremo intérprete de la Constitución” otorgado por la LOTC, reforzado por las reglas del CPC, para la aplicación del control difuso por parte de los Jueces y de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, demuestran que la legislación procesal de resaltar una preeminencia del TC sobre el PJ en materia de control difuso a fin de que el PJ siga la jurisprudencia del TC. No obstante lo expuesto, es posible que si el TC no se ha pronunciado sobre algún caso, y por ello no hay jurisprudencia, el PJ tiene amplia libertad para inaplicar, por inconstitucional, una norma de rango legal en vía de control difuso, con efecto inter partes, y formular su respectiva interpretación constitucional con las limitaciones expuestas.

3.2. El juzgamiento de los procesos constitucionales de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento

En relación a la segunda competencia compartida, debemos tener presente que el artículo 202 de la Constitución establece que corresponde al TC conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Aquí es importante considerar que si la Constitución establece que le corresponde al TC conocer en “última y definitiva instancia”, y siendo que aquella diseña al TC como una Corte de instancia única, podemos entender que las instancias inferiores son las del PJ. Así fue bajo la Constitución de 1979 y la Ley N.º 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo y lo sigue siendo ahora con la Constitución de 1993 y con el Código Procesal Constitucional.

Al respecto, el Artículo IV del CPC, sobre órganos competentes en materia de procesos constitucionales de la libertad dice:

“Artículo IV.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código”.

Conforme al ordenamiento constitucional y legal vigente en Perú, la intervención del PJ y del TC en los procesos constitucionales de la libertad se presenta de la siguiente manera:

- a) Corresponde al PJ la primera y segunda instancia (Juez de primera instancia y Sala de la Corte Superior, respectivamente);
- b) Corresponde al PJ conceder o denegar la medida cautelar;
- c) El PJ puede ser última instancia de fallo cuando la demanda es estimada en segunda instancia;
- d) El PJ tiene a su cargo la ejecución de la sentencia (Sea del PJ o del TC);
- e) El TC es última y definitiva instancia.

En el caso de los procesos constitucionales de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento, el TC se erige como la última y definitiva instancia en el orden jurídico del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 205 de la Constitución. Cuando interviene el TC por denegatoria de la demanda en alguno de los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data o cumplimiento, su decisión debe ser acatada por las instancias inferiores del PJ, Cortes Superiores y Jueces de primera instancia.

De otro lado, no debemos perder de vista que el PJ es el primero en evaluar las demandas en los procesos constitucionales de la libertad y puede darse el caso que su decisión estimativa no llegue al TC, con lo cual el PJ tendría la última palabra. Si bien el PJ debe seguir los precedentes y jurisprudencia del TC, al igual que en el caso del control difuso, puede ocurrir que el TC no se haya pronunciado sobre determinada materia, con lo cual el PJ está en la posibilidad de desarrollar una jurisprudencia propia en materia de derechos constitucionales. Sin embargo, este escenario no se ha dado de un modo que podamos decir que el PJ tenga una jurisprudencia constitucional relevante.

Merece una mención especial el caso de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales debido a que en la actualidad la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ya no interviene como segunda instancia, como lo fue desde la vigencia de la antigua Ley N.º 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Conforme a dicha norma, las demandas de amparo contra resoluciones judiciales se presentaban ante las Salas Civiles de las Cortes Superiores, quienes conocían en primera instancia, y la apelación, en segunda instancia, era conocida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, y si ésta última la denegaba cabía recurrir al TC.

Así también fue reconocido por los dos últimos párrafos del artículo 51 del CPC que establecían:

“Artículo 51.-

(...)

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de la República respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda”.

A partir de la Ley N.º 29364 (Segunda disposición derogatoria) publicada el 28 de mayo de 2009, se derogaron los dos últimos párrafos citados del artículo 51 del CPC, con lo cual, a partir de ese año la regla general del primer párrafo del artículo 51 del CPC, que dispone que es competente para conocer del proceso de amparo el Juez Civil, cuya apelación será conocida por la Sala Civil respectiva, también pasó a aplicarse a las demandas de amparo contra resoluciones judiciales.

Sobre esta reforma llama la atención que se hiciera en una ley ordinaria que modificaba el recurso de casación en materia civil y no por una ley orgánica como correspondía. Asimismo, lo que se consiguió fue excluir a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema del conocimiento de los amparos contra resoluciones judiciales y con ello eliminar la posibilidad que el TC anule alguna decisión de la mencionada Sala. Desde entonces en materia de procesos constitucionales de la libertad solo los jueces de primera instancia y las Salas de las Cortes Superiores se subordinan al TC en materia de los mencionados procesos cuando son denegadas las demandas en el PJ. El efecto práctico de eliminar la posibilidad de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema pudiera pronunciarse en materia de amparos contra resoluciones judiciales fue reforzar la autoridad del TC en materia de amparo sobre los Jueces de las Salas Superiores y Juzgados de primera instancia.

4. El Circuito de la Jurisdicción Constitucional (ámbito funcional)

La interrelación y complementariedad del TC y PJ no solo se da en el aspecto procesal. También se da en el ámbito funcional. En principio se podría considerar que el TC y el PJ son órganos autónomos de modo que sus miembros no tienen relación funcional y están aislados. Si bien es cierto que son órganos distintos, que tienen competencias claramente definidas y una estructura funcional diferenciada, no debe olvidarse que comparten competencias en materia de jurisdicción constitucional. En esta última el TC prevalece y los jueces constitucionales de segunda y primera instancia se subordinan²². Así como en materia civil, penal, laboral, previsional, contenciosa administrativa la Corte Suprema tiene la última palabra y los jueces de segunda y primera instancia acatan sus decisiones, en el “Circuito de la jurisdicción constitucional” los jueces del Poder Judicial se subordinan al TC en materia constitucional²³.

En este sentido la primera disposición general de la LOTC dispone:

“Primera.- Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios

22 Sobre la relación del TC y el PJ en materia de control de la constitucionalidad, Javier Alva Orlandini dice en relación al TC: “Y en ese sentido, puede decirse que goza de una supremacía de carácter funcional, lo que no debe confundirse con la supremacía de carácter institucional”. Alva Orlandini, Javier, “Tribunal Constitucional”, en: AAVV, *La Constitución Comentada, Análisis artículo por artículo*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 1115.

23 En el año 2004, antes de ser Magistrado Constitucional, el ex Presidente del TC, Juan Vergara Gotelli, propuso constituir una “Justicia Constitucional de línea” en la que los jueces y salas constitucionales estuvieran fuera del PJ y dependieran del TC, para lo cual debía emprenderse una reforma constitucional. Vergara Gotelli, Juan, *La Reforma del Poder Judicial*, Kinko's Impresiones S.A.C., Lima, 2004, pág. 225 y ss.

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.”²⁴

Precisamente para configurar un “Circuito de la jurisdicción constitucional” es que la tercera disposición final del CPC establece:

“Tercera.- Jueces Especializados

Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de habeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal”.

Desde 1982 la tarea de conocer en primera instancia los procesos de amparo y hábeas corpus fue conferida a los Jueces Civiles y Penales, con el propósito de llevar la jurisdicción constitucional a todas las provincias y distritos del Perú. Es decir, acercar la jurisdicción constitucional en materia de procesos constitucionales de la libertad a los ciudadanos y ciudadanas de todo el territorio peruano. Pasados treinta años, la legislación ha previsto que el conocimiento de los procesos de amparo, habeas data y cumplimiento sean conocidos por jueces constitucionales especializados en primera instancia, debido a la nueva realidad existente en el Perú.

En el año 2009, casi cinco años después de la vigencia del CPC mediante la Resolución Administrativa N.º 319-2008-CEPJ, publicada el 28 de enero de 2009 se instauró la especialidad constitucional en la Corte Superior de Justicia de Lima, creándose diez Juzgados Especializados en lo Constitucional. El cumplimiento del mandato del CPC no debe quedarse en Lima, sino cuando menos debe ser replicada en las principales Cortes Superiores de la República.

Por lo pronto hay un Juzgado Constitucional en Huamanga Ayacucho. Del mismo modo también se deben crear Salas Especializadas en Derecho Constitucional como la existente en el Distrito Judicial de Lambayeque. Los órganos de gobierno del Poder Judicial deben cumplir dicho mandato.

Si se diera cumplimiento a la disposición legal citada tendríamos un cuerpo de Jueces Constitucionales del Poder Judicial, en primera y segunda instancia, que al cabo de pocos años podrían desarrollar una importante jurisprudencia protectora de los derechos constitucionales sin necesidad de llegar al TC, y con ello disminuir

24 Sobre esta norma Óscar Díaz Muñoz afirma: “Este precepto parece ser la consecuencia lógica del carácter del Tribunal Constitucional de intérprete supremo de la Constitución, haciendo prevalecer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los jueces y tribunales en caso de discrepancia, lo que contribuye a preservar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.” Díaz Muñoz, Óscar, “La Jurisprudencia Constitucional”, en: AAVV, *El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo I, Editora Jurídica Grigley, Lima, 2006, pág. 277.

considerablemente el tiempo de espera para una respuesta de la jurisdicción constitucional por parte de los ciudadanos.

Con base a la normativa constitucional y legal descrita se debe implementar el “Circuito de la jurisdiccional constitucional” con jueces y salas especializadas en lo constitucional en los principales distritos judiciales que tengan una carga procesal significativa en materia constitucional y cuya máxima instancia es el Tribunal Constitucional.

5.- Conclusiones

- a) En la actualidad existe una tendencia mundial a que la jurisdicción constitucional especializada se radique en los Tribunales Constitucionales (71 países en todos los continentes), por eso constituye un retroceso pedir que las competencias del TC pasen al PJ.
- b) En materia del control de la constitucionalidad, si bien el TC y el PJ comparten tal competencia, concentrado y difuso, respectivamente, las normas procesales (artículos VI y 3 del CPC) otorgan cierta preeminencia al TC, aun cuando el PJ en casos no resueltos por el TC puede tener la primera palabra.
- c) En materia de protección de derechos constitucionales el TC tiene la última palabra. Sin embargo, el PJ también puede aportar una jurisprudencia importante cuando estima las demandas en materia de Amparo, Hábeas Corpus y Cumplimiento en segunda instancia.
- d) Desde la instauración de la jurisdicción constitucional hace treinta años, ésta ha evolucionado haciendo posible que el TC y el PJ compartan competencias en materia de jurisdicción constitucional sin mayores dificultades, pero desde nuestro punto de vista con una preeminencia del TC conforme a la Constitución y a la normativa de la LOTC y del CPC. Esta evolución ha tenido como resultado el “Circuito de la Jurisdicción Constitucional” que se desprende del análisis normativo vigente.
- e) No debemos perdernos en la problemática que entrañan los casos mediáticos, que son muy pocos, por el contrario, debemos fortalecer “el Circuito de la Jurisdicción Constitucional” creando los Juzgados y Salas Constitucionales en todos los Distritos Judiciales de la República, a fin de beneficiar a la mayor cantidad de demandantes con una jurisdicción constitucional especializada y rápida y cuyas demandas también son las más relevantes porque legitiman nuestra sistema de protección de derechos constitucionales.

LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS EN EL PERÚ

Víctor Julio Ortecho Villena

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (México). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Ex Decano del Colegio de Abogados de La Libertad (1972), Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo (1990). Actual profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Miembro del Colegio Nacional de Periodistas y Miembro del Consejo Nacional del Colegio de Periodistas del Perú

1. Sus orígenes

Del enjundioso estudio que hace Domingo García Belaunde en su libro *El hábeas corpus en el Perú*, que representa el más completo en esta materia en nuestro país, pese a que al cierre de su impresión se aprobó la actual Constitución de 1993 que ha traído modificaciones sobre este instituto jurídico, podemos extraer muy resumidamente los principales antecedentes de lo que es hoy el hábeas corpus.

En la antigua Roma, y en el año 533 d.c. por primera vez y de una manera formal y expresa se establecía un medio de defensa de la libertad personal, denominado interdicto *De Homine Libero Exhibiendo*, que formó parte del derecho romano, como una clara y precisa protección jurídica de la libertad. Tal interdicto consistía en exhibir al hombre libre, por parte de la autoridad y que había sido retenido con “dolo malo”.

Lógicamente debemos entender que tal exhibición significaba arrancar a la persona de poder de quien lo retenía no solamente en forma indebida sino malintencionadamente.

En España, y durante el siglo XV, encontramos un antecedente sumamente importante, como fue el llamado Juicio de Manifestación de Aragón, que era el recurso contra el poder, el abuso y la arbitrariedad y a favor de la libertad de las personas. Ese medio de defensa permitía apartar a la autoridad de su acción tiránica, previniendo o evitando la arbitrariedad que se podía cometer en contra de los aragoneses. Este derecho lógicamente, fue ampliado posteriormente a todos los españoles.

En Inglaterra, sobre la prodigalidad de declaraciones relacionadas con estos derechos, de que hablaba Domingo García Belaúnde, representan hitos inconfundibles en el desarrollo político-jurídico inglés, los siguientes hechos: el 15 de junio de 1215, a Juan sin Tierra, se le arrancó una gran conquista. Él firmó la “Magna Charta Libertatum” (Carta Magna), la cual contiene; en uno de sus más importantes dispositivos, el derecho de toda persona de no ser arrestado o detenido en prisión, sino por mandato legal. Pero si en verdad se reconoció, de esta manera, la libertad personal, corporal o física, no se reconoció un medio procesal o de defensa expreso, para defenderla.

El writs of habeas corpus, que se habría dado en 1215, contenía diversos mandatos, para traer a una persona que se encontraba detenida, a fin de someterlo a la justicia o que se ejecute la respectiva sentencia. Propiamente no se trataba de mandamientos de libertad, sino de todo lo contrario, para detener a una persona legalmente o precisar la instancia que le correspondía. Hay que inferir de ello, que si la persona estaba detenida indebidamente, al pasar a la autoridad competente podía salir en libertad.

Es recién en 1679, que se promulgó la Ley de hábeas corpus, con el sentido actual, y que tenía por fin ordenar la libertad de una persona que estaba detenida indebidamente.

En Estados Unidos, a fines del siglo XVIII, se incorporó el “Privilegio del Mandato de Habeas Corpus”, como medida de seguridad para proteger la libertad, medio de defensa que, dígame de paso, se suspendió en numerosas ocasiones.

Sobre el particular, el distinguido constitucionalista García Belaunde ya mencionado, puntualizó lo siguiente:

En los Estados Unidos, aunque con variantes de orden procesal, el Habeas Corpus se da en dos niveles: estatal y federal y su campo de acción es muy variado, desde buscar la libertad de una persona en prisión por violación de un derecho federal, hasta cuestionar la validez de una extradición, revisar procedimientos de deportación o exclusión de extranjeros, determinar la legalidad del arresto de una persona, cuestionar la competencia de una Corte para someter a una persona por contumacia, etc. Uso tan variado del hábeas corpus ha conducido a abusos, notándose en los últimos tiempos un sentimiento general que pide que se detenga su desnaturalización, pues impide el normal desenvolvimiento de la justicia penal en los Estados Unidos”.

2. Proceso de desarrollo normativo del hábeas corpus en el Perú

El hábeas corpus es una acción de garantías, para la defensa de las libertades, particularmente de la libertad personal, ha sufrido un proceso de desarrollo paulatino y largo, y así como en la conquista de las libertades se han librado muchas batallas, preferentemente en nivel de lucha política y social, para esta garantía se ha librado otra en nivel político jurídico. Pues quienes detentaron el poder político, formalmente han reconocido las libertades, pero en la práctica, siempre las han conculcado y en todo caso quisieron disponer de plena autoridad y dominio en esta materia.

De allí que sea importante señalar a grandes rasgos, cómo ha evolucionado este instituto jurídico hasta nuestros días. Este proceso evolutivo, se ha desarrollado en dos niveles normativos, uno legal y otro constitucional. Siguiendo el itinerario puntualizado por García Belaunde, en su obra ya citada, y **que** es bajo un criterio cronológico, tenemos los siguientes hitos de desarrollo:

La Ley de 1897, que fue aprobada por el Congreso el 21 de octubre de ese año, durante la Presidencia de Nicolás de Piérola, pero que éste se negó a promulgarla, por lo que tuvo que hacerlo el propio Congreso. Esta ley en el art. 1º, señalaba; “Toda persona residente en el Perú, que fuese reducida a prisión, si dentro del término de 24 horas no se le ha notificado la orden de detención judicial, tiene expedito el recurso extraordinario de Habeas Corpus”.

La promulgación de esta ley, que por primera vez en el Perú concedía una garantía para las libertades ya consagradas en las constituciones, particularmente en la de 1860, era la culminación de toda una batalla jurídica entre los legisladores, que se inició con la presentación de un proyecto suscrito entre otros, por Mariano H. Cornejo en 1892, que pasó por la aprobación del Senado en 1883 y no encontró terreno propicio dados los acontecimientos políticos que se sucedieron en esos años.

Respecto a esta primera Ley sobre el hábeas corpus, García Belaunde advierte como notas esenciales, las siguientes: que no hacía distinciones entre nacionales y extranjeros, pues fue concedida para toda persona residente en el Perú; que en su propio texto incluía el origen de su desnaturalización, al calificarlo como recurso extraordinario, cuando en realidad se trataba de una acción y que desde el punto de vista de la personería, podía ser presentado además del mismo arrestado, por sus parientes o por cualquier persona sin necesidad de poder. (92). Es necesario señalar que originariamente el hábeas corpus en el Perú, con la ley de 1897, al igual que el sentido originario que tuvo en otros países, fue de aplicación únicamente por la violación de la libertad personal o física, es decir tratándose de prisión.

Ley de 1916 sobre la materia que comentamos, se expidieron dos leyes durante ese año: la de 10 de febrero y la de 26 de setiembre. La primera que traduce una intención un tanto imprecisa, de extender la Ley de Habeas Corpus a las demás Garantías Individuales de que hablaba el Título IV de la Constitución de 1860. Pero tal imprecisión se advierte, en el hecho que señala que tales garantías “darán lugar a recursos destinados a amparar a los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de sus libertades o a hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad”. No precisa qué recursos, pero señala que **“Son aplicables a ellos, las disposiciones de la ley de Habeas Corpus, en cuanto a las autoridades que deben conocer de ellos, a las personas que puedan presionarlos y a las reglas de su tramitación”**, es decir lo referente a la competencia, a la personería y al procedimiento.

Por su parte, la ley 2253 trató de perfeccionar a la ley de 1897, particularmente en lo que al procedimiento se refiere, dada la poca viabilidad y el limitado ejercicio que había tenido la ley de Habeas Corpus, y las frecuentes detenciones indebidas que se practicaban; esta ley dio mayor poder discrecional al Juez o Tribunal que conocía sobre esta acción. Es así que, resultando procedente su presentación, el Habeas Corpus se debía seguir de oficio.

La Constitución de 1920, en la última parte de su art. 24 y después de puntualizar la fórmula de la libertad de no ser detenido, sin mandamiento escrito del Juez competente, señalaba: **“las personas aprehendidas o cualquier otra podrá interponer conforme a ley, el recurso de Habeas Corpus por prisión indebida”**.

Esta fórmula ya constitucional y que no hizo sino elevar de categoría a un instituto que ya estaba vigente en nivel de ley, tácitamente regresaba a señalar los alcances originarios del Habeas Corpus, es decir de aplicación para el caso de violación de la libertad personal o física. Naturalmente, sobre la falta de precisión de la ley 2223 y del hecho mismo, surgieron posiciones contradictorias a nivel jurisprudencial y teórico, si debía aplicarse o no para las demás libertades. De hecho, muy poco se aplicó aún para el caso de la libertad física violada, y a despecho de su consagración constitucional, campeó la represión; la prolongada dictadura de Leguía gobernó a espaldas de esa liberal Constitución y el Habeas Corpus, representó únicamente un antecedente en la norma escrita, mas no en la realidad.

En el Código de Procedimientos en Materia Criminal (1920)

Este cuerpo de normas procedimentales que fue promulgado el mismo año que la Constitución incluyó al hábeas corpus, en su texto comprendido entre los arts. 342 y 355. De ello podemos extraer, los siguientes aspectos sustanciales:

- a. **Su Objetivo.**- Estaba referido a defender únicamente la libertad personal, es decir cuando una persona había sido detenida por más de 24 horas y sin que se le haya

comenzado a tomar su declaración instructiva. Consiguientemente, el fin era hacer cesar tal violación de la libertad (art. 342).

- b. **Competencia.-** Era competente el Juez de Primera Instancia de la Provincia o el Tribunal Correccional. (Art. 343).
- c. **Personería.-** Podría ser presentado por el detenido, por sus parientes o por cualquier otra persona, sin necesidad de poder (art. 344). Asimismo se señala como condiciones para el detenido, el de no ser un reo con antecedentes penales, no estar sujeta a un proceso penal, no ser desertor del ejército.
- d. **Características.-** Aunque en la práctica era una acción, formalmente se le calificó como un recurso.

Su radio de acción se limitaba a la defensa de la libertad corporal (incluyendo la colocación de guardias en la puerta).

Se podía aplicar contra hechos provenientes de autoridades políticas, judiciales y de particulares.

En la Constitución de 1933 la institución de Habeas Corpus, quedó instituida como acción, en el art. 69, con el siguiente texto:

“Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Habeas Corpus”

Este paso normativo, representa un cambio notable, con relación a lo preceptuado en la Constitución de 1920 y del Código de Procedimientos en Materia Criminal, del mismo año, no solamente desde el punto de vista procesal al considerarlo en su verdadera dimensión, como una acción y no como un recurso, sino por la amplitud de su aplicación. Dejando su sentido original, circunscrito a defender la libertad corporal, se extendió a todos los derechos individuales y sociales.

Esta norma constitucional, al decir de García Belaunde, tuvo dos antecedentes; el anteproyecto de la Comisión Villarán y los debates del Congreso Constituyente. El primero, a nuestro entender, no obstante su importancia, formalmente no fue tenido en cuenta pues la comisión de Constitución del Congreso elaboró un nuevo trabajo y el segundo, es decir los debates parlamentarios que rebasaron lo hecho por esta comisión. Y en la fundamentación y desarrollo de ambos se vio la necesidad de amparar a los ciudadanos en el uso de sus libertades tanto individuales como sociales, no importando al parecer, el carácter específico y técnico de la institución tratada, sino el criterio político y social de defensa de las libertades.

De acuerdo al art. 69 y que tuvo vigencia por espacio de 48 años, podían ser objeto de las acciones de Habeas Corpus los siguientes derechos individuales llamados en la Constitución del 33 garantías: libertad de trabajo (art. 55), libertad física y corporal, es decir de no ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de juez competente; derecho de no ser condenado por actos no previstos como punibles (art. 57), no hay detención por deudas (art. 58), libertad de conciencia y de creencia (art. 59), derecho de petición (art. 60), inviolabilidad de domicilio (art. 61), derecho de reunión (art. 62), libertad de prensa (art. 63), inviolabilidad de la correspondencia (art. 66), libertad de tránsito (art. 67), derecho a no ser extrañado del país (art. 68).

Recibían el mismo beneficio de esa amplitud, las siguientes libertades sociales, tratadas también por la Constitución de 1933, como garantías: libertad de asociación (art. 27), protección contra los intereses usurarios (art. 28), inviolabilidad de la propiedad (art. 29), derechos de autos (art. 30), libertad de comercio e industria (art. 40), libertad de trabajo y protección al contrato colectivo de trabajo (art. 42, 43, y 44), derecho de los trabajadores a participar en los beneficios de la empresa (art. 45), seguridad industrial (art. 46), seguridad social (art. 48), protección de la salud (art. 50), protección al matrimonio, a la familia y a la maternidad (art. 51), derechos del niño (art. 52).

En el Código de Procedimientos Penales de 1940: Este cuerpo normativo procesal señalaba originariamente el procedimiento, en su articulado comprendido entre el 349 y el 360, puntualizando cuando con toda claridad el trámite para el habeas corpus referido a la violación de la libertad física o corporal, pero dejando un serio vacío para el trámite cuando se trataba de violaciones las demás libertades individuales y sociales. Asimismo, incurría nuevamente en el error de la Constitución de 1920, de calificarlo como recurso y no como acción.

Los aspectos fundamentales que ha contenido originariamente este código respecto al Habeas Corpus, son los siguientes:

Respecto a los derechos que ampara:

- a. En caso de violación de la libertad Corporal o física (el texto del art. 349, concede la facultad de usar del habeas corpus a toda persona reducida a prisión por más de veinticuatro horas, sin que el Juez competente haya comenzado a tomarle la declaración instructiva).
- b. En caso de violación de los demás derechos individuales y sociales garantizados por la Constitución (segunda parte del art. 349).
- c. En caso de puesta de guardias a un domicilio (el art. 359, lo considera como detención arbitraria contra la persona que la ocupa).

Respecto al órgano competente:

- a. El Juez Instructor o el Tribunal Correccional.
- b. El Tribunal para el caso de que la detención arbitraria proceda del Juez Instructor.

Respecto a la personería:

- a. El propio detenido.
- b. Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Respecto a los requisitos:

- a. Afirmación jurada de haber transcurrido más de veinticuatro horas de la detención, sin haberse comenzado a rendir la instructiva.
- b. De no ser el detenido reo rematado ni estar sujeto a instrucción por delito alguno.
- c. No ser desertor del Ejército, de la Policía, de la Armada o de la Aviación.
- d. No ser conscripto sorteado, ni militar en servicio arrestado por su jefe.
- e. No hallarse cumpliendo legalmente apremio de detención corporal decretado por un Juez o Tribunal competente.
- f. Indicar el lugar en que se encuentra el detenido.

Respecto al procedimiento:

El trámite que se sigue comprende los siguientes pasos:

- a. Presentación del recurso por la parte interesada.
- b. El juez, recibido el recurso se constituirá inmediatamente en el lugar de la detención y si se entera de que no se le sigue ninguna instrucción al detenido y que son ciertas las afirmaciones contenidas en el recurso, lo pondrá inmediatamente en libertad, dando cuenta al Tribunal.
- c. Si toma conocimiento de que está bajo la jurisdicción de algún juez, puede entablar competencia; si ésta procede, da cuenta al Tribunal.
- d. Si el jefe del establecimiento en que se encuentra el detenido, se niega a dar ingreso al juez o a cumplir la orden de libertad, le abrirá instrucción por el delito contra la libertad individual.
- e. En el caso de que el habeas corpus sea declarado fundado y la orden de detención haya emanado de autoridad política, el Tribunal que decretó la libertad o al que le fue comunicada por el Juez, citará al funcionario culpable, al agraviado y al Fiscal a una audiencia. Después de los debates, conforme a las reglas del juicio oral, le impondrá como pena la destitución del empleo. En el caso de que el abuso de la autoridad sea grave, la pena puede ser la de tres meses de prisión. (art. (356). En el caso de la destitución del empleado, éste no podrá volver hasta pasados dos años.

Respecto a la responsabilidad:

- a. Hay responsabilidad individual para el que ejecuta la detención arbitraria, aunque haya procedido por orden superior, pues ésta no lo libera de responsabilidad ni de la pena.
- b. Hay responsabilidad política, para el gobierno, si la orden emana de éste. El Tribunal debe dar cuenta a la Cámara de Diputados, sobre este proceso, en el caso que el ejecutor alegue tal orden.

Del procedimiento anteriormente señalado, debemos inferir que, no resultaba adecuado, que un Juez Instructor o un Tribunal Correccional, llamados a resolver el habeas corpus de carácter penal, hubiera tenido que resolver habeas corpus de carácter civil, social o político, es decir cuando se violaba otros derechos individuales y sociales. De esta consideración podemos deducir que sobre estas últimas materias, los procedimientos no eran sumarios, menos que hayan sido frecuentes y numerosos, y mucho menos que hayan sido amparados. Frente a esta realidad judicial, la conciencia jurídica del país, representada particularmente por los Colegios de Abogados del Perú y expresada en sus diversos congresos, reiteradamente abogó por el perfeccionamiento de tan importante instituto jurídico como el hábeas corpus.

También hubieron aspectos importantes que no fueron resueltos por estas normas del Código de Procedimientos Penales, tal como el referente a, contra quiénes procedía el habeas corpus. Era claro que procedía contra autoridades políticas y policiales; re entendía que tratándose de violaciones cometidas por autoridades administrativas también procedía, pero fue materia de discusión, si procedía, contra actos contenidos en resoluciones judiciales y contra particulares, lo que se ha venido subsanando por una limitada jurisprudencia. La legislación más reciente ha resuelto claramente estas dudas, como apreciaremos más adelante.

Decreto Ley 17083. Con fecha 24 de octubre de 1968, y a los pocos días de la toma del poder por el Gobierno Militar del General Juan Velasco Alvarado, se expidió el Decreto Ley 17083 que ha venido rigiendo hasta la promulgación de la Constitución de 1979 y parcialmente hasta la promulgación de la Ley 23506.

Tal Decreto Ley vino a perfeccionar el procedimiento que respecto al hábeas corpus, contenía el Código de Procedimientos penales, sobre todo supliendo el vacío que había respecto al trámite cuando se trataba de un habeas corpus de carácter civil, social o político (93).

Este Decreto Ley estableció dos vías procedimentales:

- a. Para el habeas corpus de carácter penal: un procedimiento penal.
- b. Para el habeas corpus de carácter civil, social o político: un procedimiento civil.

Para el primer caso, el art. 10 del D. L. señala concretamente, que tratándose de la violación de las “garantías de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, el Habeas Corpus se tramitará de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimientos Penales (el de 1940).

Y para el segundo caso, la segunda parte del mismo art., es decir tratándose de las violaciones de los demás derechos individuales y sociales, el hábeas corpus se tramitaría, mediante las disposiciones que señalaba dicho decreto, que no es sino la vía civil o procedimiento civil.

Este procedimiento civil contenía los siguientes pasos:

- La acción se interponía ante la Sala en lo Civil de Turno de la Corte Superior, del Distrito Judicial dentro del cual se hubiere cometido el acto impugnado (art. 2).
- La Corte Superior (tenemos entendido que se refería a la Sala en lo Civil), recibía el recurso. Si procedía la admisión a trámite, oficiaba al Procurador General de la República para que tome conocimiento, (94) y remitía el expediente al Juez en lo Civil más antiguo para que pida a la autoridad competente informe por escrito, dentro de ocho días (art. 2, segunda parte).
- El Juez en lo Civil, cumplido el trámite de pedir el informe escrito, elevaba lo actuado a la Corte Superior (Sala en lo Civil), en donde se podía presentar informes escritos o pronunciar informes orales a la vista de la causa.

La Corte Superior podía disponer la presentación de instrumentos, expedientes, copias certificadas que juzgue menester. La resolución debía ser expedida dentro de treinta días a partir de la fecha de elevación del expediente por el Juez (art. 3).

- La resolución que expedía la Corte Superior podía ser recurrida por cualquiera de las partes, dentro del tercer día, mediante recurso de nulidad; en estos casos era resuelta por la Primera. Sala dula Corte Suprema, previo dictamen fiscal y con la defensa escrita y/u oral que las partes ejercitaban (art. 4).

Su 5to. y último art. tenía el carácter de transitorio y se refería a la situación de los procesos que se encontraban pendientes de resolución por los tribunales.

3. Actuales precisiones conceptuales y alcances jurídicos del hábeas corpus

La institución jurídica del hábeas corpus, a pesar de su evolución, dada su importancia y la utilidad que esta llamada a cumplir para la defensa de la libertad, siempre constituye un amplio y fecundo objeto de análisis jurídico. De allí nuestro propósito de intentar algunas precisiones conceptuales y sus principios alcances jurídicos, particularmente dentro del actual marco constitucional y legal peruanos.

3.1. De su definición. Para arribar a ella, tentativamente es importante apreciar la distancia conceptual y normativa que ha tenido el babeas corpus desde su aparición hasta la *actualidad. Es así como en su origen, en Inglaterra, el sentido etimológico que dio razón a su nombre, puede traducir la idea básica y al mismo tiempo sus alcances y propósitos. Precisamente, se deriva de sus dos voces principales: “hábeas –tener y corpus– cuerpo, que daba la idea más, elemental, tener el cuerpo, tener corporalmente a una persona. De esa idea se derivaba una más explícita, que se podría

traducir en los siguientes términos: una acción para que quien tiene prisionera a una persona, la muestre. Quien tiene corporalmente a una persona ilegalmente, la someta a la autoridad competente.

Desde sus orígenes hasta la actualidad, los estados y las legislaciones que lo han empleado, lo han desarrollado en sus alcances, ámbito de aplicación y han perfeccionado su procedimiento a fin de hacerlo más real y efectivo.

En el caso nuestro, Perú, ha sucedido lo propio y como resultado de ese desarrollo y perfeccionamiento, tenemos un instituto jurídico que podemos definirlo en los siguientes términos:

El Habeas Corpus, es una acción de garantía constitucional sumaria, entablada ante el Juez Instructor o ante el Tribunal Correccional, encaminada a restituir la libertad individual que ha sido vulnerada o amenazada, por actos u omisiones provenientes de autoridades, funcionarios o particulares.

La idea central y básica pues, es la defensa de la libertad individual, más propiamente entendida como libertad física o corporal, frente a un arresto o detención indebida, y como un medio de defensa que concede la Constitución u ordenamiento jurídico de un Estado, para enfrentar a los excesos represivos del poder de las autoridades, principalmente políticas y policiales. El hecho de entablarse una contradicción entre la norma constitucional o legal que concede la garantía y las actitudes no sólo de autoridades sino también de gobernantes, significa el reconocimiento tácito de los riesgos y mal uso del poder político en sus diferentes esferas y niveles y conlleva la necesidad de conceder a la ciudadanía un medio de defensa concreto, inmediato y en lo posible eficaz y ese es el hábeas corpus.

En torno a esa idea de defensa de la libertad individual, distinguidos tratadistas han desarrollado valiosas y plausibles definiciones y conceptos, algunas de las cuales nos permitimos reproducir a continuación:

Segundo Linares Quintana, conceptúa al hábeas corpus como “...el remedio jurídico que tiene derecho a interponer ante el juez competente por si o por intermedio de otro, todo individuo que ha sido ilegal o arbitrariamente privado de su libertad constitucional - porque la orden no es legal o porque ha sido emitida por quien no es autoridad competente - para que se examine su situación y comprobado que su detención es ilegal, se ordene su inmediata libertad”.

Por su parte Bidart Campos, también distinguido tratadista argentino como el anterior, puntualiza el siguiente concepto sobre el particular: “El hábeas corpus es la garantía tradicional que, como acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción a través de un procedimiento judicial sumario. Las dos palabras latinas

“habeas y “corpus” significan “tienen tu cuerpo” o “eres dueño de tu cuerpo” y denotan el objeto de esta garantía: traer el cuerpo de una persona – es decir. La persona misma – ante el juez. Al decir que el habeas corpus protege la libertad física, queremos significar que es la garantía deparada contra actos que privan de esa libertad o la restringen sin causa o sin formas legales”.

4. Actuales alcances de la acción de hábeas corpus

1. SU DETERMINACIÓN CONCEPTUAL:

Este instrumento procesal que sirve para defender la libertad personal, tuvo su origen en Inglaterra con la Ley de Hábeas Corpus en el año de 1679. También ha tenido su evolución en el Perú, cuyo punto de partida está representado por la ley de 1897 que lo estableció por primera vez y ha venido perfeccionando no solamente su significación, sino también sus alcances, su ámbito de aplicación, y sobre todo su procedimiento. Tal como ahora está determinado en nuestra legislación, es posible formular la siguiente definición: El hábeas corpus es una acción de garantía constitucional sumaria entablada ante el juez penal o ante la Sala Penal de la Corte Superior, dirigida a restituir la libertad que ha sido vulnerada o amenazada por actos u omisiones provenientes de autoridades, funcionarios o personas.

Sobre el particular decíamos en un trabajo anterior, lo siguiente: “La idea central y básica, pues, es la defensa de la libertad individual, más propiamente entendida como libertad física o corporal, frente a un arresto o detención indebida y como medio de defensa que concede la Constitución u ordenamiento jurídico del Estado, para enfrentar los excesos represivos del poder de las autoridades, principalmente políticas y policiales. El hecho de establecerse una contradicción entre la norma constitucional o legal que concede la garantía y las actitudes de los gobernantes, significa el reconocimiento tácito de los riesgos y mal uso del poder político en sus diferentes esferas y niveles conlleva la necesidad de conceder a la ciudadanía un medio de defensa concreto, inmediato y en lo posible eficaz y eses es el Hábeas Corpus”.

Sobre este instituto jurídico, los autores han abundado en conceptos y apreciaciones. Veamos algunos de ellos:

Según Linares Quintana, el hábeas corpus “es el remedio jurídico que tiene derecho a interponer ante el juez competente por sí o por intermedio de otro, todo individuo que ha sido ilegal o arbitrariamente privado de su libertad constitucional, porque la orden no es legal o porque ha sido emitida por quien no es autoridad competente para que se examinen su situación, y comprobado que su detención es arbitraria, se ordene su inmediata libertad”.

El profesor argentino Néstor Pedro Sagüés en el prólogo de su tratado sobre Hábeas Corpus dice: “...Lo cierto es que resulta el instrumento más elemental y contundente para asegurar la libertad personal contra los abusos del poder” y continúa diciendo: “Las excelencias del Hábeas Corpus- por algo ciertamente es tan apreciado- derivan del bien jurídico que sustancialmente tutela, esto es, la libertad ambulatoria. Sin ésta- extinguida o restringida- poco puede hacer el hombre. El Hábeas Corpus en otras palabras es una suerte de garantía fundante, en el sentido que posibilita, merced a la obtención de la libertad corporal la práctica de las restantes libertades humanas. De allí que sea herramienta básica de todo habitante y el mecanismo jurídico más odiado por el despotismo”.

2. SU FINALIDAD

El fin inmediato que persigue la acción de hábeas corpus, es el restablecimiento de la libertad personal vulnerada o amenazada. Esto significa regresar a la situación anterior en que se encontraba el sujeto, en uso de su libertad.

Este propósito resulta perfectamente claro, tratándose de la libertad corporal, frente a un arresto, pero resulta un tanto impreciso, por no decir menos efectivo, cuando se trata de otros aspectos de la libertad personal, como por ejemplo, en la omisión de otorgar pasaporte o de ser asistido por un abogado, en caso de encontrarse detenido ilegalmente o en caso de incumplimiento de una excarcelación ya ordenada.

3. LEGISLACIÓN VIGENTE

Hasta 1993, el hábeas corpus estaba señalando constitucionalmente en el art. 295 de la Carta de 1979. Ahora está contemplado en el Art. 200, inc.1 de la Constitución de 1993. En el nivel legal, ahora está normado en el Código Procesal Constitucional, arts. 25 al 36.

4. SUS CARACTERÍSTICAS

- Es una acción de garantía constitucional.
- Es de naturaleza procesal.
- Es de procedimiento sumario.
- Sirve para defender la libertad personal.

4.1. Es una acción de garantía constitucional

Esto significa la concurrencia de una persona y el obrar procesalmente de la misma ante un organismo jurisdiccional ordinario o ante un organismo jurisdiccional constitucional, según sea el caso, para conseguir la protección de su libertad personal.

Esta terminología de acción y no recurso, como algunas veces se ha empleado en

el Perú y en el derecho comparado, es la más correcta, ya que el término “recurso” se reserva para los medios impugnativos que se emplean para las resoluciones judiciales o administrativas. También nos permite distinguir un derecho, de un mecanismo para defender ese derecho, como lo es una acción de garantía, ya expresada anteriormente. Y ahora en el C.P.Co se le denomina proceso.

4.2. Es de Naturaleza Procesal

En efecto el hábeas corpus no es una institución de derecho sustantivo, sino de derecho procesal o adjetivo, pues implica el desarrollo de un procedimiento judicial, con la única particularidad que es especial, por la libertad que se cautela y por la naturaleza del mismo procedimiento, que tiene un sentido preferencial y urgente. Insistimos nuevamente, el hábeas corpus, no es un derecho, es una garantía, y su desarrollo lo convierte en proceso.

4.3. Es de procedimiento sumario

Quizá sí deberíamos calificarlo como sumarísimo, pues su tramitación es muy breve o sumamente breve y abarca todo cuanto se trata de aplicar para el caos de restablecer la libertad ambulatoria, frente a una detención arbitraria. Y aquí nuevamente insistimos en el carácter especial y extraordinario que tiene el valor de la libertad, que exige un remedio inmediato y efectivo, en el que, como veremos más adelante, se dan todas la facilidades procesales.

El carácter sumario de este procedimiento exige preferencialidad por parte de los jueces; cuando los accionantes recurren en uso del Hábeas Corpus, se prohíbe toda clase de articulaciones que entorpecen el desenvolvimiento de la acción.

4.4. Sirve para defender la libertad personal

Efectivamente la acción de hábeas corpus, exclusivamente sirve para defender la libertad individual y dentro de ella preferentemente la libertad corporal, física o ambulatoria. Este objetivo específico tuvo y ha tenido desde su creación con la ley inglesa de 1679 y en el Perú desde la ley de 1897, que la introdujo por primera vez en nuestro país.

Hacemos la precedente aclaración, porque, los constituyentes que nos dieron la Constitución de 1933 y cuando todavía no teníamos la acción de amparo, se le dio a la acción de hábeas corpus, un mayor campo de aplicación. El art. 69 de esa Constitución, estableció que: Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus. Tal amplitud duró hasta la constitución de 1979 y después los ensayos y experiencias que confrontó el Gobierno del General Velasco Alvarado que dio una legislación delimitadora para la acción de

hábeas corpus, a fin de que pudiera darse diferente procedimiento, cuando se refería a los otros derechos y libertades, que no fuera la libertad personal.

5. AMBITO DE APLICACIÓN

En el actual ordenamiento jurídico en el Perú, tanto en el nivel constitucional como en el nivel procesal, se tiene precisado el radio de acción de Hábeas Corpus, tanto del punto de vista de los derechos que cautela, cuando las personas a quienes se demanda, así como las conductas contra las cuales se emprende la acción.

Así podemos desglosar este ámbito de aplicación en la siguiente forma:

- Protege y ampara la libertad individual.
- Se aplica contra actos u omisiones que vulneran o amenazan la libertad individual.
- Se aplica contra autoridades, funcionarios o personas particulares.

5.1. Protección a la libertad individual

El art. 25 del Código señala que, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 3) El derecho de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
- 5) El derecho del extranjero, a quien se le haya concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 6) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “F” del inc. 24) del artículo 2° de la Constitución, sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido a

ser puesto dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “F” del inc. 24) del artículo 2° de la Constitución, sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.

- 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- 9) El derecho a no ser detenido por deudas.
- 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.
- 12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- 13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.
- 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el Juez.
- 15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99° de la Constitución.
- 16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.
- 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o pena.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

Nos parece que los codificadores, han perfeccionado y precisado las causales, por las cuales procede el hábeas corpus, sin embargo, no hay suficiente precisión en la segunda parte del derecho, consignado en el punto 17). Sobre derechos conexos. Derechos conexos no solamente son la inviolabilidad de domicilio y el debido proceso, sino los enumerados anteriormente a excepción de la no detención, la desaparición forzada y algún otro que tiene que ver directamente con la libertad personal física o ambulatoria. Es importante tener en cuenta la diferencia entre la libertad personal o física y los derechos conexos a ella, ya que en algo varía el procedimiento de protección a esos últimos.

También una falta de precisión en el enunciado del derecho numerado como 7) de la no detención, cuando se señala “o si ha sido detenido”, con lo cual pareciera que

deja un margen a la policía para que detenga hasta 24 horas, aunque no medie orden motivada y escrita de autoridad competente. Debe quedar perfectamente aclarado que, lo que consigna la Constitución, como únicas detenciones legales, son la ordenada por el Juez o en el caso de flagrante delito. Si tales causales no median para una detención, procede el hábeas corpus, aun antes de las 24 horas referidas.

Por otra parte, el Código no lo señala pero la Constitución sí, que tratándose de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, los plazos se amplían hasta de 15 días, pero ello no debe dar lugar a que se interprete en el sentido, que la policía tiene la facultad de detener por ese término sin que medie orden judicial o flagrancia en los referidos delitos.

5.2. Se aplica contra actos u omisiones que vulneren o amenacen la libertad personal

Sobre este aspecto del ámbito es de aplicación, ver en páginas anteriores lo referente a disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus y amparo, específicamente lo señalado en el art. 2 del Código.

5.3. Se aplica contra autoridades, funcionarios y personas particulares

Ver también lo referente a disposiciones generales y específicamente el art. 2 del Código.

6. EL PROCESO

Nos referimos enseguida a los principales elementos del proceso:

6.1 Legitimidad

Es elemental señalar que los sujetos principales de todo proceso son el juez y las partes. Si hablamos de la parte demandante, tenemos que precisar, sobre todo quien tiene personería o legitimidad activa para demandar la acción de hábeas corpus.

La norma procesal del art. 26 del C.P.Co. al ocuparse de la legitimación, puntualiza que: la demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación.

Tal amplitud concedida por la norma procesal se debe a las dificultades elementales que enfrenta una persona vulnerada en su libertad personal, con mayor razón si se trata de su libertad ambulatoria y el hecho de encontrarse sometida a un arresto, a una detención, a una incomunicación, circunstancias que hacen imposible que accione personalmente el hábeas corpus.

En gran parte del siglo XX y dentro del marco de la Constitución de 1933 y del Código de Procedimientos Penales de 1940, solamente se le permitía, además del interesado, interponer la demanda por hábeas corpus a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; radio de acción restringido que dejaba siempre la posibilidad de que un detenido se encuentre indefenso, si es que no tenía familiares en el lugar o de la localidad de su detención.

A partir de la Constitución de 1979 y ahora con la Constitución de 1993 y particularmente del C.P.Co. puede interponer la demanda de hábeas corpus a favor del detenido o vulnerado en su libertad, un familiar, un amigo, un dirigente político, un dirigente sindical, un vecino, el abogado del detenido, en fin cualquier persona imbuida de una elemental solidaridad con el perjudicado.

6.2. Competencia

Conoce de la acción de hábeas corpus cualquier juez penal del lugar (provincia) donde se encuentra el detenido o del lugar donde se haya ejecutando la medida o del lugar donde se ha citado.

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso a aquel en que tiene su sede el juzgado, que el Juez de Paz del distrito en que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

Si se trata de detención arbitraria, atribuida a la orden de un juez la acción se interpondrá ante la Sala Penal, la que designará a otro juez penal, quien decidirá en el término de 24 horas.

Si se trata de una provincia en donde hay varios juzgados penales como es el caso de las Capitales de Departamento o de la Capital de la República, la demanda se puede interponer en cualquiera de esos Jueces penales, sin observar turnos.

6.3. Forma

La acción del hábeas corpus, está exenta de formalidades. No requiere poder, en el caso que sea interpuesta por persona distinta al agraviado, no se exigen tasas judiciales de ningún tipo ni firma de letrado.

Puede formularse por escrito o verbalmente. En este último caso, levantando acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una suscrita relación de los hechos para darle curso. También puede ser ejercida por correo a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo.

Son explicables estas facilidades, en razón que el detenido está impedido materialmente de hacerlo, y quienes lo hagan en su nombre también podrían tener dificultades, si es que esta acción se le rodeará de las exigencias que se le impone a las acciones judiciales comunes.

Y por otra parte, significa la valoración y preferencialidad que se da a la libertad personal.

6.4. Procedimiento

El procedimiento para la acción de hábeas corpus ahora tiene tres alternativas, según se trate de una detención arbitraria, de una desaparición forzada o de la vulneración de los otros derechos conexos a la libertad individual.

a) En el caso de la detención arbitraria, se siguen los estadios siguientes:

- Presentación de la demanda por el interesado.
El Juez debe constituirse en forma inmediata, o cuando menos durante el día de la presentación de la demanda, en el lugar de la detención y disponer que la autoridad responsable presente al detenido y explique el motivo de la detención. Verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente.
- Resolución mediante la cual declara fundada la demanda. Debemos entender que la expedición de la resolución debe expedirse inmediatamente o cuando menos en el menor tiempo posible.

El art. 30° del Código señala que no es necesario notificar previamente al responsable de la agresión, para que cumpla la resolución judicial.

Debemos entender que si el Juez está comprobando que la detención es arbitraria, el mismo está ordenando la inmediata libertad, aunque la resolución sea expedida enseguida o después. Pues si bien la norma emplea el término genérico de resolución, pero en forma específica es una sentencia, toda vez que es un proceso que llega a su final, en esta primera instancia, y que incluso podría declarar infundada la demanda, sin llegar a verificar que la detención no es arbitraria. Cualquiera que fuera el sentido de la resolución, ésta puede ser objeto de recurrencia a una instancia superior.

b) Tratándose de una desaparición forzada. En primer lugar debemos señalar que el C.P.Co ha venido a perfeccionar la terminología, pues anteriormente se señalaba la procedencia del hábeas corpus, tratándose de secuestro, lo que no hacía la distinción del secuestro político o a lo de mejor en situaciones especiales en el ámbito familiar, del secuestro plagario, frente al cual resultaba por cierto absurdo

emplear esta acción de garantía, frente a delincuentes que se los desconocía y que obraban desde la clandestinidad pidiendo un rescate. Para ellos corresponde la labor policial y luego las normas del Código Penal.

Las etapas o estadios del procedimiento en esta alternativa, resultan ser las siguientes:

- Demanda.
- La Constitución del Juez en el lugar del posible secuestro para su verificación o ante la autoridad, funcionario o persona denunciada para que explique sobre el acto denunciado. En esta diligencia, si el Juez verifica la desaparición forzada, es decir, que el agraviado está secuestrado físicamente, dispondrá inmediatamente su libertad.
- En este segundo paso del procedimiento, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporciona elementos de juicio satisfactorios sobre el paradero o destino del agraviado, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial, donde se presume que la persona puede estar detenida para que le practiquen la diligencia de verificación y su consiguiente libertad. Así mismo el Juez dará aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.

En esta misma segunda etapa del procedimiento, si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el Juez solicitará, además a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcionar el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado (art. 32° del C.P.Co.).

- Resolución, con la cual se pone fin al procedimiento en esta instancia.
- c) Tratándose de la violación de los otros derechos conexos con la libertad individual, el procedimiento sigue los siguientes estadios o etapas:
- Demanda.
 - El Juez puede constituirse en el lugar de los hechos o citar a quienes ejecutaron la violación requiriéndoles expliquen la razón que motivo la agresión.
 - Resolución. El Juez resolverá de plano en el término de un día, bajo responsabilidad.

La resolución podrá notificarse al agraviado así se encontrare privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda, así como a su abogado, si lo hubiere.

Adviértase que en el caso especial a que hace referencia el segundo párrafo del art. 31 del Código, no se está protegiendo la libertad ambulatoria y damos por entendido que la detención que sufre el agraviado es legal, pero la acción de hábeas corpus, puede ser porque se encuentra ilegal y excesivamente incomunicado o porque está siendo objeto de sucesivas torturas.

6.5. Resoluciones

A pesar que ya nos hemos referido a ellas en la parte de disposiciones generales, debemos recalcar lo siguiente: No obstante que el procedimiento del hábeas corpus, por su propia naturaleza e importancia es brevísimo, las resoluciones que ponen fin a cada instancia, en el fondo constituyen sentencias de primera, de vista y de definitiva y última instancia.

En efecto el Art. 34° del Código, señala en forma especial, que debe contener una sentencia que declara fundada la demanda. Ella dispondrá de las siguientes reglas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
- 2) Que contiene la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o
- 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido por su detención; o
- 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

6.6. Recursos impugnativos

El recurso de apelación, que sólo es aplicable a la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para apelar es de dos días. Interpuesta la apelación del Juez elevará en el día de los autos al Superior, que en este caso es la Sala Penal de la Corte Superior, quien resolverá el proceso en el plazo de cinco días bajo responsabilidad. A la vista de la causa los abogados podrán informar.

El recurso de agravio, y que anteriormente se le ha denominado recurso extraordinario, se deduce contra la resolución de segundo grado, es decir, expedida por la Sala Penal Superior, y procede únicamente cuando dicha resolución es denegatoria para el demandante o agraviado, es decir, que declara infundada o improcedente la demanda. Para interponer tal recurso impugnativo hay un término de 10 días.

El recurso de queja puede deducirse cuando la Sala Superior ha denegado el recurso de agravio, y se presenta ante el Tribunal. Para ello hay un término de cinco días, después de notificada la resolución denegatoria.

6.7. Normas especiales de procedimiento

El art. 33º del Código, establece que el proceso de hábeas corpus, se somete además a las siguientes reglas:

- 1) No cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre.
- 2) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios.
- 3) Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales.
- 4) No interviene el Ministerio Público.
- 5) Se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.
- 6) El Juez o la Sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera.
- 7) Las actuaciones procesales son improrrogables.

ENTRE LA LEGALIDAD Y LA CONSTITUCIONALIDAD: EL IMPACTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

José Miguel Rojas Bernal

Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Miembro de Constitucionalismo Crítico

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Canon de valoración: entre la (deseable) articulación de jurisdicciones y la (inobjetable) inescindibilidad en la interpretación constitucional. 3. Valoración: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de amparo contra resoluciones judiciales. 3.1. Tutela jurisdiccional efectiva: control constitucional de baja intensidad: a) Vulneración del derecho a la defensa; b) Vulneración del principio de congruencia; c) Vulneración del derecho al juez predeterminado por ley. 3.2. Igualdad en la aplicación de la ley: un derecho sustantivo verificable a partir del tertium comparationis. 3.3. El derecho a la motivación y su débil frontera con el análisis de la mera legalidad ordinaria: de la arbitrariedad manifiesta, hacia la fijación expresa de reglas jurisprudenciales y la deferencia hacia el juez ordinario. 3.4. El test de proporcionalidad y la ponderación en las resoluciones judiciales: control constitucional de intensidad fuerte. 3.5. Un supuesto atípico: la afectación de derechos sustantivos. 4. Reparación del acto lesivo contenido en una resolución judicial. 5. A modo de conclusión.

1. Introducción

A pesar de que, en el Estado constitucional, el papel del juez ha cobrado una vigorosa presencia, como consecuencia de la no menos intensa creación judicial del derecho que propician las normas contenidas en la Constitución, es un lugar común apreciar que en la sociedad “judicial” de intérpretes de la Constitución (típicamente, en nuestro sistema, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional), la ruta por la cual esa labor interpretativa fluye con sentido constituye una relación de algún modo disputada, que dependiendo de las circunstancias, puede volcar a sus agentes

a una legítima defensa de sus fueros, o en el polo opuesto, a un temeroso desafío a la separación de poderes y, con ella, al Estado de derecho.

Es verdad que, en situaciones de normalidad institucional, es razonable esperar que esa relación, aunque no exenta de fricciones (así lo requiere una auténtica democracia), permita lograr el objetivo de optimización de los derechos fundamentales, que es al fin y al cabo una consecuencia necesaria (aunque graduable) de la constitucionalización del entero ordenamiento jurídico¹. En efecto, nada resulta más funcional a (y coherente con) el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, que un modelo de cooperación en el que la jurisprudencia constitucional vinculante emanada del órgano jurisdiccional que tiene asignada la última palabra, se nutre del derecho viviente formulado desde los órganos judiciales inferiores².

Mas, cuando esos caminos de colaboración hermenéutica dejan de correr paralelos, y en cambio, se entrecruzan o convergen mutuamente, desatando el conflicto, difícilmente podría considerarse asegurada una saludable relación de convivencia institucional sin recurrir a una adecuada delimitación de las posibilidades y límites de cada intérprete judicial en orden a sus respectivas competencias. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales es seguramente, a estas alturas, una tesis irrefutable en el Estado constitucional; pero ello no quita que tal efecto de irradiación sea algo conceptualmente distinto de sus modos de aplicación a los ámbitos en los cuales esa irradiación tiene lugar.

Varias son las razones que coadyuvan a configurar (y en ese sentido, a explicar) un escenario de conflicto de estas características. La principal de ellas, a no dudarlo, es el modelo de la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley, que puede llevar a los jueces a desligarse de la ley por entenderse más ligados a la Constitución o a valores que ni siquiera están expresados como tales en el propio texto constitucional³. Lo que, ciertamente, se agrava en sistemas constitucionales como el nuestro, en los cuales el control de constitucionalidad de las leyes se ha confiado tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial (artículo 138° de la Constitución), dualismo éste perennemente abierto al problema de la coexistencia de interpretaciones constitucionales dispares sobre una misma ley.

Por lo demás, no cabe pensar que la habilitación de un cauce procesal específico para unificar esa jurisprudencia disímil sea siempre una solución libre de complejidades. Precisamente, ello es lo que sucede cuando una de las competencias de la jurisdicción constitucional consiste en controlar los actos jurisdiccionales del Poder Judicial

1 GUASTINI, Riccardo: *Lezioni di teoria del diritto e dello Statu*, Giappichelli, Turín, 2006, p. 239 y ss.

2 ZAGREBELSKY, Gustavo: "Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia", en *Estudios constitucionales*, Año 6, N.º 1, 2008, pp. 333 y ss.

3 ARAGÓN REYES, Manuel: "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, p. 181-186.

de forma, bien exógena (actos jurisdiccionales dictados en el seno de los procesos ordinarios), bien endógena (dictados ad intra de los procesos constitucionales de la libertad)⁴. Complejidad ésta que se deriva no sólo del tipo de control que cabe esperar de la jurisdicción constitucional en tales circunstancias (cuyo principal obstáculo sigue siendo distinguir la línea que separa lo constitucional de lo legal), sino también del significado que el juicio de reproche denota en una sentencia estimatoria de amparo judicial⁵.

En lo que sigue, formulamos algunas reflexiones sobre estos dos aspectos, para luego intentar aplicar los conceptos revisados al análisis de alguna reciente jurisprudencia constitucional en materia de amparo contra resoluciones judiciales. Nuestro objeto, desde luego, será comprobar qué tan verídica (o teórica, si se prefiere) es la premisa de la separación “absoluta” entre “cuestiones de constitucionalidad” y “de legalidad ordinaria”, tal como lo quiere la doctrina.

2. Canon de valoración: entre la (deseable) articulación de jurisdicciones y la (inobjetable) inescindibilidad en la interpretación constitucional

El primer factor de complejidad, ya quedó dicho, es el de la técnica utilizada por la jurisdicción constitucional para examinar una resolución judicial acusada de vulnerar uno o más derechos fundamentales. Técnica esta que, desde luego, tiene su aplicación más concreta en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, recurso que a decir de algunos, “constituye la vía por excelencia para llevar a cabo la constitucionalización de las distintas ramas del derecho ordinario mediante sentencia de amparo del Tribunal Constitucional revisando los pronunciamientos emanados de los órdenes jurisdiccionales ordinarios”⁶.

Tempranamente, el Tribunal Constitucional Federal alemán quiso garantizar (reservar) un espacio de decisión a la jurisdicción ordinaria, que la constitucional debía respetar. Y fue con ese objeto que, desde 1964, este Tribunal empezó a emplear

4 CARPIO MARCOS, Edgar: “Relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, comunicación presentada al *Primer encuentro de docentes de Derecho Constitucional*, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, desarrollado el 11 y 12 de febrero de 2006, p. 5.

5 Con justicia, afirma CARPIO MARCOS, siguiendo en esto a Fernández Segado [*Ídem*], que tal anulación presupone siempre un reproche técnico y la condena de que en el ejercicio de la función jurisdiccional existe insensibilidad para con los derechos esenciales.

6 GROTE, Rainer: “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria en el sistema alemán: tutela contra sentencias”, en VON BOGDANDY, Armin, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coordinadores): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, UNAM/Max Planck Institute/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 769.

la denominada “fórmula Heck” o del “derecho constitucional específico”, que definió con estas palabras:

“el desarrollo del proceso, la fijación y valoración del supuesto de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación al caso concreto, corresponden al Tribunal competente al respecto y quedan fuera del ámbito de actuación del TCF. Sólo cabe acudir al TCF mediante un Recurso de amparo cuando haya una violación de derecho constitucional específico. El derecho constitucional específico no es vulnerado cuando una sentencia, dese la perspectiva del derecho ordinario es objetivamente errónea, sino que dicho error debe consistir en la toma en consideración de los Derechos fundamentales. No obstante, no siempre pueden delimitarse con claridad y con carácter general la posibilidad de injerencia del TCF, ya que le corresponde conservar un cierto espacio de actuación que le permita valorar las circunstancias particulares del caso”⁷.

A partir de allí, la jurisprudencia constitucional alemana ha sabido de múltiples categorías y clasificaciones, todas ellas orientadas a determinar “cuándo se está ante una resolución judicial deficitaria o errónea desde el punto de vista de los derechos fundamentales”⁸, tales como: a) omisión de la aplicación de un derecho fundamental; b) error en la delimitación del ámbito de protección del derecho fundamental; c) error en la aplicación del principio de proporcionalidad; d) aplicación de una norma incompatible con la Constitución (omisión de control difuso); y d) aplicación errónea de control difuso⁹.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer el grado de erudición de estas construcciones doctrinales, es probable que la pregunta siga siendo si, a pesar de todo, lo constitucional y lo legal son (o pueden ser tratados como) escenarios completamente aislados (o de intento de aislamiento exitoso); y en ese sentido, si el tan ansiado “reparto de tareas” que subyace al principio de subsidiariedad en el amparo¹⁰, es un fin de cuya consecución podamos estar completamente seguros.

7 BVerfGE 18, 95 (92-93). Citada en GONZÁLES PASCUAL, Maribel: *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 87.

8 MENDOZA ESCALANTE, Mijail: “Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 73, marzo 2007, pp. 11-23. Para una revisión exhaustiva de la aplicación de los diversos métodos utilizados por la Corte alemana, cabe remitir al trabajo de LEÓN VÁSQUEZ, Jorge y Nicolaus WEIL VON DER AHE: “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Nueva Época, N.º 3, julio-diciembre de 2010, pp. 321-335; y sobre su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, nuestro trabajo contenido en ROJAS BERNAL, José Miguel: “Amparo contra resoluciones judiciales”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (coordinador): *La procedencia del proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

9 MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *idem*.

10 Con entera justicia, Rainer GROTE aprecia que “la subsidiariedad del recurso de amparo no es de mero carácter formal sino contiene también una decisión fundamental sobre la relación de los tribunales ordinarios respecto del Tribunal Constitucional” [Ob. cit., pp. 768-769].

Y es que, si bien la competencia de la jurisdicción constitucional para proteger los derechos “presupone en realidad la existencia de una jurisdicción ordinaria que atiende y garantiza dichos derechos, y se ocupa de que sean protegidos sin precisar el continuo llamamiento a la jurisdicción constitucional”¹¹, ello no quita que la interpretación del derecho constitucional sea, en la mayoría de casos, un asunto que debe acudir a la legalidad ordinaria, a fin de tener un panorama más amplio de lo que es materia de controversia constitucional.

Con la claridad expositiva que le es característica, Manuel Aragón enfoca este problema partiendo de una premisa fundamental, a saber: que las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo “debe plantearse de manera más general, esto es, en el marco de la tarea de aplicación-interpretación de la Constitución y de aplicación-interpretación de la ley”¹².

La opinión del profesor español es aún más contundente, cuando señala que sería un error sostener que “la interpretación de la ley (o la última interpretación de la ley) le corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo”¹³. Y ello es necesariamente así, en su concepto, pues hay que diferenciar la interpretación de la Constitución de la interpretación constitucional; la primera de las cuales tiene por objeto los propios preceptos de la Constitución, mientras que la segunda tiene por objeto, además de los preceptos constitucionales, al resto del ordenamiento, que ha de interpretarse de conformidad con la Constitución misma¹⁴. En suma, “aunque el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la interpretación ‘legal’ de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación ‘constitucional’ de la ley”¹⁵. Ello es lo que, justificadamente, lleva a Manuel Aragón a afirmar que:

“No ha lugar, pues, a que el Tribunal Supremo pueda sentirse invadido en sus competencias porque el Tribunal Constitucional, aplicando (como es su deber y su función) la Constitución, rectifique, por exigencia de la Constitución misma, una determinada interpretación de la ley que hubiese venido realizando el Tribunal Supremo. Ahora bien, ello sólo debe hacerse (...) cuando la interpretación que se rechaza vulnere indudablemente la Constitución y cuando la interpretación que se impone sea la única constitucionalmente posible. Para el Tribunal Constitucional (...) debe regir una doble máxima: en su actividad de control de la emanación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del legislador; y en su actividad de control de la aplicación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del poder judicial”¹⁶.

11 GONZÁLES PASCUAL, Maribel: *op. cit.*, p. 94.

12 ARAGÓN REYES, Manuel: “Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 8, 2007, julio-diciembre de 2007, p. 35.

13 ARAGÓN REYES, Manuel: “Relaciones Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 38.

14 ARAGÓN REYES, Manuel: “Relaciones Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 37.

15 ARAGÓN REYES, Manuel: “Relaciones Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 38.

16 ARAGÓN REYES, Manuel: “Relaciones Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 39.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español parece ser fiel reflejo de la tesis de Aragón, particularmente en lo referido al principio in dubio pro poder judicial. Es el caso, por ejemplo, del canon utilizado para enjuiciar la afectación de la tutela judicial efectiva en una resolución judicial, con arreglo al cual el Tribunal Constitucional español ha entendido que es su función “el examen de los motivos y argumentos en que se funde la decisión judicial impugnada con el fin de comprobar si son razonables desde una perspectiva constitucional, corrigiendo en esta vía de amparo cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional”.

Sin embargo, el propio Tribunal se ha apurado en aclarar que para la doctrina del error patente no todo error tiene relevancia constitucional, sino que para que eso suceda se requiere que éste sea: a) determinante de la decisión adoptada, es decir, que constituya “su soporte único o básico”, su *ratio decidendi*; b) que sea imputable al juzgador y no a la negligencia de la parte; c) que sea patente, es decir, inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las propias actuaciones judiciales; d) que produzca efectos desfavorables en la esfera jurídica el recurrente, no bastando cualquier inexactitud si no tiene esa trascendencia jurídica; y, finalmente, e) que el error sea material o fáctico, no una discrepancia acerca de la corrección jurídica de la decisión judicial enjuiciada¹⁷.

Y es a partir de allí, que este canon adopta distintas modalidades en la jurisprudencia constitucional española, dependiendo del derecho fundamental cuya presunta trasgresión es analizada en una resolución judicial. Por citar sólo un ejemplo, en el ámbito del control constitucional de la legalidad penal, el Tribunal Constitucional español suele realizar un triple examen (siempre en la perspectiva de poner en evidencia el denominado error patente): semántico, de reglas compartidas de la interpretación jurídica y de axiología constitucional¹⁸; contexto en el cual es el demandante quien debe aportar los datos sobre la extravagancia (excepcionalidad) de la interpretación cuestionada (vale decir, no se trata de fundamentar la razonabilidad de la interpretación alternativa del demandante, sino la irrazonabilidad de la desarrollada por el juez), juzgándose en todo caso el método (esto es, el modo de razonar), y no el resultado de dicha argumentación.

17 STC 177/2001. Sobre el desarrollo de la doctrina del *error patente* en la jurisprudencia del TC español, véase a VIVER PL-SUNYER, Carles y Héctor LOPEZ BOFILL: “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, en AAVV: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 45-46.

18 STC 137/1997. En efecto, dice el Tribunal Constitucional español en esta sentencia que “(...) vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una *subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada*” y “aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una *argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante*– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional, conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”.

Aún así, la doctrina reconoce que, por más esfuerzos teóricos que sean plausibles, es inevitable reconocer que el control constitucional de la legalidad penal “no sólo requiere una reflexión sobre la decisión judicial y sobre su motivación, sino que exige también de un modo inevitable una indagación sobre el ámbito posible de la norma aplicada y, en este sentido amplio, una interpretación de la misma”¹⁹.

Algo similar sucede en el campo de los hechos probados en sede ordinaria, pues si bien el artículo 44º inciso 1 literal b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español prohíbe al Tribunal Constitucional revisar los hechos declarados probados en sentencia judicial, algún sector de la doctrina entiende que cuando la jurisdicción constitucional ha de asumir ex Constitutione la tarea de proteger los derechos fundamentales “separar lo fáctico y lo jurídico, los hechos del Derecho, como si fuesen realidades escindibles al tiempo de ser enjuiciadas es un deseo poco menos que irrealizable si verdaderamente se pretende obtener del juez una resolución que ofrezca una respuesta próxima al ideal colectivo de justicia. Sabido es que entre la norma y su intérprete existe una relación de complicidad creativa cuya viabilidad depende en buena medida de cómo el juzgador valora los hechos: facticidad y juridicidad son territorios autodependientes sin fronteras definidas”²⁰.

¿En qué medida un canon parecido tiene lugar en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional? Y de ser así, ¿es posible con arreglo a él distinguir en la práctica la línea divisoria que separa lo constitucional de lo legal?

3. Valoración: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de amparo contra resoluciones judiciales

Como es sabido, desde que fuera expedida la STC N.º 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollca), el Tribunal Constitucional dejó claramente establecidos tres criterios o estándares para emprender el examen de una resolución judicial vía un proceso constitucional, a saber: a) el examen de razonabilidad (para determinar si el análisis debía recaer sobre la totalidad del proceso judicial o parte de los actuados); b) el examen de coherencia (a fin de evidenciar la relación indiscutible entre lo que se considera inconstitucional y los actuados en el proceso ordinario); y c) el examen de suficiencia (esto es, el cálculo del nivel de control necesario para el caso planteado).

19 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “El derecho a la tipicidad penal”, en AAVV: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, op. cit., p. 256.

20 CAAMAÑO, Francisco: “Facticidad y límites procesales al enjuiciamiento en amparo”, en AAVV: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, op. cit., p. 344.

Con arreglo a este triple canon valorativo, el Tribunal vino a entender que el control que ejerce de una resolución judicial, por afectación de cualquier derecho fundamental (y no sólo los de tipo procesal), “no pasa por determinar el derecho material (ordinario) discutido en el caso, sino tan sólo si el órgano de la jurisdicción ordinaria ha cumplido su deber de respetar y garantizar los derechos fundamentales en el seno del proceso judicial en el cual se ha hecho ejercicio de su competencia”²¹.

Ciertamente, su entendimiento sobre los alcances de la cosa juzgada, indudablemente afectada por un control de estas características, no significó para el Tribunal un obstáculo insalvable para ejercer su rol de protección de los derechos fundamentales. En efecto, la relativización de esta importante institución procesal guarda pleno sentido desde que, a su entender, “no hay cosa juzgada allí donde se ha violado la Constitución y los derechos fundamentales. Una decisión judicial que ha sido emitido con afectación de los derechos constitucionales de las partes, o desconociendo alguno de los principios de la función jurisdiccional, como es el caso de la obligación de la motivación de las resoluciones, no puede cobijarse en el principio de cosa juzgada, sobre todo si tal decisión ha sido impugnada válidamente a través de un proceso constitucional y este Colegiado, luego de su análisis, ha estimado la demanda”²².

Lo dicho anteriormente, sin embargo, no ignora que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de amparo contra resoluciones judiciales, no ha sido ajena a la difícil separación entre constitucionalidad y legalidad que la doctrina ha pretendido construir desde la teoría, y por lo tanto, a la proscripción de invasión de fueros que esta distinción fundamenta (o quiere fundamentar).

Así pues, es nuestra percepción que la intensidad de ese control, depende u obedece menos de la predisposición del Tribunal Constitucional para aplicar el test antes aludido, que de la naturaleza misma de la controversia que es objeto del proceso constitucional. A continuación, buscaremos extraer algunas evidencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en apoyo de nuestra tesis.

3.1. Tutela jurisdiccional efectiva: control constitucional de baja intensidad

Desde la **STC N.º 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollcca)**, el Tribunal Constitucional comprendió que, objeto de control constitucional de una resolución judicial, podían serlo tanto derechos de orden procesal, así como derechos sustantivos. Lo que no dijo, sin embargo, fue algo que la propia construcción jurisprudencial del Tribunal se ha encargado de demostrar hasta la actualidad: que el control de los derechos de orden procesal exigen un control de poca intensidad de parte del Tribunal

21 STC N.º 03151-2006-AA/TC, FJ. 4.

22 STC N.º 0654-2007-PA/TC, FJ. 23.

Constitucional, pues éste se limita a verificar la trasgresión invocada, sin recurrir a los hechos ni, muchos menos, a la interpretación de las leyes ordinarias aplicables al caso sub litis. Así lo demuestran, entre otros casos, las sentencias constitucionales que se pronuncian por la afectación del derecho a la defensa, a la congruencia procesal o al juez predeterminado por ley, tal como se muestra seguidamente.

a) Vulneración del derecho a la defensa

Tempranamente, en la **STC N.º 0612-1998-PA/TC (caso Sindicato Pesquero del Perú S.A.)**, el Tribunal Constitucional analizó una demanda de amparo interpuesta por la empresa “Sindicato Pesquero del Perú” contra el Juez de Primera Instancia en lo Civil de Chimbote y la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash, cuyo objeto era la nulidad de las resoluciones judiciales (también de amparo) que le obligaban a “pagar sumas de dinero que no adeudaba”, por concepto de derechos laborales. En concreto, la principal objeción era que los trabajadores de la empresa habían interpuesto una acción judicial, sin que la empresa haya sido comprendida en dicho proceso. Como quiera que el Tribunal determinó que la demandante no había sido emplazada con la demanda, afectándose el debido proceso y el derecho de defensa, declaró fundada la demanda, nulo todo lo actuado, y ordenó el emplazamiento correspondiente.

Con igual criterio, en la **STC N.º 0431-2007-PA/TC (caso Cristina Fabiana Carrillo)**, se trataba de una demanda de amparo interpuesta contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuyo petitorio era la cancelación de un asiento registral, en el que corría una inscripción realizada en cumplimiento de una resolución dictada por dicha Sala. A juicio de los recurrentes, se les había extendido indebidamente los efectos de cosa juzgada de una resolución proveniente de un proceso en el que no habían sido parte. El Tribunal Constitucional determinó que la omisión de incorporación de la demandante en el proceso había ocasionado, efectivamente, una afectación del derecho de defensa, por lo que declaró fundada la demanda, nula la sentencia de la Corte Suprema, e igualmente nulo el asiento registral, “siempre que esta decisión no afecte el derecho de propiedad en traslaciones posteriores a favor de terceros”. Consiguientemente, ordenó al Juez competente reincorporar a la demandante en el proceso, a fin de emitir nueva sentencia.

Por otro lado, el derecho de defensa ha sido igualmente tutelado por el Tribunal, por ejemplo, en la tramitación de una medida cautelar. Así, por ejemplo, en la **STC N.º 03545-2009-PA/TC (caso Del Busto Medina)**, el Tribunal Constitucional analizó una demanda de amparo interpuesta por un grupo de trabajadores del Banco Central de Reserva del Perú, contra una resolución judicial expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, que había declarado no ha lugar el uso de la palabra por ellos solicitada. En concreto, aducían que en el trámite de una medida cautelar solicitada por el Banco en un proceso de amparo contra amparo (que

ordenaba la reposición de los trabajadores), la Sala Suprema les había negado el uso de la palabra, impidiéndoles fundamentar oralmente su posición jurídica.

Para declarar fundada la demanda así interpuesta, el Tribunal utilizó el siguiente fundamento, que a la vez consiste en una regla jurisprudencial: “debe resultar mínimamente posible y exigible desde todo punto de vista que el afectado con la medida cautelar, o lo que es lo mismo, el afectado con la suspensión de los efectos de la sentencia del primer amparo, tenga posibilidad de confrontar, contradecir y refutar los argumentos expuestos por quien solicitó la cautelar. Si además se tiene en cuenta que dicha posibilidad sólo puede darse en segunda instancia, en tanto en primera instancia la medida cautelar se dicta inaudita parte, dicha exigencia en la segunda instancia del incidente cautelar se hace mucho más forzosa”²³. Consideró, pues, afectado, el derecho a la defensa de los demandantes, a consecuencia de lo cual, declaró nula la resolución de la Corte Suprema, ordenando que se les conceda el uso de la palabra en la vista de la causa del incidente cautelar.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional también ha considerado vulnerado, como es natural, el derecho de defensa, cuando el defecto reside en la notificación o emplazamiento; asuntos cuya constatación no implican mayor complejidad. Así, en la **STC N.º 06348-2008-PA/TC (caso Alberto Álvarez)**, se declaró fundada una demanda de amparo interpuesta contra un Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, por cuanto la notificación de los actos procesales habían sido realizados en el domicilio procesal que correspondía a su codemandada, afectándose con ello el derecho de defensa del amparista. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, por afectación del derecho de defensa, y en consecuencia, la inaplicabilidad de todo lo actuado respecto al recurrente después de la sentencia de primera instancia, en el proceso civil de indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, se ordenó notificar al amparista con la sentencia, habilitándosele el plazo de ley para que pueda impugnarla, continuándose luego con la tramitación del proceso.

Finalmente, en la **STC N.º 0199-2011-PA/TC (caso Víctor Araujo)** el Alto Tribunal analizó una demanda de amparo interpuesta contra la Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, cuya resolución judicial había desestimado el pedido de nulidad todo lo actuado. Según el demandante, en el proceso judicial de ejecución de garantía hipotecaria, no se había emplazado a la garante hipotecaria y propietaria de los bienes dados en garantía. El Tribunal Constitucional dio validez a este argumento, declarando fundada la demanda, por vulneración del debido proceso; nulas las resoluciones judiciales cuestionadas e insubsistente todo lo actuado. Asimismo, ordenó reponer el proceso civil al momento del emplazamiento con la demanda, disponiendo la participación de la garante hipotecaria.

23 STC N.º 03545-2009-PA/TC, FJ. 8.

b) Vulneración del principio de congruencia

Tampoco genera mayores sobresaltos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el análisis de la afectación del principio de congruencia en una resolución judicial.

Por ejemplo, en la **STC N.º 03151-2006-PA/TC (caso Carlos Tello Holgado y otra)**, se trataba de una demanda de amparo dirigida contra una resolución judicial casatoria expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, presuntamente violatoria del derecho al debido proceso y a la propiedad. Al momento de resolver, el Tribunal Constitucional constató que la Corte Suprema había utilizado un argumento que no había sido invocado como causal de casación, referido a una supuesta rescisión de contrato de transferencia de propiedad por falta de pago (que afectaba al amparista), sobre cuyo mérito había declarado fundado el recurso de casación. Dicho en otras palabras: mientras que el recurrente, considerándose propietario, había iniciado sólo un proceso judicial de otorgamiento de escritura pública, la Corte dio “un paso más” al determinar que el recurrente no sólo no tenía derecho a una escritura pública, sino que, además no era propietario. Lo cual, a juicio del Tribunal, vulneró el principio de congruencia y el derecho de defensa, estimando por ello la demanda, y ordenando la emisión de una nueva sentencia.

Lo propio cabe decir de la **STC N.º 04166-2009-PA/TC (Caso Noroeste)**. Ciertamente, se analizaba aquí la demanda de amparo interpuesta por la empresa Noroeste contra una resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que había estimado en su contra otra demanda de amparo, ésta interpuesta contra una resolución judicial recaída en un proceso de división y partición de inmueble. En efecto, en un primer momento, una Sala del Poder Judicial había declarado fundada una demanda de amparo contra resolución judicial, controversia en el dicha Sala, sin embargo, no se había pronunciado por la pretensión principal ni subordinada del recurso de apelación interpuesto por la empresa Noreste (como parte afectada). Al resolver el segundo amparo interpuesto por Noreste contra dicha resolución, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, por afectación del derecho al debido proceso, y en particular, de la congruencia procesal. Por ello, se declaró nula la resolución inconstitucional, ordenando que se reponga la causa al estado en que la Sala se pronuncie sobre el recurso de apelación presentado por la demandante.

c) Vulneración del derecho al juez predeterminado por ley

Algún matiz hay que agregar, sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional analiza la presunta afectación del derecho al juez predeterminado por ley; si tenemos en cuenta que esa predeterminación, por regla general, es también una cuestión de legalidad ordinaria, a cuya interpretación se ve obligado el Tribunal para resolver dicha controversia.

Ciertamente, ningún problema tendrá asomo cuando la competencia del órgano competente, por poner un ejemplo, venga determinada en una cláusula arbitral, por definición clara y exenta de interpretaciones. Así, por ejemplo, en la **STC N.º 01869-2010-PA/TC (caso Codisa)**, el Tribunal Constitucional, sin mayor problema, declaró fundada una demanda de amparo interpuesta por la empresa Codisa contra la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, luego de constatar la existencia de una cláusula de compromiso arbitral entre las partes, en la cual se había establecido que toda controversia respecto a la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato de compraventa en controversia, debía ser sometida a sede arbitral. Consideró violado, pues, el derecho a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes²⁴. Por consiguiente, el fallo declaró la nulidad de las resoluciones cuestionadas, y ordenó a la Corte Suprema (y en general, al Poder Judicial) a abstenerse de promover o ejercitar en sede judicial cualquier acto dirigido a ejecutar, rematar, vender o gravar los bienes de propiedad de los recurrentes a consecuencia directa del contrato de compraventa sub litis, que incluía la cláusula arbitral antedicha.

Todo lo contrario sucede, en cambio, cuando la competencia del juez viene precisada en una ley que algún margen de interpretación jurídica admite. Así, por ejemplo, en la **STC N.º 0813-2011-PA/TC (caso Benedicto Vera Sullayme)**, el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad de una resolución casatoria de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, expedida en el marco de un proceso civil de nulidad de acto jurídico; por cuyo medio, la Sala Civil había declarado procedente el recurso de casación interpuesto por una compañía minera. A juicio del recurrente, esta decisión vulneraba su derecho al debido proceso y a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley pues, a su parecer, la única Sala competente para conocer temas agrarios (como lo era el caso sub litis) era la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, y no la Sala Civil, conforme a lo establecido en la Resolución Administrativa de Presidencia N.º 006-2001-P-CS, del 30 de abril de 2001, en concordancia con el artículo 35º, inciso 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, el demandante solicitaba la nulidad de todo lo actuado, y la conclusión y archivo definitivo del proceso.

El Tribunal estimó que, para determinar la violación alegada por el demandante, era menester verificar si la materia elevada a la competencia de la Sala demandada era, o no, un asunto “agrario”. Tarea para la cual analizó la pretensión contenida en la demanda de nulidad de acto jurídico, su fundamento fáctico, así como las sentencias expedidas por las instancias precedentes en el curso de dicho proceso civil. Como consecuencia de todo ello, el Tribunal concluyó que la materia controvertida versaba, en efecto, sobre un asunto directamente vinculado con el Derecho Agrario, como era la libre disposición de las tierras de una comunidad campesina, situación esta indebidamente inadvertida por la Sala demandada, que entonces resultaba siendo incompetente.

24 STC N.º 01869-2010-PA/TC, FJ. 5 y ss.

Por tanto, el Tribunal declaró fundada la demanda de amparo, por afectación del derecho al juez predeterminado por ley, y en consecuencia, nula la resolución expedida por la Sala demandada; ordenando la conclusión y archivo definitivos del proceso civil, tal como era también la pretensión del demandante.

3.2. Igualdad en la aplicación de la ley: un derecho sustantivo verificable a partir del *tertium comparationis*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha admitido que una resolución judicial puede vulnerar el derecho a/principio de igualdad en la aplicación de la ley, para cuya constatación ha diseñado un canon específico, que ahora detallaremos. Lo que nos interesa destacar, por ahora, es que también este control, no obstante recaer sobre un derecho sustantivo, no reclama del Tribunal un control demasiado exhaustivo, como lo demuestra la jurisprudencia que a continuación se reseña.

Así, por ejemplo, en la **STC N.º 01211-2006-PA/TC (caso Felipa Cáceres)**, el Tribunal Constitucional examinó una demanda de amparo interpuesta contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, cuyo objeto era la nulidad de una resolución judicial acusada de vulnerar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, recaída en un proceso contencioso administrativo de impugnación de resolución administrativa. Lo que dio lugar a que el Tribunal considerara que, tratándose de una objeción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en el ámbito jurisdiccional, el término de comparación (*tertium comparationis*) no podía ser otro que:

“la existencia de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Es preciso, además, que entre la resolución que se cuestiona y la resolución con la que se contrasta su tratamiento diferenciado, exista: a) identidad del órgano judicial que resolvió el caso; b) que el órgano judicial tenga una composición semejante; c) que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales d) se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional; y, e) no exista una motivación del cambio de criterio”²⁵.

Ya entrando en el caso, la demandante alegaba que la Sala demandada había vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley, al haber resuelto, en vía de apelación, improcedente su demanda de impugnación de resolución administrativa (sobre pago de remuneraciones dejada de percibir); cuando, en casos semejantes, donde se discutía el mismo tema, había declarado fundada demandas similares. Llegado el caso al Tribunal Constitucional, éste creyó conveniente precisar que no cabe considerar afectado el principio de igualdad “cada vez que una norma jurídica es interpretada de

25 STC N.º 01211-2006-PA/TC, FJ. 24.

forma diferente por los tribunales de justicia”, sino sólo cuando “un mismo tribunal de justicia realice una comprensión y aplicación diferenciada de la ley sustentada en el capricho o la subjetividad del órgano juzgador, o cuando se dé un pronunciamiento sustentando en las circunstancias personales o sociales de alguna de las partes”²⁶.

Y en su análisis sobre el tema de fondo, el Tribunal constató que mientras la Sala había declarado improcedente el recurso de la demandante bajo el argumento de que “ya había emitido pronunciamiento sobre la pretensión deducida por la actora”, no obstante, en la misma fecha (es decir, 17 de junio de 2003), ante un supuesto semejante, había sostenido que la demanda de reintegro de remuneraciones dejadas de percibir debía disponerse desde la fecha real en que el demandante dejó de percibir la remuneración correspondiente; tal como, en efecto, era solicitado por la ahora amparista; repitiendo este mismo criterio hasta en dos causas adicionales. Por todo ello, y en la medida en que la Sala no había expresado razones objetivas y razonables para este tratamiento diferenciado, declaró fundada la demanda de amparo en este extremo, ordenando a la Corte Suprema emitir nueva resolución según los fundamentos allí expuestos por el Tribunal Constitucional.

No obstante, es menester precisar que, ya muchos años atrás, la **STC N.º 01975-2002-PA/TC (caso Municipalidad de Lima)** se había planteado un asunto esencialmente parecido. En efecto, esta sentencia tiene su origen en la demanda de amparo interpuesta por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Sala Corporativa de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima. La denuncia específica era que esta misma Sala, ante dos demandas de cumplimiento iniciadas en su contra con idéntica pretensión (el cumplimiento del artículo 3º de la Ley N.º 26664, de Administración de Parques Zonales y Áreas Verdes de Uso Público), había resuelto de forma contradictoria: en efecto, mientras que con fecha 24 de septiembre de 1999 había declarado fundada la primera demanda incoada por la Municipalidad Distrital de Carabayllo, poco después (19 de noviembre de 1999) declaró improcedente una segunda demanda iniciada por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho.

Finalmente, el Tribunal Constitucional estimó favorablemente la demanda de amparo, dirigida contra la sentencia estimatoria del cumplimiento, por considerar que si bien la Sala tenía la facultad de variar los criterios de su propia jurisprudencia (así lo permitía el artículo 9º de la derogada Ley N.º 23506), era necesario que explique las razones de hecho y de derecho que sustentaban tal cambio de criterio; lo que no había sucedido en este caso, a pesar de que ambos procesos de cumplimiento habían sido tramitados de modo simultáneo. En tal sentido, declaró inaplicable la resolución judicial cuestionada, por vulnerar el principio de igualdad y el derecho a la motivación, ordenando la expedición de una nueva debidamente motivada en el extremo de su decisión “o de ser el caso, las de un eventual cambio de jurisprudencia”.

26 STC N.º 01211-2006-PA/TC, FJ. 21.

3.3. El derecho a la motivación y su débil frontera con el análisis de la mera legalidad ordinaria: desde la arbitrariedad manifiesta, hacia la fijación expresa de reglas jurisprudenciales y la deferencia hacia el juez ordinario

De la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la motivación, que a continuación mencionaremos ejemplificativamente, se desprende con facilidad que la constatación de la afectación de este derecho constitucional ha merecido una atención distinta (y obedecido a “múltiples finalidades”) por parte del Tribunal Constitucional, dependiendo de la concreta controversia que subyace al amparo sub litis.

- Así, unas veces la motivación ha servido para constatar una **arbitrariedad manifiesta** en el razonamiento del juez (concepto éste muy cercano a la teoría del error patente del Tribunal Constitucional español al que antes aludíamos), que es lo que sucede cuando la interpretación de la ley realizada por el juez ordinario no resiste al menor análisis, y que son también los casos en los que el Tribunal se ha visto en la necesidad de correr traslado de la sentencia a los órganos disciplinarios correspondientes. No son pocos los casos de este tipo los que, lamentablemente, ha tenido que conocer el Tribunal Constitucional. En todos estos casos, la infracción de la legalidad ordinaria, por el modo extremo en que esa infracción tiene lugar, termina convirtiéndose en un asunto de innegable relevancia constitucional.

Así, por ejemplo, en la **STC N.º 0911-2007-PA/TC (caso Telefónica del Perú I)** –que inauguraría una serie de otras decisiones que hubieron de desatar toda una red de corruptela en el Poder Judicial–, la empresa demandante (Telefónica del Perú) cuestionaba una resolución judicial expedida por el Juzgado Mixto de la Provincia de Lauricocha (Huánuco), aduciendo la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. La mencionada resolución judicial había declarado improcedente el pedido de nulidad, presentado por Telefónica, del proceso de ejecución de resolución judicial firme, por haber sido solicitado de forma extemporánea.

En concreto, la empresa denunciaba que una sentencia estimatoria de amparo, dictada en su contra por un Juzgado Civil de Lima (sobre cumplimiento de un punto de un pliego de reclamos), pretendía ser ejecutada por un juez incompetente, esto es, el Juzgado Mixto de Lauricocha. Como tema procesal previo, el Tribunal se consideró competente de forma excepcional para conocer la demanda de amparo, a pesar de que la resolución del Juzgado había sido apelada (y por tanto, técnicamente no era firme), en razón a que la Sala Civil de Huánuco no había resuelto la apelación formulada en casi dos años.

Ya sobre el fondo del asunto, el Tribunal constató que la empresa había deducido oportunamente la nulidad del auto admisorio de la demanda de ejecución planteada ante el Juzgado de Lauricocha. Sin embargo, éste la declaró improcedente, por

considerar que, habiéndose superado la etapa de saneamiento procesal, tal nulidad era ya extemporánea. Y así, para contestar este argumento, el Tribunal Constitucional hubo de evaluar un asunto de evidente legalidad ordinaria: en primer lugar, si la competencia para ejecutar una sentencia de amparo puede ser calificada de una por razón de la función (en cuyo caso, en efecto, la nulidad sólo procedía antes del saneamiento) o por razón de la materia (caso en el cual la nulidad debía ser declarada de oficio por el juez incompetente), con arreglo a lo establecido en el artículo 35° del Código Procesal Civil.

El Tribunal zanjó el problema considerando que la competencia en materia de ejecución de sentencias de amparo era una “por razón de la materia”, a tenor de lo dispuesto por los artículos 22° del Código Procesal Constitucional y 714° del Código Procesal Civil. Con lo cual, la consecuencia de esto era evidente: el Juzgado de Lauricocha había vulnerado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva de la empresa, y más específicamente, el derecho al juez natural. En consecuencia, dijo el Tribunal, siendo el de Lauricocha un juzgado incompetente por la materia, éste estaba obligado a declarar la nulidad de oficio de todo lo actuado en el caso de autos. Y así, el fallo estimatorio ordenó a este Juzgado declarar nulo todo lo actuado, ya que la ejecución de la sentencia de amparo le correspondía exclusivamente al Juzgado Civil de Lima.

Finalmente, el Tribunal ordenó remitir copias de los actuados al Ministerio Público, ante las denuncias de la prensa, sobre una red ilegal conformada por abogados y funcionarios públicos que pretenden burlar el sistema de justicia.

La segunda sentencia sobre este mismo caso, fue la STC N.º **0665-2007-PA/TC (caso Telefónica del Perú II)**, de algún modo concreción de la amenaza que se veía venir en la sentencia antes comentada. Ciertamente, este caso trasunta un supuesto límite de interpretación de la legalidad ordinaria. En efecto, se trataba de una demanda de amparo interpuesta por la empresa Telefónica del Perú, contra la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y Cerro de Pasco, cuyo objeto era la nulidad de una resolución judicial que había calculado el interés legal de los beneficios sociales de un trabajador de la empresa (el señor Berto Ferrer Tello, también incluido en la demanda) “en base a un criterio no sustentado en Derecho”. Ciertamente, los derechos constitucionales invocados por la empresa eran a la motivación y a la propiedad. La referida resolución judicial ordenaba a la empresa el pago de una suma ascendente a S/. 2'309,545.89, por concepto de intereses derivados de la deuda de beneficios sociales ascendente a S/. 317,282.36, a favor de don Berto Ferrer Tello.

El Tribunal Constitucional centró su análisis en la presunta afectación del derecho a la propiedad, a causa de la resolución judicial cuestionada. Y para ello, su razonamiento siguió los siguientes tres pasos: a) determinación del ámbito normativo del derecho fundamental; b) verificar si los actos presuntamente lesivos suponen una

intervención en dicho ámbito normativo; y c) determinar si tal intervención estaba justificada, tanto formal como materialmente.

Así pues, luego de afirmar que la resolución judicial, en efecto, afectaba prima facie el derecho a la propiedad de la empresa, el Tribunal Constitucional invocó un argumento de mera legalidad ordinaria, para resolver la controversia, que citamos:

“En el presente caso, la resolución cuestionada no aplicó la legislación vigente para la liquidación de intereses de deudas laborales, Ley N.º 25920. En efecto, en la resolución mencionada se señaló que cuando se trate de pagos de sumas actualizadas (en el caso de autos se actualizaron a diciembre de 2001) no rige de manera estricta dicha norma, sino que debe recurrirse a un ‘cierto equilibrio’, y que lo ‘justo y equitativo’ es calcular el interés legal a partir de la fecha en que las remuneraciones adquirieron estabilidad a fin de no afectar al trabajador”²⁷ (énfasis agregado).

Sin embargo, esta apreciación le pareció justificada al Tribunal, en tanto “el cálculo de intereses legales está establecido claramente en las leyes de la materia, puesto que tendrán incidencia en la limitación del derecho de propiedad”. O, dicho de otra forma, porque “el cálculo de los intereses no puede quedar librado al arbitrio del acreedor o de quien conforme a ley deba fijarlos”²⁸. La conclusión era más que evidente: “la resolución cuestionada no respetó el principio de legalidad para imponer límites al ejercicio del derecho de propiedad, esto es, no respetó los criterios establecidos en la ley para fijar los intereses legales de deudas laborales. Se advierte una manifiesta arbitrariedad, desproporción e irrazonabilidad, por parte de los demandados, al momento de determinar los intereses legales”²⁹, a causa de lo cual, estimó que existía una cierta e inminente amenaza de violación del derecho a la propiedad de la empresa Telefónica del Perú, “por cuanto de ejecutarse el acto de amenaza a través de los embargos correspondientes se afectaría ilegítimamente el patrimonio de la empresa demandante”³⁰. En este caso, fue la primera vez que se declaró fundada la demanda por afectación del derecho a la propiedad, tal como se habilitó en Apolonia Ccollcca, pero que no se había estimado en aquella oportunidad.

Por otro lado, el Tribunal encontró igualmente vulnerado el derecho a la motivación, a causa de la falta de razonabilidad y legalidad al momento del cálculo de los intereses³¹, no sin antes repetir que “si bien el Juez constitucional no puede subrogarse en las funciones del juez laboral en materia de liquidación de intereses legales derivados de una deuda de beneficios sociales, ni convertirse en una nueva instancia de revisión, toda vez que corresponde a la justicia ordinaria efectuar los cálculos y determinar el

27 STC N.º 0665-2007-PA/TC, FJ. 12.

28 STC N.º 0665-2007-PA/TC, FJ. 13.

29 STC N.º 0665-2007-PA/TC, FJ. 16.

30 STC N.º 0665-2007-PA/TC, FJ. 16.

31 STC N.º 0665-2007-PA/TC, FJ. 19.

monto exacto de los intereses, el Tribunal sí es competente cuando se comprueba una manifiesta vulneración de algún derecho constitucional”³².

En consecuencia, declaró fundada la demanda de amparo, nula la resolución judicial cuestionada, disponiendo a la Sala dictar nueva resolución practicando la liquidación conforme a ley y previa información del Banco Central de Reserva. Finalmente, se dispuso poner en conocimiento del Ministerio Público, OCMA, CNM y Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, ante las denuncias difundidas en la prensa.

Igualmente insólito fue el supuesto resuelto en la **STC N.º 0654-2007-PA/TC (caso Ministerio de Producción)**. En efecto, en este caso, a través de una demanda de amparo interpuesta contra el Juzgado Mixto de Huarney, el Ministerio de la Producción solicitaba la nulidad de un proceso judicial, en el que se había dispuesto que el Ministerio expida una autorización de ampliación de flota y permiso de pesca, no obstante que no había sido emplazado ni notificado con la demanda, y lo que es peor, sin respetar el procedimiento administrativo que una autorización de este tipo requiere por ley. Los derechos invocados, como podrá intuirse, eran el debido proceso y a la defensa.

El curso del proceso judicial cuestionado era, ciertamente, hartamente cuestionable, y su resultado, no menos irracional. En efecto, se trataba de un proceso judicial en el que una persona pretendía que una empresa pesquera le extiende una escritura pública de cesión de derechos de pesca, pero en el que, ante la rebeldía de dicha empresa, la jueza de la causa había declarado fundada la demanda, y a continuación (y aquí viene lo insólito), conminando al Ministerio de la Producción a emitir tanto la autorización de ampliación de flota como el posterior permiso de pesca.

Ciertamente, el Ministerio involucrado (que no era parte, y por lo tanto, jamás emplazado), presentó oposición a este mandato judicial, sobre la base del procedimiento establecido en la ley de la materia (Decreto Ley N.º 25977, Ley de Pesca); mas el Juzgado desestimó esta oposición, bajo el inexplicable argumento de que el Ministerio no era parte en dicho proceso.

Al resolver el asunto, el Tribunal Constitucional consideró que el Juzgado Mixto de Huarney “no tenía competencia para, desconociendo el procedimiento administrativo preestablecido en la legislación especializada de la materia, subrogar a la Dirección correspondiente del Ministerio de Pesquería en el ejercicio de sus competencias”³³, habida cuenta que el régimen legal vigente “no prevé un proceso judicial que sustituya al procedimiento administrativo” contemplado en la Ley de Pesca. En consecuencia, consideró vulnerados el debido procedimiento y el derecho de defensa del demandante

32 STC N.º 0665-2007-PA/TC, FJ. 17.

33 STC N.º 0654-2007-PA/TC, FJ. 12.

(que era un órgano del Estado). Más aún, a juicio del Tribunal Constitucional, “no sólo se ha lesionado al Ministerio de la Producción un derecho de orden procesal, sino además se le ha impedido arbitrariamente ejercer la defensa de un interés público indiscutible como es la explotación de los recursos hidrobiológicos de nuestro mar territorial”.

Un pronunciamiento similar emitió el Tribunal sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Particularmente, objeto de evaluación fue la coherencia interna o justificación lógico racional, en cuya virtud se determina si el resultado del razonamiento utilizado por el juez ordinario se desprende efectivamente de las propias premisas establecidas en la resolución. El Tribunal Constitucional concluyó que el resultado que la sentencia extrae a partir de sus premisas era arbitrario y carente de todo sustento lógico y jurídico. Por todo ello, declaró fundada la demanda, declarando nulo todo el proceso judicial, reponiéndose los actos procesales a la etapa de postulación del proceso, debiendo correr traslado de la demanda al Ministerio de la Producción.

Finalmente, se remitió los actuados al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura, para los fines pertinentes.

- Otras veces, en cambio, la constatación de un déficit en el derecho a la motivación de una resolución judicial ha tenido por objeto **fijar reglas jurisprudenciales en torno a la interpretación de la legalidad ordinaria**, teniendo como fundamento la tutela de otros derechos sustantivos igualmente relevantes para el Tribunal, que la propia sentencia constitucional se encarga de poner de manifiesto. En suma, a través del análisis del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional tiene abierta la puerta para dirigir los efectos de sus decisiones sobre los jueces ordinarios (particularmente, las consideraciones que corren a modo de *ratio decidendi*), aplicando un control de mayor intensidad que se justifica desde la dimensión objetiva del proceso de amparo (principalmente, en la necesidad de pacificar una controversia jurídica que afecta uno o más derechos fundamentales), muy a pesar de su naturaleza subsidiaria.

Son pocos los ejemplos de esto último que se afirma, pero existen. Así, podemos citar la **STC N.º 05923-2009-PA/TC (caso Pablo Torres Arana)**, sobre una demanda de amparo interpuesta contra la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, y en concreto, contra la resolución por ésta expedida, debiendo emitir nuevo pronunciamiento.

El recurrente indicaba haber interpuesto en la vía ordinaria una demanda arbitral contra una empresa, la cual había sido declarada fundada parcialmente, en el extremo referido a la indemnización por daño emergente. Empero, al tratarse ésta de una materia no sometida a arbitraje, el recurrente presentó recurso de nulidad, que fue finalmente estimado. Ante ello, interpuso un escrito ante la Sala Superior, para que

ésta asuma competencia, petición que sin embargo fue desestimada. Contra esta decisión, el recurrente interpuso proceso de amparo, alegando la vulneración de su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional consideró que la resolución judicial cuestionada contenía una motivación insuficiente y arbitraria, pues se limitaba a parafrasear un artículo de la Ley General de Arbitraje.

Sin embargo, el Tribunal comprendió que subsistía una duda en torno a la interpretación del inciso 6 del artículo 78° de la Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje, cuando establecía que la competencia del Poder Judicial quedaba restablecida cuando se declara la nulidad judicial del laudo arbitral, “salvo acuerdo distinto de las partes”, mas no fijaba cuál órgano judicial era el que asumía esa competencia

En este punto, el Tribunal recordó que, si bien la interpretación de la legalidad era función de la justicia ordinaria, en el presente caso dicha regla debía admitir una excepción, “por cuanto ordenar que la Cuarta Sala Civil de Lima se pronuncie nuevamente sobre la correcta interpretación de la frase mencionada constituye una afectación de los derechos al plazo razonable y a la tutela judicial efectiva, por cuanto el demandante desde el 8 de marzo de 2002 viene litigando en el Poder Judicial, es decir, que han transcurrido más de 8 años y no obtiene respuesta alguna sobre lo pretendido, ya que si bien se declaró la nulidad del laudo arbitral, ello no ha generado que a la fecha las pretensiones planteadas en el proceso arbitral hayan podido ser resueltas en forma definitiva”³⁴.

Y es así como, reconociéndose competente, el Tribunal fija a continuación esta regla jurisprudencial, sobre la correcta interpretación del referido artículo de la Ley General de Arbitraje: “el órgano competente para conocer la pretensión demandada en el proceso arbitral cuyo laudo fue declarado nulo es el Poder Judicial, a través de la Sala que declaró nulo el laudo. Para ello, la Sala deberá fallar en forma inmediata sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se emitiera el laudo arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez ya que no ha sido declarado nulo y porque en el proceso arbitral las partes han ejercido en forma plena su derecho de defensa”³⁵.

En buena cuenta, esta interpretación de la legalidad ordinaria, la sostiene el Tribunal en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al plazo razonable, a la motivación y a la efectividad o ejecución de las resoluciones judiciales³⁶.

34 STC N.º 05923-2009-PA/TC, FJ. 10.

35 STC N.º 05923-2009-PA/TC, FJ. 11.

36 STC N.º 05923-2009-PA/TC, FJ. 12.

El fallo de la sentencia declaró fundada la demanda de amparo, por afectación del derecho a la motivación; nulas las resoluciones cuestionadas, debiendo expedirse nuevo pronunciamiento, dando respuesta a la solicitud del demandante, conforme a lo expuesto en dicha sentencia constitucional.

- Finalmente, otro grupo de sentencias constitucionales, una vez constada la afectación del derecho a la motivación, desisten de imponer una interpretación de la legalidad ordinaria adecuada para el caso (o tipos de casos) concreto (s), dejando el asunto en manos del juez de la causa, en una suerte de **“deferencia hacia el juez ordinario”**, a pesar de que tal interpretación se encuentre impregnada por el efecto de irradiación de algún o algunos derechos fundamentales.

Es el caso, por poner un ejemplo, de la **STC N.º 04493-2008-PA/TC (caso Leny de la Cruz)**. Aquí, se declara fundada la demanda de amparo interpuesta contra el Juzgado Especializado de Tarapoto (San Martín), y más específicamente, contra la resolución judicial que fijó una pensión de alimentos a favor de la menor hija del señor Jaime Alvarado Ramírez y la demandante, ascendente al 20% de la remuneración de éste. La demandante, madre de la niña, argumentaba que el Juzgado había asumido que el padre contaba con deberes familiares que atender, como su conviviente y los tres menores hijos de ésta; lo que, a su juicio, vulneraba sus derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

El Tribunal Constitucional parte por reconocer que, en nuestro país, no existe regulación sobre las familias reconstituidas (vale decir, la estructura familiar originada por la unión matrimonial o concubiniaria en donde uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa). Por tanto, a falta de reglas expresas, éstas deben inferirse a partir de los principios constitucionales³⁷. Y ello pasaba por determinar si los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. Esto es: ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?

En vez de zanjar este asunto (desde el punto de vista constitucional), aunque alguna dirección brinda, sin embargo, el Tribunal entiende que la motivación del mismo correspondía al juez ordinario. Así, consideró que “[e]l juez optó por considerar que los supuestos hijos afines de Jaime Walter Alvarado Ramírez generaban una obligación familiar, pero sin siquiera esbozar cuales eran los fundamentos que sustentaban esa argumentación”³⁸. Lo mismo hubo de decir en torno a la suficiencia que el juez había dado a la declaración jurada del padre y un certificado de supervivencia, como documentos idóneos para acreditar la unión de hecho durante más de 2 años; así pues, a criterio del Tribunal, “no resulta clara la forma en que el Juzgado de Familia

37 STC N.º 04493-2008-PA/TC, FJ. 18.

38 STC N.º 04493-2008-PA/TC, FJ. 29.

arribó a la determinación de que bastaba con la documentación referida supra, para que quede acreditada la unión de hecho durante más de 2 años”³⁹.

En definitiva, el Tribunal declara fundada la demanda, por considerar vulnerado el derecho a la motivación, y ordena la emisión de una nueva resolución judicial conforme a los considerandos de la sentencia constitucional. Desistiendo, por tanto, de dar una solución definitiva al caso concreto, desde la perspectiva de los derechos fundamentales involucrados.

3.4. El test de proporcionalidad y la ponderación en las resoluciones judiciales: control constitucional de intensidad fuerte

Pero, es sin duda, el control de la proporcionalidad de las resoluciones judiciales, lo que mayor complejidad reviste en orden a una correcta delimitación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, en el modo que así lo quiere la teoría del Derecho Procesal Constitucional. Sobre todo porque, con arreglo a este canon, lo que evalúa (y peor aún, rechaza) el juez constitucional, es nada menos que el resultado de la ponderación efectuada por el juez ordinario, a quien desde luego le sigue asistiendo la independencia judicial en el ejercicio de su función y, por ende, en la concreta resolución de las controversias cuyo conocimiento tiene legalmente asignado.

Los cinco casos que, a continuación, reseñamos como ejemplo de lo dicho, evidencian esta última afirmación, con manifiesta rotundidad.

- El primer caso lo encontramos en la **STC N.º 07022-2006-PA/TC (caso Edgardo Ataucuri)**. Esta demanda de amparo fue interpuesta por el representante de más de 800 trabajadores jubilados de la empresa Southern Perú Limited, contra una sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Y denunciaban que, en el contexto de un proceso civil sobre entrega de acciones y pago de dividendos, tanto en primera como en segunda instancia se había declarado fundada su demanda. Sin embargo, llegada la causa a la Corte Suprema, ésta se pronunció sobre una excepción de incompetencia (esto es, una causa laboral tramitada ante jueces civiles) que no había sido alegada por ninguna de las partes (vale decir, una causal que no había sido invocada en el recurso), declarando la nulidad de todo lo actuado. En concepto de los jubilados, tal proceder violaba el principio de congruencia, al haberse aplicado indebidamente el principio *iura novit curiae* en sede de casación.

Dentro de sus fundamentos, el Tribunal Constitucional se reconoció habilitado para realizar un control constitucional sobre la dimensión sustancial del debido proceso, esto es, para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión

39 STC N.º 04493-2008-PA/TC, FJ. 24.

judicial⁴⁰. Luego de ello, entendió que, si bien efectivamente la Corte Suprema se había pronunciado sobre una materia no invocada en el recurso de casación, su decisión se había fundamentado en la necesidad de garantizar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como en el respeto al orden público, que consideraba vulnerado al haberse tramitado una materia de carácter laboral en sede civil. En otras palabras: los fines perseguidos por la Corte Suprema “eran lícitos”⁴¹.

Sin embargo, a continuación el Tribunal entendió que la decisión de la Corte Suprema no superaba el examen de proporcionalidad en sentido estricto, en orden a cuatro elementos no observados por aquélla: a) las características de la controversia (entrega de acciones y pago de dividendos a un grupo de jubilados); b) ninguna de las partes (esto es, ni siquiera la empresa Southern) había cuestionado la competencia material de los jueces civiles; c) la decisión de la Corte afectaba el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (principio de congruencia); así como, igualmente, d) el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, pues el proceso ya tenía más de 5 años, y nueve desde que los agraviados habían interpuesto su demanda en la vía civil. En definitiva: la decisión de la Corte Suprema, a juicio del Tribunal Constitucional, no superaba el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, especialmente por su grado de incidencia en estos dos últimos derechos.

En consonancia con ello, declaró fundada la demanda de amparo, nula la resolución casatoria cuestionada, y devolviéndose los autos a la Corte Suprema para la emisión de un nuevo pronunciamiento conforme a Ley.

- El segundo supuesto, aunque referido al derecho a la motivación, lo ubicamos en la **STC N.º 05876-2008-PA/TC (caso Miguel Acuña)**. Se trataba de una demanda de amparo interpuesta contra un Juzgado Penal, en la que se solicitaba la nulidad de una resolución judicial y que se ordene actuar un medio probatorio que se había desestimado, a saber: oficiar a dos compañías telefónicas para que informen sobre el contenido de las llamadas realizadas y recibidas entre los celulares de los co-procesados por el delito de hurto agravado.

El Juzgado Penal había rechazado este medio probatorio con el siguiente argumento: “las pruebas que pueda aportarse al proceso deben ser idóneas y conducentes respecto a acreditar el mérito de la imputación, no pudiéndose de ninguna manera aceptar peticiones que puedan vulnerar otros derechos constitucionales como el privacidad de las personas que no es materia de cuestionamiento en este proceso”.

Este razonamiento fue enérgicamente rechazado por el Tribunal Constitucional, el cual sostuvo que la respuesta de la Sala demandada a la solicitud de actuación probatoria

40 STC N.º 07022-2006-PA/TC, FJ. 6.

41 STC N.º 07022-2006-PA/TC, FJ. 17.

“no solo deviene en inmotivada y arbitraria, sino que también resulta omisiva, pues al encontrarse frente al caso límite de conflictos de derechos fundamentales (derecho a probar del recurrente versus derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los coprocesados) optó de plano por uno de ellos, sin realizar previamente un análisis de ponderación y/o de determinación de los derechos en conflicto que justifique el ejercicio privilegiado del uno sobre el otro”⁴².

En otras palabras, el Tribunal entendió que el “peso abstracto” asignado por la Sala Penal al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, había terminado afectando negativamente el resultado de la ponderación, que desembocó en el rechazo absoluto del medio probatorio ofrecido por el procesado. Razón por la cual declaró fundada la demanda de amparo, por afectación del derecho a la motivación; nula la resolución cuestionada, ordenando la expedición de nueva resolución “teniendo en cuenta lo establecido en esta sentencia”.

- Un caso más conocido es el contenido en la **STC N.º 01209-2006-PA/TC (caso Ambev)**. Como se sabe, se trataba de una demanda de amparo interpuesta por la empresa Ambev Perú y dirigida contra una Sala Civil y un Juzgado de Lima, solicitando que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que habían otorgado una medida cautelar en su contra y a favor de la empresa Backus y Johnston S.A.A.

Según relataba la demandante, esta última empresa había interpuesto una demanda contra Ambev en el fuero ordinario, solicitando, entre otras cosas, que se declare a la demandada, propietaria de 88’330,000 envases de vidrio existentes en el mercado y, asimismo, se haga constar que Ambev no tenía derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización. Pues bien, para garantizar el resultado de este proceso, Backus solicitó (y consiguió) una medida cautelar °consistente en que la empresa Ambev se abstenga de: a) tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado; b) introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos; y c) intercambiar, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas.

En su demanda de amparo, la empresa Ambev alegaba que esta medida cautelar vulneraba sus derechos al debido proceso, libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

Al final, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas, y disponiendo que el juez a quo, de estimarlo conveniente, disponga la concesión de una nueva medida cautelar “adecuada a la finalidad del proceso principal”, de acuerdo a los lineamientos que estableció en su sentencia.

42 STC N.º 05876-2008-PA/TC, FJ. 8.

Lo interesante del caso radica en que, al momento de aplicar el test de proporcionalidad sobre esta resolución judicial, el Tribunal Constitucional razonó que, si bien la medida cautelar ordenada por el Poder Judicial superaba el análisis de idoneidad (dado que se orientaba a garantizar la eficacia de la futura resolución principal), no podía decirse lo mismo respecto al criterio de la necesidad, toda vez que:

“(…) mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de ‘tomar posesión por cualquier título’ de todas las botellas ‘existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso’, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no sólo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por AmbevPerú, y la de los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, ‘se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ambar...’. Este último aspecto no sólo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por anular la libertad contractual de AmbevPerú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión”⁴³.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional consideró vulnerados el derecho de propiedad de la empresa recurrente, a la tutela jurisdiccional efectiva y los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁴⁴.

- Un ejemplo de déficit de consideración de un derecho fundamental, por otra parte, es posible ubicarlo en la **STC N.º 02132-2008-PA/TC (caso Rosa Martínez)**. Los hechos concernían a una demanda de amparo interpuesta por la madre de un hijo alimentista, contra un Juzgado de Familia, mediante la cual se solicitaba la nulidad de la resolución judicial que había declarado prescrita la ejecución de una sentencia sobre pensión alimenticia, ganada por la recurrente en su momento. Para sustentar esta decisión, el juzgado había invocado el artículo 2001º inciso 4 del Código Civil.

Al resolver la cuestión, el Tribunal Constitucional destacó que la pretensión de la recurrente sí era susceptible de protección a través del amparo, pues si bien la interpretación del Código Civil era una competencia de la justicia ordinaria, existían casos en los que la justicia constitucional sí estaba habilitada para emitir pronunciamiento respecto de la interpretación de la ley, “precisamente cuando tal interpretación incida de modo arbitrario en determinados derechos fundamentales”. Asumiendo esta perspectiva, el Tribunal entendió que la aplicación del artículo 2001º inciso 4 del Código Civil era impertinente, pues limitaba desproporcionadamente

43 STC N.º 01209-2006-PA/TC, FJ. 63.

44 STC N.º 01209-2006-PA/TC, FJ. 63.

el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños y adolescentes a percibir alimentos, estando involucrado también el interés superior del niño, niña y adolescente.

Así pues, el Tribunal declaró fundada la demanda, dejando sin efecto la resolución cuestionada, y ordenando que se expida una nueva, “teniendo en cuenta lo expresado en la presente sentencia”. Dicho en otras palabras: ordenó emitir nueva sentencia, obligando esta vez al juzgado considerar el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y a los alimentos, antes inobservados.

- Finalmente, un caso más reciente (y ciertamente polémico, por las consecuencias institucionales de confrontación que trajo consigo), es el sustanciado en la **STC N.º 0037-2012-PA/TC (caso Scotiabank)**. Se trataba ahora de la demanda de amparo interpuesta por la empresa Scotiabank contra la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la que se denunciaba que la resolución casatoria por ella expedida, adoptaba una tesis absolutamente irrazonable y desproporcionada, consistente en interpretar que sólo los ejecutores coactivos acreditados “ante todas las entidades estipuladas taxativamente en el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva” (Decreto Supremo N.º 069-2003-EF), podían ordenar embargos o requerir su cumplimiento.

El Tribunal Constitucional entendió que, para constatar si la resolución de la Sala al interpretar el Reglamento era no sólo inmotivada, sino también arbitraria o irrazonable, era menester aplicar el test de proporcionalidad sobre dicha resolución.

En tal sentido, sin negar que la interpretación de la Sala tenía como objetivo “impedir el abuso del derecho, favorecer la seguridad jurídica y legitimar la acción de los Ejecutores Coactivos”, ella no era absolutamente necesaria para la consecución de dicho objetivo, pues el mismo podía haberse logrado mediante una interpretación distinta, igualmente idónea al fin previsto, pero menos restrictiva de la garantía institucional de la autonomía municipal y el sistema de ejecución coactiva del Estado en su conjunto, cuál era entender que “la acreditación sólo resultaba exigible ante la entidad frente a la cual el Ejecutor Coactivo pretende hacer efectiva su acreencia”⁴⁵. En tal sentido, razonó el Tribunal:

“No otra cosa, en efecto, se desprende de la ratio legis de la norma en cuestión, cual es vincular la acreditación exigida con la naturaleza de la medida cautelar que va a ser ejecutada: así, si se tratara de un embargo en forma de secuestro que requiere el auxilio de la fuerza pública, lo razonable será exigir que el Ejecutor Coactivo esté acreditado ante la Policía Nacional del Perú; tratándose de un embargo en forma de inscripción, deberá estarlo ante la oficina registral

45 STC N.º 0037-2012-PA/TC, FJ. 57.

correspondiente; mientras que, tratándose de un embargo en forma de retención, como en el caso de autos, bastará con que el Ejecutor Coactivo esté acreditado ante la entidad financiera correspondiente; requisito este último que, como consta de los actuados, fue verificado y cumplido a cabalidad tanto por Scotiabank S.A.A. como por el Ejecutor Coactivo”⁴⁶.

Por si fuera poco, y aunque sólo a modo de ilustración, el Tribunal avanzó en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, y en relación a dicho extremo observó:

“la Sala Civil demandada tampoco ha realizado una adecuada ponderación de los bienes y derechos en conflicto, pues otorgó mayor peso, sin mayor fundamento, al valor de la seguridad jurídica en el sistema de acreditación de los Ejecutores Coactivos, en detrimento de la garantía institucional de la autonomía municipal y de la propia eficacia del sistema de ejecución coactiva en su conjunto, más aún cuando ello condujo a la afectación del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales según lo expuesto supra, al imponer un requisito de imposible cumplimiento a las entidades estatales para hacer efectivas sus acreencias a través del sistema financiero, desconociendo de este modo la innegable importancia que ostenta para el Estado la regularidad y permanencia de dicho sistema, amén de situar a las entidades del sistema financiero –como el banco recurrente– en una situación de incertidumbre respecto de la legitimidad de su accionar y las consecuencias de ello, al no poder prever sus futuras responsabilidades de orden civil y penal. Por esta razón adicional, entonces, la interpretación de la Sala demandada también resulta irrazonable y desproporcionada”⁴⁷.

En consecuencia con todo ello, el fallo declaró fundada la demanda de amparo, habiéndose constatado la violación del derecho a la motivación, así como el principio de proporcionalidad; nula la resolución judicial cuestionada, ordenando a la Corte Suprema emitir nueva resolución tomando en consideración los fundamentos expuestos en la sentencia.

3.5. Un supuesto atípico: la afectación de derechos sustantivos

Tal como se encuentra habilitado desde la **STC N.º 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollca)**, objeto de evaluación en una resolución judicial, pueden ser tanto derechos fundamentales de orden procesal como sustantivo. Sin embargo, son pocos los casos en que una sentencia constitucional resulta estimando un derecho de este último tipo. Por lo general, se trata de la constatación de una afectación indirecta

⁴⁶ STC N.º 0037-2012-PA/TC, FJ. 58.

⁴⁷ STC N.º 0037-2012-PA/TC, FJ. 63.

que va aparejada a la del derecho a la motivación. Sin embargo, es de esperar que cuando su análisis es independiente, el grado de intensidad del control sea un poco más intenso de lo normal, cuando es la ley quien define los contornos del ejercicio de tal derecho sustantivo.

- Un primer ejemplo lo encontramos en la **STC N.º 0917-2007-AA/TC (caso HV Contratistas)**. Se trataba de la demanda de amparo interpuesta por la empresa HV Contratistas contra una resolución judicial expedida en un anterior proceso de amparo por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete, en que había sido demandada, por afectación del derecho al debido proceso. Según relataba, tal decisión judicial había dispuesto que se permita el uso de una vía peatonal y vehicular, sin tomar en cuenta que un informe escrito del Instituto Nacional de Cultura (INC), solicitada por la misma Sala, concluía que esa vía cruzaba con zonas declaradas intangibles.

El razonamiento del Tribunal consistió en señalar que “si la autoridad judicial emplazada ordenó la realización de una diligencia de verificación y tras su puesta en ejecución llegó a determinadas conclusiones, lo mínimo que debió hacer es pronunciarse sobre las mismas”⁴⁸. En ese sentido, consideró probada la trasgresión del derecho a probar, que exige del juzgador “un necesario como razonado pronunciamiento en torno de las pruebas por él actuadas”⁴⁹. Más aún, desde la perspectiva del Tribunal, “el sólo hecho de haberse prescindido de una prueba que la misma instancia judicial había dispuesto, representa ya de por sí una clara vulneración al derecho fundamental a probar”⁵⁰.

Del mismo modo, el Tribunal reprochó que la Sala demandada no hubiera meritulado el tema de los restos arqueológicos sobre la trocha carrozable objeto de controversia en el primer amparo; siendo que el derecho constitucional de los bienes culturales impone tomar en cuenta los efectos que una decisión judicial estimatoria puede tener sobre los derechos colaterales vinculados al patrimonio cultural⁵¹. Al final, pues, el Tribunal declaró fundada la demanda de amparo contra amparo, nula la resolución judicial cuestionada, y que la Sala emita nueva decisión, de conformidad con los fundamentos expuestos en la sentencia constitucional.

- Otro ejemplo, acaso más tangible, podemos encontrarlo en la **STC N.º 0429-2007-PA/TC (caso Luis Rivas Domínguez)**. Un oficial del Ejército Peruano interpuso demanda de amparo contra la resolución judicial expedida por el Tercer Juzgado Civil de Lima, que declaraba infundada su demanda de obligación de dar suma de dinero, alegando la afectación de sus derechos de asociación y a la debida motivación. En

48 STC N.º 0917-2007-AA/TC, FJ. 19.

49 STC N.º 0917-2007-AA/TC, FJ. 20.

50 STC N.º 0917-2007-AA/TC, FJ. 23.

51 STC N.º 0917-2007-AA/TC, FJ. 29.

dicho proceso ordinario, el demandante cuestionaba que una asociación (Asociación Auxilio Cooperativo Militar de Retiro) venía efectuando descuentos mensuales de su remuneración, pese a que nunca había prestado su asentimiento para ser considerado asociado, ni mucho menos había autorizado los referidos descuentos. Según relataba, el Juzgado había omitido pronunciarse respecto de su condición de asociado, así como de su solicitud de renuncia.

Considerando que el presunto acto lesivo era la omisión de pronunciamiento judicial sobre la condición de asociado del demandante, el Tribunal consideró fundada la demanda, luego de constatar dos hechos concretos que derivaban del expediente: a) que el recurrente nunca había solicitado ser integrante de la asociación; b) que si bien había presentado una solicitud de retiro como socio, la asociación se la había denegado, respondiendo que la condición de asociado era una consecuencia inmediata del solo hecho de pertenecer al Ejército Peruano. Asumido este punto de vista, el Tribunal consideró vulnerado el derecho de asociación, en su manifestación de desvinculación asociativa, declarando que era “obligación de la Asociación devolver lo indebidamente retenido, pues la condición no nació de un acto libre y voluntario”⁵².

Del mismo modo, estimó trasgredido el derecho a la motivación, pues el Juzgado había omitido pronunciarse respecto a un “asunto angular” del proceso civil: la vulneración del derecho de asociación del recurrente, al señalar simple y llanamente que la coacción “no puede determinarse por la simple afirmación, sino que requiere de actuación de pruebas en un proceso especial y no en la vía sumaria”⁵³.

En definitiva, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, nula la resolución judicial cuestionada, debiéndose emitir nuevo pronunciamiento de acuerdo con la sentencia constitucional.

- Finalmente, un ejemplo de afectación indirecta de un derecho sustantivo (en este caso, del derecho a la libertad sindical), bien puede encontrarse en la **STC N.º 03736-2010-PA/TC (caso Elías García)**. Un trabajador de una empresa minera interpuso demanda de amparo contra una resolución casatoria expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que había revocado la sentencia de segundo grado estimatoria de la demanda de nulidad de despido planteada por el referido trabajador. En consecuencia con ello, solicitaba que se ordene su reposición en su puesto de trabajo, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir, intereses legales, costas y costas. Relataba el demandante que tanto a nivel de Juzgado como de Sala, se había estimado su demanda de nulidad de despido, por haberse comprobado que éste había sido un acto de discriminación sindical. Consideraba afectado su derecho a la tutela procesal efectiva.

⁵² STC N.º 0429-2007-PA/TC, FJ. 15.

⁵³ STC N.º 0429-2007-PA/TC, FJ. 16.

El Tribunal Constitucional analizó la resolución casatoria desde un triple canon: los derechos a la prueba, al debido proceso y a la libertad sindical. Así, en primer lugar, el Tribunal consideró vulnerado el derecho a la prueba, pues la resolución casatoria consideraba que al demandante como un trabajador del régimen laboral de construcción civil, cuando el Registro Único de Contribuyentes de la empresa concluía que la actividad económica de ésta estaba fuera del ámbito de aplicación de ese régimen laboral. En una palabra: la Sala Suprema omitió valorar en forma adecuada y correcta este último medio probatorio, “a pesar de la trascendencia del mismo en el sentido del fallo”⁵⁴.

En segundo lugar, el Tribunal encontró afectado el derecho al debido proceso, por cuanto la Sala Suprema había modificado los hechos que habían sido considerados probados en segunda instancia (esto es, que el trabajador estaba sujeto al régimen de la actividad privada, y no de construcción civil), lo cual era equivalente, desde luego, a desnaturalizar los fines del recurso de casación.

Finalmente, para determinar la afectación de la libertad sindical, el Tribunal tuvo presente que para los jueces laborales existían indicios que demostraban que el demandante había sido objeto de un despido nulo por discriminación sindical. Por ello, el Tribunal Constitucional juzgó irrazonable que la Corte Suprema haya excluido estos hechos valorados “y no haya tenido presente la protección que brinda el fuero sindical”. Peor aún, lo cierto es que la Sala demandada consideraba que el fuero sindical era un argumento de la demanda “para desnaturalizar las relaciones de trabajo de duración determinada”; esto es, negaba que el fuero sindical protegiera a dirigentes sindicales que tenían contratos laborales de duración determinada. Respecto a este último punto, el Tribunal consideró que tal pronunciamiento de la Sala afectaba la congruencia del proceso laboral, pues ello no había sido parte del *thema decidendi*. En suma, para el Tribunal, la Sala había vulnerado la libertad sindical, también “por haber desconocido la protección que brinda el fuero sindical y el cargo sindical que había tenido el demandante”⁵⁵.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional estimó la demanda, y “en virtud de la finalidad restitutiva del proceso de amparo”, declaró que la sentencia estimatoria de la Primera Sala Transitoria de Lima “debe mantener la calidad de cosa juzgada y, por ende, ser ejecutada en sus propios términos”⁵⁶.

En definitiva, se declaró nula la resolución de la Corte Suprema, y subsistente la sentencia de la Sala de la Corte Superior de Lima.

54 STC N.º 03736-2010-PA/TC, FJ. 6.

55 STC N.º 03736-2010-PA/TC, FJ. 7.

56 STC N.º 03736-2010-PA/TC, FJ. 9.

4. Reparación del acto lesivo contenido en una resolución judicial

El segundo factor de complejidad, cuyo análisis enunciamos al inicio de este trabajo, es el que ahora pasamos a revisar en las líneas que siguen. Se trata del significado que el juicio de reproche denota en una sentencia estimatoria de amparo judicial. Y la pregunta es aquí, naturalmente, la siguiente: ¿cuáles son las opciones con las que cuenta el Tribunal Constitucional, una vez constatada la afectación del derecho fundamental en una resolución judicial? ¿Devolver los autos al juez o tribunal demandado para que emita nueva sentencia? ¿O emitir una sentencia sobre el fondo del asunto que ponga fin a la controversia?

Ciertamente, no cabe olvidar que, “[d]ado el régimen de concurrencia entre jurisdicción constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales (...) el Tribunal Constitucional debe ser especialmente cuidadoso a la hora de configurar el fallo estimatorio a fin de no invadir los espacios reservados a la función jurisdiccional”⁵⁷; sobre todo teniendo en cuenta el a veces reducido margen de apreciación que una sentencia constitucional deja al juez ordinario en orden a la reparación del derecho vulnerado.

Y es precisamente la última sentencia reseñada en el acápite anterior (**STC N.º 03736-2010-PA/TC, caso Elías García**), una buena muestra de que el Tribunal Constitucional puede otorgar eficacia de cosa juzgada a una determinada sentencia estimatoria del Poder Judicial, ante la constatación del agravio producido por su superior jerárquico (en el mismo sentido, la antes citada **STC N.º 0813-2011-PA/TC, caso Benedicto Vera Sullayme**). Pero no se trata de los únicos ejemplos, como lo demuestra la jurisprudencia que a continuación se reseña:

- Así, por ejemplo, en la **STC N.º 05178-2009-PA/TC (caso Inversiones Pignus)**, se analizó una demanda de amparo interpuesta contra una resolución de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, expedida en un proceso de indemnización por daños y perjuicios cuyas partes eran la Superintendencia de Banca y Seguros y la empresa Inversiones Pignus; la cual, supuestamente, realizaba una calificación de las causales del recurso de casación distinta a la propuesta el accionante (la SBS) en su recurso.

La recurrente narraba, además, que la Sala Civil de la Corte Suprema había decidido anular la sentencia de vista, reenviando los autos a la Sala Civil Corte Superior, por considerar indebida la condena de costos y costas efectuada por ésta, dado que la

⁵⁷ CARRILLO, Marc y Luis Javier MIERES MIERES: “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2004)”, en AAVV: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, op. cit., p. 449.

SBS era un órgano constitucional autónomo, y por tanto, estaba exonerada de dicho pago. Sin embargo, al emitir nuevo pronunciamiento, la Corte Superior había ido más allá de los términos del reenvío, pues revocó la sentencia estimatoria de primera instancia, declarando fundada la demanda de indemnización planteada por la empresa recurrente. A juicio de ésta, tal proceder de la Corte Superior vulneraba la cosa juzgada, habida cuenta que ésta fue más allá de lo ordenado por la Corte Suprema (condena en costos y costas a la SBS).

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, pues constató que la parte resolutive de la sentencia casatoria había fallado declarando nula la sentencia de segundo grado y ordenándole a la Sala Civil de la Corte Superior que “expida nuevo fallo con arreglo a ley”, lo cual “parecería ser adecuado, pero no necesario ni razonable, porque la sentencia de segundo grado en su totalidad no contravenía el derecho al debido proceso, sino tan sólo la parte considerativa y resolutive que ordenaba a la Superintendencia el pago de costas y costos”⁵⁸. En efecto, el Tribunal consideró que la decisión necesaria, razonable y proporcional era declarar la nulidad sólo del extremo referido a la condena de costas y costos, mas no de la totalidad de la sentencia de segundo grado. Comprobada, entonces, estaba la afectación. Por ello también, a juicio del Tribunal, la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior que desestimaba la demanda de indemnización de daños y perjuicios, contravenía la cosa juzgada reconocida en el artículo 139º inciso 2 de la Constitución⁵⁹.

Pero, más aún, el Tribunal Constitucional estimó que, “en virtud de la eficacia restitutoria del amparo”, la sentencia estimatoria de segundo grado del proceso de indemnización “ha adquirido la autoridad de cosa juzgada reconocida por el inciso 2), del artículo 139º de la Constitución, que las convierte en inmutables, inimpugnables e inmodificables, ya que la Sala Suprema, al resolver el recurso de casación, no expresó ningún argumento para considerar que dicho extremo era nulo y que debía ser objeto de un nuevo pronunciamiento”⁶⁰.

Finalmente, el fallo consistió en declarar fundada la demanda de amparo, nula la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior, quedando subsistente la sentencia estimatoria de segundo grado; ordenando a dicha Sala emitir nueva sentencia pronunciándose únicamente por el extremo de las costas y costos.

- En idéntico criterio, la **STC N.º 02039-2007-PA/TC (caso Carlos Caballero Fuentes y otros)** tuvo su origen en una demanda de amparo interpuesta por un grupo de trabajadores de la empresa Sedapal, contra sendas resoluciones casatorias expedidas en la misma fecha por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, que a juicio de los recurrentes, habían valorado nuevamente las pruebas

58 STC N.º 05178-2009-PA/TC, FJ. 4, b.

59 STC N.º 05178-2009-PA/TC, FJ. 6.

60 STC N.º 05178-2009-PA/TC, FJ. 5.

actuadas en los procesos laborales para determinar que los trabajadores sí habían cometido las faltas imputadas por la empresa (apropiación de bienes); desnaturalizando con ello la esencia del recurso de casación y el debido proceso. Asimismo, denunciaban la afectación del principio de igualdad en aplicación de la ley, pues la Sala demandada, en procesos similares, había desestimado los recursos de casación interpuestos.

El Tribunal partió por considerar que, en el recurso casación, no se pueden valorar nuevamente las pruebas aportadas, admitidas y actuadas en primer y/o en segundo grado, pues su configuración normativa establece que tal recurso tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto⁶¹. Y que, en todo caso, si la Corte Suprema de Justicia encontraba que la valoración de la prueba contraviene los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o las reglas de la apreciación razonada de la prueba, debe anular la resolución que afecta el debido proceso, ordenando al juez o sala que expida nueva resolución⁶².

Al final, el Tribunal declaró fundada la demanda luego de confirmar que, en efecto, las ejecutorias supremas habían resuelto los recursos de casación interpuestos como si se tratara de una instancia adicional y no un mecanismo extraordinario. Y seguidamente, declaró que, “en virtud de la finalidad restitutiva del proceso de amparo, las sentencias de las Salas laborales que han sido revocadas por las ejecutorias supremas cuestionadas deben mantener la calidad de cosa juzgada, y por ende, ser ejecutadas en sus propios términos”⁶³. Y en lo que se refiere a la invocación del principio de igualdad, el Tribunal consideró que los demandantes no habían demostrado fehacientemente el *tertium comparationis*.

En definitiva, la sentencia constitucional declaró fundada la demanda de amparo, por afectación del debido proceso; nulas las ejecutorias supremas cuestionadas, y subsistentes las sentencias que hubieren sido revocadas; e infundada la demanda en el extremo referido a la igualdad en la aplicación de la ley.

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta en relación a los efectos de una sentencia estimatoria de amparo judicial, es el relativo a la **reposición de las cosas al estado anterior** que podría significar la renovación del acto jurídico materia de controversia. En algunos casos, esa reposición significará necesariamente la referida renovación (como es el caso de la nueva realización de un remate público, como se desprende de las SSTC N.ºs. 05037-2011-PA/TC, caso Cormín; y 05258-2011-PA/TC, caso Fredy Nazario). En otros supuestos, en cambio, ciertamente más peculiares, la reposición a la cual obliga el artículo 1º del Código Procesal Constitucional merece ser ponderada con otros bienes que se encuentran en conflicto.

Buena muestra de esto último es la reciente **STC N.º 04509-2011-PA/TC (caso Stalin Mello)**, cuyo efecto anulatorio fue suspendido por el Tribunal Constitucional. En efecto,

61 STC N.º 02039-2007-PA/TC, FJ. 5.

62 STC N.º 02039-2007-PA/TC, FJ. 5.

63 STC N.º 02039-2007-PA/TC, FJ. 7.

a través de una demanda de amparo interpuesta contra el Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto, una persona cuestionaba una resolución judicial expedida por este órgano jurisdiccional en el marco de un proceso sobre filiación extramatrimonial, iniciado por la madre de la menor beneficiada. Dicha resolución contenía el mandato de declaración judicial de paternidad y ordenaba su inscripción de la menor como si fuera su hija, cuando, según su versión de los hechos, no había tenido conocimiento del proceso, al haber estado ausente del país por más de diez años, no habiendo sido notificado siquiera vía edictos. Alegaba la violación de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

El Tribunal Constitucional constató que, en efecto, no se había cumplido en momento alguno con notificarle válidamente al recurrente el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Así quedaba demostrado de la hoja de movimiento migratorio. Consideró afectado, pues, el derecho a la defensa.

No obstante, el Tribunal comprendió también que este caso revestía una singularidad, cual era el estatus especial de la menor reconocida judicialmente con una determinada identidad a título de un proceso que, sin embargo, había sido irregular, y cuya consecuente nulidad podría acarrear serios perjuicios sobre el derecho a la identidad de la menor. Por ello, desde la perspectiva del “examen de suficiencia”, el Tribunal decidió suspender los efectos nulificantes que pudiera recaer específicamente sobre el reconocimiento de paternidad ordenado en el proceso civil subyacente, hasta que culmine el nuevo trámite de dicho proceso⁶⁴.

5. A modo de conclusión

Creemos haber demostrado con la jurisprudencia hasta aquí reseñada, que el control constitucional efectuado de las resoluciones judiciales presupone, por antonomasia, un mínimo de interpretación de la legalidad ordinaria, en ausencia de la cual el resultado del control será inevitablemente deficitario. Desde este punto de vista, lleva razón Pérez Tremps cuando afirma que “apelar a la distinción entre legalidad y constitucionalidad es, si no inútil, si insuficiente, o meramente indicativo; la división compartimentalizada del ordenamiento (...) resulta de un gran valor pedagógico, pero es insuficiente para describir una realidad ordinamental que es mucho más compleja”⁶⁵. Y es que, como lo reconoce incluso un decidido defensor de los fueros del Poder Judicial, resulta que “no pocos de los problemas con apariencia exclusivamente constitucional en estado químicamente puro, solo pueden ser comprendidos desde el plano de la legalidad”⁶⁶.

64 STC N.º 04509-2011-PA/TC, FJ. 22.

65 PÉREZ TREMPES, Pablo: “La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 7, mayo-agosto 1999, pp. 151-152.

66 DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, prólogo de Jesús Gonzáles Pérez, 2012, Dykinson, Madrid, p. 275

Ahora bien, ello no puede querer decir, desde luego, que los derechos fundamentales representen una categoría jurídica insaciable, de confines ilimitados, respecto a la jurisdicción ordinaria, pues una concepción tal de la jurisdicción constitucional sería por sí misma autodestructiva. Muy por el contrario, en el Estado constitucional, es necesario entender que la ley sigue siendo la expresión más ordinaria del Derecho, a la cual la Constitución deja un margen de discrecionalidad; lo que lleva a pensar que el principio de constitucionalidad representa un enriquecimiento (y no una sustitución) del principio de legalidad⁶⁷.

Vistas las cosas desde esta dimensión, no se trata sólo de reservar un campo de actuación al Poder Judicial en su incardinación en el Estado constitucional, sino también de preservar la esencia misma de la jurisdicción constitucional. Así pues, “la necesidad de fijar con claridad las competencias del TCF y de los Tribunales ordinarios no sólo facilitaría las relaciones entre ambas jurisdicciones, sino que también podrían ser un buen medio para resolver el problema de exceso de trabajo del TCF”⁶⁸.

Es por ello que, a la luz de la jurisprudencia constitucional que aquí hemos destacado, acaso quepa pensar en la posibilidad de avanzar hacia un canon de control diferenciado para cada derecho específico alegado en una demanda de amparo judicial; el cual permita delimitar, de antemano, al propio Tribunal Constitucional, la intensidad del control que habrá de aplicar en cada caso concreto, favoreciendo de este modo una necesaria cuota de seguridad jurídica, así como un efecto pedagógico más ordenado sobre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, necesariamente vinculada ésta a las decisiones emanadas del supremo intérprete de la Constitución (artículo VI tercer párrafo del Código Procesal Constitucional).

* * *

67 ARAGÓN REYES, Manuel: “El juez ordinario...”, op. cit., p. 195.

68 GONZÁLES PASCUAL, Maribel: op. cit., p. 96.

EL LUGAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD POLÍTICA PERUANA

Marcial Rubio Correa*
Profesor universitario

SUMARIO: 1.- La transformación de la sociedad peruana y la necesidad de una administración de justicia diferente. 2.- El Tribunal Constitucional en el sistema de separación de poderes. 3.- La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. 4.- La pacificación de la sociedad y la jurisprudencia. 5.- La perspectiva de construcción del Estado de Derecho hoy en el Perú.

El Tribunal Constitucional del Perú tuvo un papel trascendental durante su existencia, a propósito de los cambios introducidos en la jurisdicción constitucional por nuestra Constitución de 1993. Ha funcionado como un órgano perteneciente al sistema de separación de poderes de manera efectiva; ha establecido una doctrina jurisprudencial sin precedentes en nuestra administración de justicia; ha dado seguridad jurídica y ha pacificado la sociedad peruana; ha configurado las características constitucionales del Estado de Derecho en el Perú, cosa que no se había hecho antes de manera sistemática y ha regulado el ejercicio del poder público. Más allá de las naturales discrepancias que pueda haber con una u otra de sus sentencias y de su metodología de trabajo, consideramos que su labor se ha traducido en un enorme mejoramiento de la aplicación de los derechos humanos en el Perú y en el fortalecimiento del concepto y el funcionamiento del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, y tomando en cuenta que la estructura del Estado debe moldearse en función de las necesidades y características particulares de la sociedad a la que gobierna, nuestra opinión es que el Tribunal Constitucional debe ser mantenido en la estructura de poder de la República del Perú.

* Este artículo originalmente fue entregado, con fecha 30 de octubre de 2009, para el libro colectivo “¿Qué es un Tribunal Constitucional?”, proyecto editorial impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales que por razones de fuerza mayor no se publicó en su momento, pero que ahora sale publicado con el título de “Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú”.

1. La transformación de la sociedad peruana y la necesidad de una administración de justicia diferente

La sociedad peruana cambió sensiblemente en los últimos decenios, dentro de un proceso que aún continúa. En general puede decirse, para los efectos de este documento, que esa transformación consiste en el rompimiento de las ataduras propias del Estado oligárquico y de características económicas semif feudales, lo que ha conducido a fenómenos de incorporación de vastos sectores de la población a la vida social activa del país, a la exigencia de derechos por las mayorías y a la conversión del país en uno predominantemente urbano. En la ciudad, ocurren muchas consecuencias importantes para el Derecho pero dos de ellas son especialmente relevantes: las personas se relacionan mucho más intensamente entre sí y los derechos deben ser más rigurosamente regulados, tanto en su consistencia propia, como en los límites de su ejercicio para no invadir los de los demás. De otro lado, en la ciudad todos ven cómo viven ellos mismos y cómo lo hacen los demás, pues la interacción permanente de todos con todos muestra las cosas a los ojos. La necesidad de establecer un mínimo de derechos para todos crece significativamente.

La Constitución es, en este sentido, una norma de primera importancia porque es la norma fundamental como suele también llamársela dentro del Derecho. Apareció en su versión contemporánea en las grandes revoluciones mundiales liberales de la Edad Moderna: no como un texto completo de principio a fin, pero sí con contenidos trascendentales, en la Gloriosa Revolución Inglesa de 1688; y, con forma de texto normativo acabado, en la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (aprobada en 1787 y puesta en vigencia en 1789), así como en la Revolución Francesa que dio rápidamente origen a una Asamblea Constituyente que aprobó la primera Constitución de Francia en 1791.

La Constitución en sentido moderno nace para regular fundamentalmente dos cosas: los derechos de cada uno de los ciudadanos frente al poder del Estado (y posteriormente frente a los demás ciudadanos) y las reglas básicas de organización del poder del Estado.

La Constitución es así, esencial, en una sociedad política en la que las personas son iguales ante la ley o, cuando menos, pretenden serlo. Por eso, precisamente, son hijas de las grandes revoluciones. A la inversa, son solamente una hoja de papel¹ en aquellas sociedades en las que la idea de democracia y de igualdad, no existe en la realidad aunque pueda ser predicada en las palabras.

1 Se dice que cuando en el período revolucionario europeo de 1848 la burguesía pidió una Constitución en Prusia, el Emperador contestó: *“No permitiré que entre Dios y mi trono se entrometa una hoja de papel a guisa de segunda Escritura”*.

En el Perú la Constitución fue, precisamente, una hoja de papel hasta bien entrada la década de 1980. Los abogados no la recordábamos y difícilmente la utilizábamos en la vida profesional. Domingo García Belaúnde² hizo una acuciosa investigación en la década de 1970 y encontró en los cuarenta años previos, unas cuantas centenas de sentencias de hábeas corpus. Por contraste, hoy en día ésa es la cantidad de sentencias que el Tribunal Constitucional emite en menos de dos semanas.

Lo que ocurre es que el Perú de los últimos decenios se ha democratizado, lucha por desarrollarse, se urbanizó y su población exige una creciente igualdad, cuando menos ante la ley. Es una modernización de la sociedad peruana, con todos los beneficios y problemas que dicho proceso conlleva. En ese contexto, se necesitan cambios en muchos aspectos de la vida social. Uno de ellos es el cambio de la justicia.

En un Estado oligárquico, que tiene una extensa parte de la población sometida, la administración de justicia no es ni equitativa ni predecible para todos porque lo esencial de ese Estado es que los pleitos se resuelvan de modo oligárquico, con desigualdad, con una justicia sin venda y sin balanza. En ese contexto, la libertad de decisión de los órganos jurisdiccionales se manifiesta en la inexistencia de precedentes judiciales obligatorios, en la variación de las decisiones según quién litiga, en la inseguridad de lo que se resolverá. Buena parte de nuestra administración de justicia hereda del pasado la característica de hacer impredecibles sus fallos.

En un Estado que se democratiza, se tiende hacia la igualdad progresiva de los ciudadanos, existen mecanismos de control y de opinión para varios grupos sociales y, consiguientemente, se exige una administración de justicia consistente y predecible, cuando menos en sus grandes y principales contenidos.

El Tribunal Constitucional supo cumplir con estas exigencias. En los últimos trece años su jurisprudencia ha establecido una igualdad básica de los ciudadanos frente a la administración de justicia en materia de derechos constitucionales y, al propio tiempo, ha generado seguridades sobre el sentido general en el que los procesos serán resueltos. Esto contribuye a igualar a los ciudadanos y a hacer confiable la jurisdicción constitucional. Al propio tiempo, contribuye decisivamente a que la Constitución sea conocida y utilizada cotidianamente en la defensa de los derechos. El Perú se ha constitucionalizado y eso se demuestra en muchísimos aspectos: todos los abogados debemos utilizar cotidianamente la Constitución en la defensa jurídica; el conocimiento de la jurisprudencia constitucional ha generado la necesidad de publicar numerosos trabajos relacionados directamente con ella; las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data son numerosísimas y el propio Tribunal Constitucional ha debido establecer límites a su ejercicio para no ser imposibilitado de resolver en virtud de

2 García Belaunde, DOMINGO. *El habeas corpus interpretado*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

su cantidad; la población, en general, está más habituada a reconocer la existencia de derechos y a atribuirselos: litiga y los exige en todas las actividades, al punto que el propio Tribunal Constitucional resuelve anualmente un número de casos que está en el orden de la decena de miles.

Podemos pues señalar que, desde este punto de vista social, el Tribunal Constitucional se ha adaptado muy bien a las exigencias de una jurisdicción moderna y adecuada a las expectativas. En este sentido, es un órgano hoy por hoy insustituible en la jurisdicción referente a la Carta.

2. El Tribunal Constitucional en el sistema de separación de poderes

La separación de poderes es un principio capital de la organización política del Perú. Así lo expresa la Constitución en su artículo 43°. El Tribunal Constitucional ha reforzado la importancia de dicho principio y lo ha referido no sólo a los tres poderes tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) sino que ha incorporado en él a los órganos constitucionales relevantes, entre ellos a sí mismo:

“En efecto, el Tribunal Constitucional «es el» órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.

Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204° de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una

primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.

En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que:

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...)”³.

La parte final del primer párrafo de esta larga cita establece claramente que todos los órganos constitucionales participan de la separación de poderes y que, entre ellos, está incluido el Tribunal Constitucional.

El segundo párrafo revisa sumariamente las funciones trascendentales de los órganos del Estado. En el caso del Tribunal Constitucional, la función de control está referida al control de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley y a la protección de los derechos constitucionales contra todo aquel que los vulnere o amenace grave e inminentemente. En esto, dice la cita, el Tribunal Constitucional es el *primus inter pares* en virtud de sus atribuciones constitucionales específicas.

La última parte de la cita resalta la finalidad y función de la jurisprudencia que, en nuestro criterio, el Tribunal Constitucional ha entendido de modo correcto: ella consiste en resolver los asuntos que se someten a su poder de resolución, pero con las características de tratar de tener un criterio correcto jurídicamente, y vinculatorio de las instancias inferiores en casos análogos, precisamente, para lograr la predictibilidad de los fallos y la seguridad en los litigantes.

No es posible hacer un resumen medianamente completo de los casos en los que el Tribunal Constitucional ha intervenido haciendo control dentro de la separación de poderes. A guisa de ejemplo, pondremos sin embargo los siguientes casos:

3 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de abril de 2006 en el Exp. 0047-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado).

- En general, ha regulado con mucho detalle los criterios generales según los cuales deben ser ejercitadas las atribuciones o competencias de los órganos del Estado. Las ha considerado como parte del poder público y, consiguientemente, con un contenido esencialmente constitucional porque, en definitiva, “El poder del Estado emana del pueblo” como manda el artículo 45° de la Carta. El Tribunal ha regulado detenidamente las características de estas competencias, los criterios para su utilización, las responsabilidades consiguientes, y el criterio de discrecionalidad con el que se utilizan⁴.
- Ha establecido criterios generales de resolución de problemas constitucionales en la legislación existente y ha llamado varias veces la atención del Congreso para que solucione los problemas y vacíos que se encuentra en la compatibilidad de la ley con la Constitución. Recordemos solamente el inmenso ordenamiento, clasificación, determinación de prioridades y de conceptos en todo el complejo y farragoso tema de las pensiones de seguridad social. En todo ello su función de aclaración constitucional de los derechos de los pensionistas ha sido verdaderamente determinante, a tal punto que en algunos años, la cantidad de causas que la ciudadanía le confiaba lo hizo parecer más bien un tribunal de la seguridad social.

También el Tribunal Constitucional tuvo una enérgica actuación en la determinación de la constitucionalidad de las normas aprobadas por el Congreso en materia de justicia militar. Esto generó muchos roces entre los dos órganos: en una oportunidad, la jurisprudencia constitucional estableció que el orden constitucional no puede tolerar la inconstitucionalidad por ocio legislativo:

“5. Si bien es verdad que en la referida sentencia (Exp. N.° 0006-2006-PI/TC) el Tribunal Constitucional dispuso aplazar los efectos de su decisión hasta el 31 de diciembre de 2006, a fin de que el legislador pudiese expedir las disposiciones necesarias para una nueva organización de la justicia militar compatible con la Constitución; también lo es que el Parlamento prorrogó sine die la vacatio sentetiae. Sin embargo, la prórroga establecida por el Congreso es, a todas luces, un abierto desacato a cumplir con la exhortación hecha por este Colegiado. Tal situación, mantenida en el tiempo a plazo indefinido significa:

i) que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar a tiempo y oportunamente, lo que produce inconsistencia en la política criminal del Estado y transgresiones a los derechos fundamentales que ningún orden constitucional que se respete puede tolerar (inconstitucionalidad por ocio legislativo); y,

4 *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Capítulo II, apartado 2.6.

ii) que se mantiene un estado de cosas inconstitucional más allá de un tiempo razonable fijado por este alto Colegiado. De ahí que este colegiado considera que resulta pertinente inaplicar la Ley N.º 28934 si en el análisis de los casos concretos se produce una situación que es lesiva de un derecho fundamental”⁵.

- Ha realizado el control de la actuación del Poder Ejecutivo. Destaca la sentencia emitida en el conflicto de competencia entablado por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo durante el año 2004, a propósito de las atribuciones constitucionales de uno y otro en referencia a elaboración, presentación y sustentación ante el Congreso del presupuesto del Poder Judicial.

El Poder Ejecutivo sostuvo que “la incorporación del proyecto del Poder Judicial en el proyecto general de presupuesto sin que el Ejecutivo lo modifique, vulneraría el principio de unidad presupuestal reconocido por el artículo 77º de la Constitución y violaría la exclusividad que le corresponde al Poder Ejecutivo, conforme al primer párrafo del artículo 78º de la Constitución”⁶.

Frente a esta pretensión, el Tribunal Constitucional ratificó, por primera vez en la historia hasta donde sabemos de la jurisprudencia peruana, que el Poder Judicial tenía la autonomía constitucionalmente establecida de elaborar su presupuesto y sustentarlo, sin recortes del Ejecutivo:

“40. De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la política general del gobierno y la formulación del presupuesto están limitadas por los parámetros que fija la propia Constitución, en los términos señalados en los Fundamentos N.os 9, supra, y 41 y 42, infra. En tal sentido, debe quedar establecido que el Poder Judicial, como Poder del Estado, no está sujeto a una determinada política general de un gobierno determinado, sino a las obligaciones que la Constitución le asigna directamente. Por ello, corresponde al Poder Judicial, en cuanto a sus funciones y con base en la independencia que le es consustancial, fijar autónomamente sus objetivos institucionales que, obviamente, tienen un componente presupuestario. La garantía de la independencia del Poder Judicial también se manifiesta a través del rol que debe cumplir en el proceso presupuestario puesto que, de no ser así, se corre el riesgo de su sometimiento al gobierno que le toque dirigir el Poder Ejecutivo.

5 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 09 de abril de 2007 en el Exp.8353-2006-HC/TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Carlos Francisco Soto Sarmiento en representación de Carlos Francisco Soto Sarmiento contra Antonio Godofredo López Márquez, Juez del Juzgado Militar Permanente de Moquegua e Ilo.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 31 de diciembre del 2004 en el Exp. 0004-2004-CC/TC sobre acción de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo. Fundamento 36.

41. Por lo expuesto, este Colegiado considera que cuando el artículo 145.º de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso, la Constitución está habilitando al Poder Judicial para que participe en el proceso presupuestario presentando su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo sin que éste último lo modifique, para su integración al proyecto general de presupuesto y posterior sustentación ante el Congreso de la República, puesto que, dada su condición de Poder del Estado y atendiendo a las funciones que debe cumplir y al lugar que ocupa en la configuración de nuestro sistema democrático, le corresponde, al igual que el Poder Ejecutivo, sustentar directamente su presupuesto ante el Congreso de la República para su aprobación o modificación, dentro de los límites que la propia Constitución impone, ya que esta competencia es garantía de su independencia; de no ser así, tal garantía se convertiría en ilusoria”⁷.

- Ha realizado control de la función del Poder Judicial frente a las atribuciones del Poder Ejecutivo, en especial en el tema de control de los casinos de juego y la aplicación de la ley respectiva. Para ello, quitó validez por inconstitucionales, a varias sentencias ejecutoriadas de amparo en defensa de los casinos. Dijo el Tribunal Constitucional:

“34. Esta atribución constitucional del Poder Ejecutivo se ve reforzada por la propia Ley 27153, modificada por la Ley 27796, la cual prevé que su cumplimiento se encarga (artículo 24º) a la Dirección Nacional de Turismo –entidad adscrita al MINCETUR y, finalmente, al Poder Ejecutivo–, previsión que se despliega en las facultades de autorizar, fiscalizar, supervisar e imponer sanciones en el ámbito de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. De ahí que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce”⁸.

Esta sentencia mereció una amplia discusión en el medio jurídico peruano.

- Ha realizado el control de las decisiones de los gobiernos locales que, a pesar de su alcance provincial o distrital, son también gobierno del Estado y forman parte de la separación de poderes. Especial mención requiere la enérgica actuación del Tribunal Constitucional frente a la forma inorgánica como los municipios determinaban el monto de los arbitrios a pagar por los vecinos. Para ordenar el

7 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 31 de diciembre del 2004 en el Exp. 0004-2004-CC/TC sobre acción de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de febrero de 2007 en el Exp. 0006-2006-PC/TC sobre proceso competencial interpuesto por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial.

problema, el Tribunal llegó a quitar validez a las ordenanzas que no cumplían los requisitos establecidos por la ley para determinar los arbitrios y a retrotraer la aplicación de la última ordenanza que haya tenido validez formal. Dijo lo siguiente:

“Respecto a los requisitos para la validez y vigencia, así como al momento en que la ordenanza que crea arbitrios puede ser exigida a terceros, se reiteran las conclusiones expuestas en los fundamentos 15 al 27 de la STC N.º 0041-2004-AI/TC:

- La ratificación es un requisito esencial para la validez de la ordenanza que crea arbitrios
- La publicación del Acuerdo de Concejo Provincial que ratifica, es un requisito para su vigencia.
- El plazo del artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, es el plazo razonable para la ratificación y publicación del Acuerdo de Concejo que ratifica la ordenanza.
- Sólo a partir del día siguiente de la publicación de dicho acuerdo dentro del plazo, la municipalidad distrital se encuentra legitimada para cobrar arbitrios.
- En caso que no se haya cumplido con ratificar (requisito de validez) y publicar (requisito de vigencia) una ordenanza dentro del plazo previsto, corresponde la aplicación del artículo 69-B de la Ley de Tributación Municipal; en consecuencia, el arbitrio se cobrará en base a la ordenanza válida y vigente del año fiscal anterior reajustada con el índice de precios al consumidor.
- Si la norma del año anterior no cuenta con los requisitos de validez y vigencia, deberá retrotraerse hasta encontrar una norma que reúna tales requisitos y sirva de base de cálculo”⁹.
- Desde luego, fueron proverbiales las diferencias que ocurrieron entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones, así como entre aquel y el Consejo Nacional de la Magistratura.

Bastan estos ejemplos para mostrar la extensa tarea de contribución del Tribunal Constitucional al diseño orgánico del Estado peruano, a su adecuada organización y funcionamiento desde el plano constitucional.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 16 de mayo del 2005 en el Exp. 0053-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por La Defensoría del Pueblo (demandante) c. Municipalidad Distrital de Miraflores (demandada).

3. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, durante su existencia, ha abordado en sus sentencias prácticamente todos los temas constitucionales relevantes, enriqueciendo su contenido y especificando el significado de sus normas. Ha hecho esto a tal punto que, como ya dijimos, hoy son muchas las publicaciones destinadas a trabajar sobre su jurisprudencia y, en realidad, nadie puede decir que conoce el Derecho Constitucional peruano si desconoce las reglas jurisprudenciales existentes.

Esto es especialmente importante porque el Tribunal mismo ha señalado que su jurisprudencia es obligatoria para todos, tanto en lo que son precedentes vinculantes como en los fundamentos de sus sentencias, aunque no hayan sido formalmente establecidos como tales precedentes:

“2. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (ratio decidendi). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante[1], con el que mantiene una diferencia de grado”¹⁰.

El Tribunal Constitucional ha sido consistente con el significado de esta sentencia: su línea jurisprudencial ha sido en general ratificada por sus sentencias posteriores y con ello se ha creado una doctrina que es un referente vinculante. Esto contribuye a la seguridad jurídica porque hace predecible la justicia. El Tribunal ha sido conciente de este valor y ha dicho en resumen lo siguiente sobre él:

“3. En el Expediente N.º 016-2002-AI/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad”¹¹.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 28 de febrero del 2006 en el Exp. 6167-2005-PHC/TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Fernando Cantuarias Salaverri contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 04 de julio del 2003 en el Exp. 0001-0003-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios del Distrito Notarial

Un trabajo enorme de la jurisprudencia constitucional peruana ha sido el de precisar el significado y determinar los contornos amplios de cada derecho constitucional. Para ello se ha referido en diversas sentencias a cada uno de dichos derechos con suma extensión, ha clarificado sus contenidos esenciales, y ha determinado sus contornos vinculándolos tanto a las normas jurídicas que forman parte del bloque de constitucionalidad de cada caso, como a los tratados y a la jurisprudencia extranjera e internacional. Esto ha permitido conocer bien cada derecho, ver todo lo que incluye y determinar hechos concretos y específicos que pueden ser protegidos. También ha superado las discusiones allí donde la doctrina tiene contradicciones: de entre todas las posibilidades de interpretación ha escogido la que será vinculante en adelante.

También ha sido sumamente importante el trabajo del Tribunal estableciendo la protección especial de determinados derechos que, en la teorización elaborada por él, pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Derechos nuevos que son aquellos que no estaban previstos en el texto constitucional y que aparecen, probablemente, por los cambios sociales y tecnológicos que requieren nuevas protecciones, antes innecesarias o impensables. Estos nuevos derechos se obtienen por aplicación del artículo 3 de la Constitución y son denominados nuevos derechos en la segunda cita, derechos innominados en la segunda y en la tercera, y derechos no enumerados o derechos no escritos en la primera.

Ejemplos de ello son: el derecho a la verdad¹²; el derecho a ser servidor público¹³, y el derecho al proceso sin dilaciones indebidas¹⁴.

de Lima contra el segundo y el cuarto párrafo del artículo 7° y el artículo 13° de la Ley N.º 27755, y por los Colegios Notariales de los Distritos Notariales del Callao y de Arequipa contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 27755.

- 12 “14. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de marzo del 2004 en el Exp. 2488-2002-HC/TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por doña María Emilia Villegas Namuche a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual).

- 13 “24.- Como es sabido, la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 25 de abril de 2006 en el Exp. 0025-2005-PI/TC y Exp. 0026-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura). En este caso el derecho existe por aplicación de los tratados, como manda el artículo 3 de la Constitución.

- Contenido nuevo de un derecho viejo o también los contenidos nuevos de un derecho escrito que menciona la primera cita. Estos son derechos que previamente estuvieron contenidos en un derecho ya existente pero que, en virtud del desarrollo de la sociedad o de la tecnología, aparecen como independientes de él, como un derecho nuevo no existente ni individualizado antes.

Ejemplo es Derecho a la objeción de conciencia¹⁵.

- Derechos implícitos que son aquellos derechos contenidos en otros derechos escritos o, tal vez, en otros derechos viejos. De ellos nos habla la primera de las tres citas hechas y su enumeración es grande:

14 “26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de diciembre del 2004 en el Exp. 3771-2004-HC/TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por Miguel Cornelio Sánchez Calderón contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura). Es un párrafo declarado como precedente vinculatorio por el Tribunal y por ello es que consideramos a este derecho como nuevo. En otra sentencia, el Tribunal dijo que era un derecho implícito en el derecho al debido proceso lo que, evidentemente, entra en contradicción con la sentencia anterior: “3. En relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139°3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana (párrafo no precedente)” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2005 en el Exp. 0549-2004-HC/TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por doña Luisa Jáuregui Villanueva a favor de su patrocinado Manuel Rubén Moura García, contra los vocales de la Segunda Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima).

15 “6.- Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 19 de agosto del 2002 en el Exp. 0895-2001-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra el Seguro Social de Salud-ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo).

Derecho a la seguridad jurídica¹⁶.
 Libertad del ejercicio profesional¹⁷.
 Derecho a la prueba¹⁸.
 Derecho de acceso a la justicia¹⁹.
 Ne bis in idem²⁰.
 Derecho a la no autoincriminación²¹.
 Derecho a un juez imparcial²².
 Derecho de acceso a los medios impugnatorios²³.

Castillo Córdova añade otros: el derecho a un plazo razonable o el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a la tutela cautelar, el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva; el derecho de igualdad procesal de las partes, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y el de acceder, en igualdad de condiciones, a los cargos y empleos públicos²⁴.

El lector podrá darse inmediata cuenta que no queda completamente clara la diferencia entre contenido nuevo de un derecho viejo y derecho implícito. Lo más

- 16 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 30 de abril del 2003 en el Exp. 0016-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Junín contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 27755, fundamento 4.
- 17 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de Enero del 2003 en el Exp. 0010-2002-AI/TC sobre acción de Inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, fundamento 116.
- 18 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de Enero del 2003 en el Exp. 0010-2002-AI/TC sobre acción de Inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, fundamento 133.
- 19 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26 de agosto del 2003 en el Exp. 0010-2001-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, doctor Walter Albán Peralta, contra la Ordenanza N.º 290, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, fundamento 10.
- 20 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de abril del 2003 en el Exp. 0729-2003-HC/TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por Marcela Ximena Gonzales Astudillo contra la Corte Superior de Justicia de Lima y la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento 2.
- 21 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 09 de agosto de 2006 en el Exp. 0003-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 5186 ciudadanos (demandantes) contra el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (demandados) contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927, fundamento 272.
- 22 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de diciembre de 2006 en los Exp. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC acumulados sobre proceso de amparo interpuestos, respectivamente, por Sulliden Shahuindo S.A.C. contra la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima y por la Compañía de Exploraciones Algamarcas contra el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarcas, fundamento 48.
- 23 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de marzo de 2007 en el Exp. 5194-2005-PA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por Pesquera Diamante S.A. contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, fundamento 2.
- 24 CASTILLO CÓRDOVA, Luis ... Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos.- En: Gaceta Constitucional.- Lima, marzo de 2008.- Tomo 05, pp.41-42.

probable es que ambos sean a la larga lo mismo. Sin embargo, esta observación en nada altera el aporte de estas especificaciones jurisprudenciales al acervo de derechos de que puede servirse la persona.

Otro tema que ha sido tratado por primera vez de manera sistemática en nuestra jurisprudencia, hasta donde conocemos, es el de los principios del Derecho como reglas de integración hermenéutica del orden jurídico²⁵. Es sabido que en los tribunales ordinarios rara vez se hace aplicación de las normas que acabamos de citar a pie de página y que, en general, no se reconoce a los principios generales un valor específico y expreso en la resolución de los conflictos. El Tribunal Constitucional, con su jurisprudencia, ha demostrado dos cosas al respecto: la primera, que los principios generales existen y, la segunda, que pueden resolver perfectamente los casos concretos con sus contenidos de naturaleza abstracta²⁶. En este sentido, se ha abierto un ejemplo que otros ámbitos jurisdiccionales del Estado deberían también seguir pues, un Derecho que resuelve los casos concretos con normas pero también con principios, es mucho más rico y completo que si no usa a estos últimos.

El extenso tratamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional al tema de los precedentes vinculatorios, de la seguridad jurídica que se obtiene con ello, a la protección extensiva de los derechos y al desarrollo de los principios generales constitucionales, da un sitio muy claro a su trabajo en el contexto del desarrollo constitucional del Perú y a la construcción específica del Estado Social y Democrático de Derecho. Es una excelente señal para la continuidad del Tribunal en nuestra organización política.

4. La pacificación de la sociedad y la jurisprudencia

Un tema central de la actividad de los organismos jurisdiccionales en el Estado moderno es el de su función política en la sociedad, porque no hay que olvidar que son poderes del Estado y que ejercen, por tanto, poder político en el sentido estricto de la palabra.

25 Nos referimos a lo mandado por el artículo 139 inciso 8 de la Constitución:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

(...)”.

Como bien se sabe, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil trae una norma similar, elaborada antes de la Constitución:

“Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley.

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

26 En otro trabajo hemos tratado con extensión el tema de los principios generales del Derecho Constitucional y su vinculación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Capítulos I y II.

Cuando se habla de los órganos que ejercen la función jurisdiccional del Estado, el tema de su función política se desdibuja y se tiende a decir, erróneamente a nuestro juicio, que ellos tienen una función técnica o estrictamente profesional. Hay aquí una confusión que es preciso aclarar.

Desde luego que cada magistrado jurisdiccional debe actuar técnica y profesionalmente de manera impecable, aplicando las normas, su interpretación y su significación conceptual de manera totalmente correcta. Eso no lo discute nadie. Pero esto no equivale a que la función jurisdiccional sea exclusivamente eso porque, entonces, estamos convirtiendo a los órganos jurisdiccionales del Estado en la negación de sí mismos, desde que el Estado es, teóricamente, la organización del poder político en su máximo nivel.

En realidad, la teleología política de la función jurisdiccional es pacificar la sociedad. El órgano jurisdiccional es político y tiene por función traer paz a las relaciones humanas. Eso es lo central. Para ello, los magistrados que actúan dentro del órgano jurisdiccional, tienen que actuar bien técnica y profesionalmente. Pero la función jurisdiccional del Estado no se cumple correctamente cuando los magistrados sólo actúan técnica y profesionalmente bien sino cuando, además, pacifican la sociedad. Esta fue la misión que los clásicos liberales otorgaron al juez en los orígenes del Estado moderno:

“Guiándonos por todo esto, nos resultará fácil averiguar quiénes componen, y quiénes no, una sociedad política. Aquellos que están unidos en un cuerpo y tienen una establecida ley común y una judicatura a la que apelar, con autoridad para decidir entre las controversias y castigar a los ofensores, forman entre sí una sociedad civil; pero aquellos que carecen de una autoridad común a la que apelar –me refiero a una autoridad en este mundo– continúan en el estado de naturaleza; y, a falta de otra persona, cada uno es en sí mismo juez y ejecutor, lo cual es lo mismo que decir, como ya he mostrado antes, que se halla en el más absoluto estado natural”²⁷.

En el campo de la jurisdicción constitucional, podemos afirmar que no hay ámbito trascendente para la pacificación social que el Tribunal no haya abordado y resuelto con claridad. Podemos discrepar de cómo lo hizo, de sus recetas, pero no de que sí lo hizo, de que afrontó los problemas y les dio una solución. De eso se trata en la labor jurisdiccional: no siempre de acertar, no de contentar a todos, pero sí de determinar con bastante predictibilidad el sentido de la solución de los conflictos. De esa manera, las personas adecuarán su conducta a tales prescripciones y evitarán ser sancionadas o acusadas de conducta ilegal por ello. Es importante anotar que los miles de acciones constitucionales que se resuelven al año, son muestra de que las personas

27 LOCKE, John ... *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, Tecnos, 2006. Cap. VII; p. 44; párrafo. 87. p. 86.

tienen confianza en la jurisdicción constitucional actual. Es un argumento sociológico de mucha fuerza en el Perú de hoy y otra razón para mantener el Tribunal en nuestro ordenamiento jurídico.

5. La perspectiva de construcción del Estado de Derecho hoy en el Perú

El Estado de Derecho es de difícil construcción porque la vigencia de las leyes y su necesaria coexistencia con los principios democráticos, entre los que se encuentra la separación de poderes, no es sencilla. En realidad, se necesita mucho civismo en la sociedad para que todo ello sea posible. Si el civismo no existe, entonces primará la tendencia simple y primitiva al uso de la fuerza y esto último es, precisamente, antitético al Estado de Derecho.

Si un órgano constitucional hace un aporte trascendental a la construcción del Estado de Derecho, debe permanecer en la estructura constitucional porque está solucionando eficientemente las dificultades de manera cívica.

Entonces la pregunta central consiste en determinar si el Tribunal Constitucional peruano actual ha contribuido o no de esta manera. A nuestro juicio sí lo ha hecho. Los argumentos dados en las páginas precedentes nos permiten afirmarlo con seguridad y, además, hacen que su labor de los años pasados resalte claramente en el contexto de los órganos jurisdiccionales del Estado peruano. Es por ello que consideramos que el Tribunal Constitucional debe ser mantenido en el ordenamiento constitucional actual.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Omar Sar Suárez

Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la
Universidad de San Martín de Porres, la Universidad
de Lima y la Academia de la Magistratura

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El modelo norteamericano o control difuso. 2.1 Antecedentes. 2.2 Marbury vs. Madison: La plasmación del modelo a nivel federal. 3.- El modelo europeo continental. 3.1 Antecedentes. 3.2 La actualidad del control concentrado. 4.- Nuestro modelo de jurisdicción constitucional. 4.1 Antecedentes. 4.2 El modelo vigente. 5.- Conclusiones.

1. Introducción

Existen dos modelos puros de jurisdicción constitucional, el desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el europeo continental que introduce tribunales o cortes constitucionales como organismos autónomos con facultades de control concentrado.

El primero de ellos, aparece y se desarrolla con carácter “difuso”, en el sentido de que no existe un órgano especializado que monopolice específicamente esta tarea, sino que cada juez en ejercicio de su propia jurisdicción, con el fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, dejar de aplicar la norma legal que resulte contraria a la Constitución sin que la misma pierda por ello su vigencia.

Las cuestiones constitucionales, en el sistema norteamericano, son vistas en definitiva por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de manera incidental, en juicios que versan sobre asuntos civiles, laborales, tributarios, penales, etc., y sólo a

partir de ellos y si el Tribunal Supremo lo considera imprescindible, se podrá realizar un enfoque constitucional.

En el sistema del precedente (*stare decisis*), típico de los ordenamientos anglosajones (*common law*), las cortes inferiores se encuentran vinculadas por los pronunciamientos de las instancias superiores, por lo cual una sentencia de la Corte Suprema termina por tener una suerte de eficacia general.

En el segundo modelo, por el contrario, se accede al juicio de constitucionalidad en vía principal (directa o de acción), mediante una acción de inconstitucionalidad, cuya pretensión consiste en que se lleve a cabo un control de tipo abstracto.

Por razones de orden político vinculadas a la necesidad de garantizar una efectiva y tajante separación de poderes, en la experiencia europea continental se forma la idea de confiar el control de constitucionalidad a un Tribunal *ad hoc*, cuya función consiste en garantizar la supremacía de la Constitución frente a las leyes del parlamento.

El tipo de control de constitucionalidad propuesto por Kelsen, aunque como veremos no fuera el primero, confiaba sólo al Tribunal constitucional el poder de declarar inconstitucionales las leyes con efecto general (*erga omnes*).

Nuestra constitución recoge uno y otro modelo ya que a la tradición de control difuso que predominó en la constitución histórica se viene a incorporar, desde la carta de 1979, el control concentrado de constitucionalidad de las normas con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que se recogiera con diferente integración, competencia y denominación en la Constitución de 1993.

Se encuentra debatido si nuestro sistema es dual o mixto. El primero sería aquel donde los sistemas originarios coexisten sin mezclarse ni desnaturalizarse, por el contrario de acuerdo con la segunda tesis los sistemas combinan algunos de sus elementos originando un producto autóctono diferente a los sistemas de origen¹.

Domingo García Belaunde sostiene la primera tesis pero modestamente nos permitimos disentir de su autorizada opinión toda vez que las competencias del Tribunal Constitucional no concuerdan exactamente con las del modelo europeo ya que no posee, por ejemplo, capacidad para autoplantearse la cuestión de constitucionalidad cuando resuelve procesos de amparo pudiendo tan sólo recurrir al ejercicio del control difuso². Adicionalmente el precedente que orienta la actuación de los órganos inferiores en el sistema norteamericano proviene de la máxima instancia de ese poder

1 Una aproximación al tema puede encontrarse en: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La Constitución y su dinámica*, Lima 2003, Palestra, pp. 21 y siguientes.

2 Una interesante mirada al tema surge de lo resuelto en el caso Salazar Yarlenque, *Expediente 03741-2004-AA*, fundamento 39.

del Estado diseñado por el Artículo Tercero de su Constitución, en cambio en nuestro ámbito el precedente constitucional emana del Tribunal Constitucional a tenor de lo que dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2. El modelo norteamericano o de control difuso

2.1. Antecedentes

Se suele ubicar el origen del modelo de control difuso en la sentencia expedida en el caso *Marbury vs Madison* pero ello no es exacto ya que existen antecedentes que desarrollaron los cimientos sobre los que se apoya dicho pronunciamiento.

Hacia 1610 el Parlamento Británico aprueba una norma que confirma la previsión del Estatuto del Real Colegio de Médicos que otorgaba a esta institución la facultad de juzgar las infracciones a los deberes profesionales e imponer multas a los profesionales que faltaran a sus reglas. Las multas eran destinadas en un cincuenta por ciento a la Corona y el otro cincuenta por ciento era destinado al propio Colegio.

El Dr. Bonham, egresado de Cambridge, fue sancionado con una multa al amparo de dicha ley por ejercer la profesión sin estar colegiado. El galeno incumplió con el pago y la multa fue convertida en arresto. Ante tal situación, y aún antes de que se aprobara el Habeas Corpus Act que data de 1679, planteó una demanda por prisión injusta.

El Tribunal de Causas Comunes presidido por Edward Coke resolvió que no resulta admisible que una institución sea juez para dictar sentencia, ministro para hacer convocatorias y parte interesada para recibir la mitad de la multa.

Al respecto se dejó sentado que:

“(...) aparece en nuestros libros que en muchos casos la ley común (Common Law) sirve para contrastar las leyes del Parlamento, y a veces las declaran nulas; porque cuando una Ley del Parlamento va contra el derecho y la razón comunes o repugna o es imposible de cumplir, el Common Law servirá para declararla inválida”.

Estas ideas no tuvieron arraigo en Gran Bretaña ya que en “*Lee vs. Bude & Torrington Junction Ry*” se estableció que no era atribución de los jueces evaluar si una ley era constitucional o no en los siguientes términos:

“Nos sentamos aquí como servidores de la reina y de la legislatura. ¿Debemos actuar como regentes de lo que ha hecho el Parlamento con el consentimiento de la Reina, de los Lores y los Comunes? Deniego que esa autoridad exista. Los procedimientos son aquí judiciales no autocráticos, lo que serían si pudiéramos hacer las leyes en lugar de administrarlas.

También abonaba en contra de esa teoría el desarrollo de la lógica de supremacía del Parlamento que consolidó la idea de que dicho poder del estado podía hacerlo todo, salvo convertir a un hombre en mujer o a una mujer en hombre.

La revolución de 1688, de la que Locke fue un caluroso apologista, transformó la monarquía absoluta de los Estuardo en una monarquía constitucional y parlamentaria, que estableció la supremacía de la Cámara de los comunes y plasmó su ideología en el Bill de derechos que antecedería a las Declaraciones de fines del Siglo XVIII.

Por el contrario, la Revolución Norteamericana³ resulta ser un contexto político ideal para el desarrollo de doctrinas como la que promueve la limitación del poder, el tránsito del estado legal al estado constitucional y la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial⁴.

La doctrina norteamericana y los constituyentes asumían claramente la supremacía de la Constitución frente a la ley y también que debían existir órganos que la garanticen y mecanismos procesales a los que recurrir en casos de incompatibilidad pero existían importantes discrepancias sobre si otorgar o no este control a los jueces.

Estas diferencias teóricas se apoyaban además sobre una importante polémica política, la que se desarrollaba en aquel tiempo entre federalistas y antifederalistas. Los primeros eran partidarios del control difuso pero sus oponentes, que defendían la primacía de los Estados frente a la federación, temían que conferir la “judicial review” a los jueces pudiera debilitar la autonomía de los estados en la medida en que los jueces federales podrían anular normas de los Estados que colisionaran con la Constitución federal.

En buena cuenta el tema del control difuso no fue incluido en la Constitución Federal porque los convencionales no lograron ponerse de acuerdo pese a que un

3 En las colonias inglesas de América, recurriendo a la filosofía de Locke sobre el derecho natural, se promovería una gran revolución cuando los colonos se negaron a pagar un impuesto establecido por el parlamento inglés, en el que no estaban representados. Para 1775 la disputa había llegado a una guerra declarada que acabará con su independencia y la posterior sanción de la Constitución. Paradójicamente los insurrectos recibieron apoyo ideológico y material de la monarquía.

4 Corresponde advertir que en la Constitución de Pennsylvania de 1776 podemos encontrar una forma de control constitucional de la norma de estilo francés ya que se introdujo un consejo de censores renovables cada siete años, encargados de examinar las transgresiones a la Constitución. Este consejo, que se reunió en 1783, no tuvo mayor éxito ni trascendencia. Instituciones similares se incorporaron en los textos constitucionales de los estados de Vermont y Nueva York (Consejo de Revisión).

grupo de convencionales, entre ellos Wilson y Madison quiso establecer algo semejante al Consejo de Revisión previsto en el Estado de Nueva York, que tuviera poder de veto en relación con la legislación del Congreso federal.

Durante el periodo que media entre la revolución y la aprobación de la Constitución Federal se resolvieron varios casos en los que el Poder Judicial declaró la inconstitucionalidad de normas legislativas que se entendían contrarias a constitución de los estados, pero debe tenerse presente que nos movemos en el ámbito estatal sin trascender al ámbito federal.

El primer caso al que haremos referencia es *Commonwealth⁵ Vs. Caton*, resuelto por la Corte de Apelación de Virginia en 1782 donde decidió la inconstitucionalidad de una ley local que eliminaba la facultad del poder ejecutivo para conceder indultos que se encontraba prevista en la Constitución del Estado.

Se sostuvo que si el conjunto de la legislatura afectase derechos por medio de la ley el Poder Judicial, administrando la justicia pública del país, haría frente a los poderes coaligados y apoyándose sobre la Constitución fijaría el límite de su autoridad. La resonancia de este caso fue grande y convenció sobre la necesidad de que los jueces fuesen inamovibles dado que hasta entonces se los elegía por un plazo de siete años.

Hacia 1784 el Superior Tribunal de Nueva York en *Rutgers Vs. Waddington* resolvió que las leyes del estado no podían ser aplicadas cuando se encontraran en conflicto con la constitución local o los tratados.

En *Trevett Vs. Weeden* dictado por la Corte Suprema de Rhode Island en 1786, y partiendo de la idea diseñada por Locke de que el derecho natural constituye un límite para la actividad del Poder Legislativo, se dejó de aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurados en los casos criminales, considerando que por esa razón, era contraria a la Constitución del Estado.

Una vez más, la decisión provocó una enorme polémica y la Asamblea Legislativa, que sometió a juicio político a los Magistrados sin lograr cesarlos, se negaría más tarde a renovar su mandato.

Pocos días antes de la Convención de Filadelfia de 1787, la Corte Suprema de Carolina del Norte resolvió el caso *Bayard Vs. Singleton*, declaró inválida una ley que contrariando lo dispuesto por la Constitución local de 1776, privaba a una persona de su propiedad sin previo juicio por jurados.

5 Con esta voz se pretendía enfatizar que en estados como Kentucky, Massachusetts, Pensilvania o Virginia el gobierno se basa en el consentimiento común del pueblo a diferencia de aquellos estados donde el poder se legitima por su antigua condición de Colonia Real derivada del Reino de Gran Bretaña.

La Clausura de la Convención de Filadelfia no cerró el proceso de discusión en los ámbitos políticos y parlamentarios en relación con la facultad de la magistratura para controlar la constitucionalidad de las leyes.

En la Constitución no logró plasmarse el mecanismo de control de constitucionalidad pero sin perjuicio de ello se incluyó en la Sección 2º del artículo VI, que:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Adicionalmente en la Sección 2º del artículo III se establece que:

“El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad”.

Como se podrá apreciar se encuentra positivamente consagrado el principio de supremacía de la Constitución federal y el deber los magistrados del Poder Judicial de observarla. De allí a la facultad de dejar de aplicar las normas que no sean conformes con ella media sólo un breve paso que fue dado poco más de una década después.

2.2 Marbury vs. Madison: La plasmación del modelo a nivel federal.

Como habrá podido apreciarse el tema del control de constitucionalidad de las leyes no sólo que no era una novedad sino que tenía precedentes y había sido objeto de debate en la Convención de Filadelfia.

Adicionalmente y para comprender mejor las motivaciones y alcance de la decisión que recayera en *Marbury vs Madison* resultará ilustrativo poner de relieve el contexto político dentro del que se expidió.

George Washington fue el primer presidente de los Estados Unidos y su mandato abarcó el período 1789 a 1797. Fue sucedido en el cargo por otro miembro del partido federalista, John Adams cuyo mandato concluiría en 1801.

Su gestión no fue, evidentemente, muy exitosa ya que tras las elecciones de aquel año resultó elegido como nuevo Presidente Thomas Jefferson por el Partido Republicano que además obtuvo una amplia mayoría parlamentaria.

Antes de transferir el poder, el presidente Adams, decidió fortalecer la posición de su partido que como ya dijimos quedó en minoría en el Congreso. A tal fin decidió crear nuevos cargos judiciales en los que colocar a sus partidarios⁶.

El Presidente en ejercicio propuso además la reelección al primer presidente de la Corte Suprema, John Jay, pero ante su negativa designó como “Chief Justice” a un funcionario que había sido secretario de estado de los Estados Unidos durante su gestión, John Marshall quien sería el llamado a resolver uno de los casos más polémicos de la historia⁷.

El Congreso saliente, de mayoría federalista, aprobó además dos leyes de último momento: Una el 13 de Febrero de 1801 ampliando el número de Juzgados de circuito y la segunda el 27 del mismo mes autorizando el nombramiento de los jueces necesarios para cubrirlos (42 cargos para el distrito de Columbia).

El 2 de Marzo fueron designados todos ellos y al día siguiente (el último del período de Adams) el Senado proveyó los acuerdos. Adams firmó los nombramientos de los nuevos magistrados y el Secretario de Estado selló las órdenes sin que llegaran a entregarse todos los nombramientos a los interesados.

En los Estados Unidos se denomina a estas gestiones de último minuto como “Midnight appointments” lo que dio lugar a que se bautizara a estos magistrados como los “Midnight judges”.

Entre los nombramientos que no llegaron a entregarse se encuentran los de William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper.

Cuando el nuevo Presidente (Thomas Jefferson) asume el cargo ordena a su Secretario de Estado, James Madison⁸, que detenga la entrega de las designaciones realizadas por Adams.

Contra esta decisión Marbury y Otros invocando la Sección 13ª de la Judiciary Act (Ley de la Administración de Justicia) solicitan a la Corte Suprema que le dirija al Secretario de Estado un “Writ of mandamus”⁹. Dicho funcionario anuncia que el Poder Ejecutivo no acatará una resolución que haga lugar a la demanda.

6 Como podrá apreciarse los años pasan pero las mañan quedan.

7 Si por inaplicar la ley en casos como Trevett Vs. Weeden o commonwealth Vs. Caton los magistrados temieron por su integridad podrá imaginarse la presión que tenía la Corte Suprema en este caso rodeado del especial contexto político reseñado.

8 Autor de El Federalista conjuntamente con Alexander Hamilton y John Jay, tuvo un papel sumamente relevante en la redacción de la Constitución de los Estados Unidos, sería el cuarto presidente de los Estados Unidos sucediendo a Jefferson en 1809, ejercería el cargo hasta 1817. Se le reprocha haber escapado de la residencia presidencial antes que su esposa frente al avance de las tropas británicas que ocuparon la ciudad de Washington e incendiaron la Casa Blanca.

9 El mandamus es la orden que dirige un tribunal superior a cualquier funcionario, entidad pública o tribunal subordinado para que realice o se abstenga de realizar algún acto específico respecto del que existe una obligación legal de hacer o no hacer.

Este mandamiento opera de un modo semejante a como lo hace la sentencia expedida en un proceso de cumplimiento seguido de acuerdo con el inciso 6 del artículo 200 de nuestra Constitución y los artículos 66 y siguientes del Código Procesal Constitucional.

Cabe anotar que la Sección 2º del Artículo III dispone que:

“En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación”.

El conflicto entre normas está claro, por un lado la Constitución fija la competencia originaria de la Corte Suprema con una enumeración taxativa de casos y por el otro la ley incorpora un supuesto no previsto en la norma fundamental.

Por otra parte debe mencionarse que la situación que enfrentaba la Corte Suprema era sumamente delicada pues si se hacía lugar a la demanda se lesionaría la imagen de la Corte Suprema en primer lugar por la intervención del Presidente de la Corte en las designaciones, en segundo término porque resultaban ser sus compañeros de partido y en tercer término por el pésimo precedente que sentaría la inejecución de sus resoluciones. Si por el contrario se rechazaba la demanda también se mellaba el prestigio de la Corte Suprema pues se procedía contra la justicia ya que el Presidente Adams elevó al Senado las designaciones, el Senado consintió en ellas, las resoluciones emitidas en consecuencia fueron firmadas por el presidente y finalmente el Secretario de Estado (el propio Marshall) estampó en tales designaciones el sello de los Estados Unidos.

Ahora estamos en condiciones de analizar el contenido de la sentencia expedida en este caso. La Corte Suprema analizará la cuestión en cuatro pasos:

- a. Se preguntará si el solicitante tiene derecho al nombramiento que demanda.
- b. Si lo tiene, y ese derecho ha sido violado, se preguntará si proveen las leyes del país un remedio a esa violación.
- c. Si las leyes proveen un remedio se preguntará si este consiste en emitir una orden de cumplimiento (writ of mandamus) al Secretario de Estado.
- d. Si en ello consiste se preguntará si corresponde a la Corte Suprema que la expida.

Comienza analizando el sistema de designación de los jueces para llegar a la conclusión de que en el presente caso se habían reunido todos los requisitos. Nadie sabe mejor que el propio Juez Marshall que en este caso concreto el Presidente de la República había estampado su firma y el Secretario de Estado el sello de los Estados Unidos.

En este punto la Corte Suprema entiende que “La retención de su nombramiento, es por lo tanto, un acto que la Corte considera no respaldado por la ley y por ellos violatorio de legítimos derechos adquiridos”.

En segundo término se fija un punto de partida importante al afirmar que la esencia misma de la libertad civil consiste en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha debido padecer la violación de un derecho.

El Estado sólo podrá merecer el rótulo de democrático en la medida que garantice el efectivo respeto de los derechos de los ciudadanos estableciendo procedimientos judiciales efectivos.

Se introduce en este punto una interesante discusión sobre las cuestiones políticas no judiciales ya que se admite que pueden existir decisiones de la administración que se encuentren exentas de revisión por parte de los órganos del poder judicial. Sin embargo la entrega de una designación escrita, por su propia naturaleza, no constituye un acto político reservado al Poder Ejecutivo que se encuentre allende el control jurisdiccional.

Cuando la ley establece una obligación de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a la autoridad judicial para obtener una reparación.

No resulta trascendente la jerarquía del autor de la lesión del derecho ya que “Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley”.

En el caso concreto se llega a la conclusión que el demandante tiene derecho a obtener su nombramiento y la negativa a entregárselo constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes de su país brindan un remedio sin que quepa calificarlo como un acto político exceptuado de control.

Hasta aquí tenemos que el demandante tiene derecho a obtener el nombramiento que reclama y que la naturaleza del estado de democrático supone la existencia de mecanismos procesales adecuados para hacer efectivo el respeto de ese derecho.

A continuación la Corte Suprema examinará si el remedio intentado (la solicitud de que se emita un writ of mandamus) resulta el adecuado para requerir al Secretario de Estado que cumpla con la entrega del nombramiento.

No es por el cargo que tenga el funcionario sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer es que se juzgará la pertinencia del mandamiento. Al respecto se sostuvo que “(...) cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley –de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos– la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que éste la haya prohibido, como por ejemplo, registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros; en esos casos, no se advierte sobre qué bases los tribunales

de la Nación podrán estar menos obligados a dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro”.

Siendo el writ of mandamus la medida adecuada para garantizar el derecho del demandante sólo falta resolver si es la propia Corte Suprema el órgano judicial competente para expedirlo.

Como ya se refiriera la Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en la ley orgánica respectiva y estos conocerán de todas las controversias que se susciten. Al distribuir este poder la Constitución estableció expresamente cuáles eran las materias de competencia originaria de la Corte Suprema dejando clara la idea de que la enumeración es taxativa al establecer que en todos los demás casos su jurisdicción será apelada.

En el caso se estableció que “No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución este pensada para no tener efecto, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisiblesalvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación”.

La Corte Suprema desarrolla el principio de supremacía de la Constitución al decir que “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”.

Como consecuencia natural de lo expuesto y resultando la previsión legal que le confiere competencia originaria a la Corte Suprema en este caso contraria a la Constitución en la medida que no se encuentra expresamente prevista en la

enumeración taxativa la norma no puede ser aplicada y en consecuencia se declara improcedente la demanda.

La sentencia resuelve de un modo creativo una cuestión que como se ha visto es sumamente delicada y lo hace dando materialmente la razón al demandante pero sin emitir el mandamiento solicitado por resultar tal materia de competencia de los juzgados inferiores.

3. El modelo europeo continental

3.1 Antecedentes

La edad media fue una etapa traumática para el continente europeo ya que se sucedieron desórdenes y enfrentamientos armados por causas políticas y religiosas. La solución propuesta por autores como Hobbes¹⁰ o Bodin¹¹ fue concentrar la totalidad del poder en un único puño que con poder absoluto e ilimitado restableciera la paz.

A partir de estos puntos de vista se desarrolla toda una doctrina sobre el origen divino del poder de los reyes que justificará el ejercicio del poder de los monarcas europeos como Luis XIV que tal vez sea el paradigma de este tipo de autoridad.

Al respecto se ha sostenido que “(...) hemos intentado exponer la institución natural de la autoridad real y liberarla de la sujeción a la arbitraria elección del pueblo. Es necesario también examinar si las leyes humanas tienen superioridad sobre los príncipes, porque aquellos que mantienen que la adquisición de la jurisdicción real procede del pueblo someten su ejercicio a las leyes positivas. Pero también en esto yerran, porque como el poder real procede de la ley de Dios, no hay ley inferior que lo limite”¹².

El perfeccionamiento de la cartografía, la navegación y en general el desarrollo del comercio favorecieron la irrupción de la burguesía como un nuevo actor social que contaba con importantes recursos económicos pero ningún poder político.

Este fenómeno conjugado con las ideas de la ilustración tendrá como natural consecuencia la aparición de doctrinas que postulan la separación de las funciones de los órganos del Estado como medio de limitación del poder¹³.

10 Hobbes, Thomas, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, México 1987.

11 Bodin, Jean, *Los Seis Libros de la República*, Aguilar, Madrid 1973.

12 Filmer, Robert, *Patriarca*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1966.

13 Don Carlos de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu, desarrollaría y perfeccionaría las tesis planteadas en el segundo ensayo sobre el gobierno civil que publicara John Locke hacia fines del siglo XVII. Del Espíritu de las Leyes en general y su libro XI en particular, que fue publicado hacia 1743, son objeto de estudio y comentario hasta la fecha.

La revolución francesa permitirá plasmar en la práctica estas ideas irrumpiendo la constitución como mecanismo idóneo para concretar la limitación del poder. En este contexto, la Asamblea Nacional, que se adjudicó facultades constituyentes en virtud de su origen representativo de la voluntad popular, aparece como el primer poder del Estado y su obra, la ley, como la máxima expresión de la soberanía.

Carré de Malberg explica la supremacía de la Asamblea Nacional al sostener que el sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de soberanía nacional, se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: en primer lugar frente a todas las autoridades, en la medida en que derivaba su poder de la voluntad general; y lo era también frente a la ciudadanía imposibilitada de gobernar por sí misma¹⁴.

Siendo así las cosas y teniendo en cuenta la profunda identificación de la judicatura con la Monarquía absoluta podrá comprenderse fácilmente por qué el control de constitucionalidad de las normas comenzó siendo llevado a cabo por el propio legislador.

La ley aparece exaltada como expresión de la voluntad general representativa expuesta en Sieyes y en el ordenamiento francés se incorporaron normas como la que prescribía que “Los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo”.

En la Europa continental que parte de la soberanía del Parlamento la idea de que un Juez (que era la “boca que pronuncia las palabras de la Ley”) revise la constitucionalidad de las mismas resultaba imposible de concebir y se propone la incorporación de un “Jurie Constitutionnaire” con la misión especial de juzgar las demandas de violación de la Constitución que sean planteadas contra las decisiones de la legislatura.

Estaba claro que uno de los poderes del Estado no podía dejar válidamente sin efecto lo realizado por otro dentro de su ámbito de competencia.

Se le atribuye a Kelsen y a la Constitución Austriaca de 1920 la creación del modelo de control concentrado pero sin embargo existen numerosas experiencias previas sobre las que se apoyará.

La Constitución Suiza de 1848 suprime la soberanía de los Cantones estableciendo un sistema de confederación donde cada uno de ellos conservaba, desde ya, sus facultades legislativas locales, pero el reto consistiría en encontrar un mecanismo que garantice la armonía con la legislación y la Constitución federales.

14 Carré de Malberg, *Teoría general del estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1948.

El control que aquí como en Francia comenzó siendo político, a partir de la reforma de 1874 se realizaría por un órgano concentrado pero sin capacidad para revisar las normas federales y de un modo concreto por lesión de derechos o conflicto de competencia. Es decir que estamos ante un control que más que de constitucionalidad resulta ser de federalidad pero aparece ya entre mediados y fines del Siglo XIX un órgano ajeno a los poderes del Estado con funciones concentradas de control de constitucionalidad aunque más no sea de las normas de alcance cantonal.

En el ámbito latinoamericano ha predominado el sistema norteamericano pero sin embargo aparece en algunos ordenamientos la posibilidad de plantear en abstracto ante la Corte Suprema una forma de acción popular por inconstitucionalidad de la ley.

La Constitución venezolana de 1858 establece que corresponde a la Corte Suprema sentenciar en las causas que se formen contra el Presidente de la República o contra el Vicepresidente, conocer de las causas de responsabilidad contra los Agentes diplomáticos y consulares, resolver las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley pero el inciso 8º del artículo 113 establecerá que constituye también una atribución la de:

“Declarar la nulidad de los actos legislativos, sancionados por las Legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución”.

Esta forma de acción popular tuvo una breve existencia que durará hasta 1864 fecha en la que se aprobó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 28 de marzo de aquel año cuyo artículo 92 mantuvo la competencia de la Alta Corte Federal pero la iniciativa correspondía ahora a la mayoría de las legislaturas estatales o provinciales dejando de lado la iniciativa popular.

Hacia el Siglo XX, en el ámbito latinoamericano, la experiencia del control concentrado reconoce como antecedente la ley de reforma de la Constitución Chilena aprobada el 23 de enero de 1970 que modificó la entonces vigente Constitución de 1925 quedando constituido el órgano en 1971.

El artículo 78 b) establece que el Tribunal Constitucional cuenta con facultades para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, entre otras.

3.2 La actualidad del control concentrado

El Artículo 140 de la Constitución Austríaca establecía que

“El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes del Land a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional”.

Este modelo se extenderá rápidamente en Europa tras la primera pos guerra, por ejemplo, en la Constitución de la República Española aprobada en abril de 1931 se dispuso que el poder judicial estaría a cargo del Tribunal Supremo y de una serie de cortes subordinadas a éste, adicionalmente se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales con la competencia de resolver principalmente la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa.

El artículo 100 de dicha carta establecía que:

“Cuando un Tribunal de justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”.

El órgano de control concentrado se introduce en el artículo 121 en los siguientes términos:

“Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

- a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
- b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
- c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí.
- d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.
- e) La responsabilidad criminal del jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros.
- f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República”.

Este modelo será recogido por la vigente Constitución española de 1978 cuyo artículo 161 establece que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

“a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la

sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas”.

Debe señalarse que el control concentrado no siempre será llevado a cabo por un Tribunal Constitucional sino que existen ordenamientos en los que tal función es llevada a cabo por la Corte Suprema ya sea que conviva o no con funciones del poder judicial de control difuso¹⁵.

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay tiene previsto que si una persona estima que toda o parte de una ley lesiona “su interés directo, personal y legítimo” puede presentarse ante la Suprema Corte planteando que se declare su inconstitucionalidad. Según aclara dicho Código, el planteo “debe formularse por escrito”, indicándose “con precisión y claridad, cuáles son los preceptos que se consideran inconstitucionales y todas las disposiciones o principios que se consideran violentados” (artículo 512).

Si es el Juez o Tribunal ordinario ante quien tramita algún procedimiento judicial quien advierte que alguna ley que se podría aplicar al caso, es contraria a la Constitución solicitará, “de oficio” a la Suprema Corte, que se pronuncie sobre el tema¹⁶.

4. Nuestro modelo de jurisdicción constitucional

4.1 Antecedentes

Hacia 1823 cuando se aprobó la primera carta constitucional peruana todavía no se encontraba concluida la guerra de independencia y su carácter transitorio queda expresado en el texto mismo de la carta ya que el artículo 191 establecía que “Esta Constitución queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto de los Diputados de todas las provincias actualmente libres, y de todas las que fueren desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra”.

15 Por ejemplo en la Constitución de la República Federativa del Brasil se prevé un control judicial difuso que convive con un control concentrado en Tribunal Supremo.

16 Al respecto puede verse Flores Dapkevicius, Rubén, *Manual de Derecho Público – Derecho Constitucional*, Ed. B de F, Montevideo 2007.

La Constitución vitalicia de 1826, que paradójicamente fue la de más corta vigencia de nuestra historia republicana, inspirada en la Constitución napoleónica del Año VIII, contaba con un Senado entre cuyas funciones se encontraba la de protección de la Constitución y garantía de su observancia frente a las infracciones en que pudieran incurrir los “magistrados, jueces o eclesiásticos”.

Las constituciones posteriores de 1828, 1834 y 1839 establecieron que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores, lo cual supone la introducción de una suerte de control político de la Constitución¹⁷ sin que hayan existido pronunciamientos al respecto hasta donde conocemos.

Será con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, donde se incorpore a nuestro ordenamiento el principio de que “Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución” (Artículo 10). Sin embargo esta cláusula no tuvo desarrollo legislativo y su aplicación jurisprudencial fue muy escasa.

Sin perjuicio de lo que acabamos de afirmar y en virtud de su trascendencia corresponde recordar el caso de Luis Pardo resuelto por la Corte Suprema hacia 1920 aplicando el control difuso.

A principios de setiembre de 1919 surgió una notable resistencia contra el régimen de Leguía. La respuesta no se hizo esperar y comenzaron a producirse una serie de detenciones que alcanzó a periodistas, ex Congresistas y ex Ministros, entre ellos fue detenido Luis Pardo Barreda (hermano del Ex Presidente José Pardo).

El 10 de setiembre la esposa de Pardo con el patrocinio de Ernesto de la Jara y Ureta interpuso un habeas corpus a su favor ante la Sala del Crimen de la Corte Superior de Lima. Esta sin demora pidió a la Prefectura que le comunique los motivos de la detención.

En la madrugada siguiente un grupo de detenidos, entre ellos el beneficiario del hábeas corpus, fueron embarcados en el vapor “Ucayali” y expulsados del país. Con una importante cuota de cinismo la autoridad requerida informó a la Sala que la persona requerida no se encontraba detenida pues se hallaba de viaje en el exterior.

El 16 de septiembre el órgano jurisdiccional declaró sin objeto la demanda en mérito al informe señalado. Pocos días después los medios de comunicación dieron cuenta de las declaraciones de Luis Pardo quien manifestaba que su viaje no era voluntario su representante presentó un pedido de nulidad ante dicha Sala.

17 El Consejo de Estado previsto en la primera de esas cartas tiene como una de sus funciones la de “Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, formando expediente sobre cualquier infracción para dar cuenta al Congreso”.

La Sala, aunque en discordia, declaró sin lugar la nulidad y ante ello el abogado demandante interpuso apelación ante la Corte Suprema. En esta instancia se produjo la primera gran victoria en la causa de los detenidos políticos ya que dispuso anular la resolución de la Sala y ordenó pronunciarse sobre el fondo del asunto.

El mismo día en que se emitió dicha resolución fue sancionada de urgencia y con dispensa del trámite en comisiones la Ley 4007 denominada “Ley anti juicios” que ordena cortar todos los procesos judiciales vinculados a los hechos.

Corresponde advertir que la Constitución de 1920, de acuerdo con el artículo 8 de las reformas plebiscitarias, disponía en su artículo 35 que:

“Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad”.

El artículo 36 complementaba al anterior estableciendo que:

“El Congreso dictará en casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa; pero sin que en los juicios de excepción a que hubiese lugar se pueda sentenciar a los inculcados. Estas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35º”.

El 29 de Enero de 1920 la Corte declaró sin lugar el HC solicitado a favor de Luis Pardo ya que la ley 4007 “(...) dada especialmente para la situación a que se refiere este expediente, manda cortar de modo absoluto y definitivo todos los juicios iniciados con motivos de esa situación”.

A pesar de que las garantías no podían suspenderse ni siquiera durante los estados de emergencia se rechazó la demanda aplicando la ley pese a su evidente inconstitucionalidad y por ello De la Jara volvió a remitirse a la Corte Suprema esta vez mediante un recurso de nulidad.

El 12 de Marzo de 1920 el Fiscal Supremo Guillermo Seoane sostuvo en su dictamen que si la ley 4007 pudiera mantener suspendidas las garantías individuales como interpretó la Sala “(...) estaría en flagrante desacuerdo con el artículo 35 que en forma absoluta ampara las mencionadas garantías, o sea infringiría abiertamente lo prescrito en el artículo 36 de la Constitución”.

Finalmente el 26 de Agosto de 1920 la Corte Suprema, con el Voto de los Doctores Almenara, Pérez, Valcarcel, Correa y Veyán y Morán, apoyada en el dictamen fiscal, resolvió:

“Vistos, de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto superior de fojas 19 su fecha 29 de Enero último en la parte que declara sin lugar la solicitud de fojas 16 del doctor Ernesto de La Jara y Ureta en nombre de don Luis Pardo a fin de que se le ampare en el goce de la garantía constitucional de residir en el territorio de la República, reformándolo declararon fundado el recurso de HC interpuesto por el mencionado Luis Pardo quien tiene el derecho de residir en el territorio nacional mientras de él no sea privado por ejecutoria judicial que tal pena le impone, declararon no haber nulidad en el ya citado auto recurrido en lo demás que contiene y los devolvieron”.

En el Artículo 142 del anteproyecto de la Comisión Villarán elaborado hacia 1931 se plantea la posibilidad de incorporar el control judicial de las leyes al estilo norteamericano más no se prevé forma alguna de control concentrado.

La Constitución de 1933, la segunda en duración tras la de 1860 y contemporánea con la Austríaca y la Española de la Segunda República a las que hicieramos referencia supra, mantiene el control político previsto en Cartas anteriores al disponer en el Artículo 26 que:

“(…) pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución”.

Ese sistema de control político-legislativo de la constitucionalidad se vio complementado con la incorporación de la “acción popular” como el recurso judicial a interponer contra decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo que infringían la Constitución o la ley (artículo 133).

El control judicial se introduce de un modo explícito a nivel normativo en el Título Preliminar del Código Civil de 1936 cuyo artículo 22 establecía que “(…) cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”. Queda entonces positivamente establecida la facultad judicial para ejecutar un control constitucional en el nivel de la inaplicabilidad pero sin embargo los magistrados carecieron de la audacia para desafiar la “soberanía” del legislador y las presiones de los gobiernos de facto.

La línea que se fijó en el caso Pardo, reseñado supra, no se mantendría y regresará nuestra Corte Suprema a su línea conservadora expresada en la resolución del Hábeas Corpus planteado por Luis Bedoya Reyes a favor del ex Presidente José Luis Bustamante y Rivero quien pretendía regresar al país en 1955 tras siete años fuera del Perú.

Corresponde recordar que en octubre de 1948 el General Odría encabezó el golpe de estado que depuso al doctor Bustamante, Presidente Constitucional de la República, y tras dos años de gobierno militar se hizo elegir como presidente. Desde

entonces el doctor Bustamante vivía en el exilio en humildes condiciones ya que no recibía la pensión a que legalmente tenía derecho.

Durante los años de destierro, el doctor Bustamante publicó en Buenos Aires un libro titulado “Tres años de lucha por la democracia en el Perú” y varios manifiestos políticos, razón por la que el gobierno de Odría consideraba que su regreso a Lima podría crear un clima de incertidumbre y alterar el orden público, sobre todo si se tiene en cuenta que se aproximaban las elecciones presidenciales de 1956.

La tentativa del Ex Presidente de regresar al país se vio frustrada pues el Cónsul General del Perú en Ginebra se negaba a estampar la visa que entonces resultaba necesaria para poder hacerlo¹⁸ vulnerando los artículos 67 y 68 de la Constitución de 1933 que garantizaban la libertad de tránsito y el derecho a no ser expatriado sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería.

Frente a la demanda el ejecutivo se ratificó en su negativa invocando que se trataba de una medida preventiva necesaria para garantizar la tranquilidad social y evitar la consumación de otros delitos sin mencionar que resultaba de aplicación al caso el artículo 31 del Decreto Ley 11049 (norma de facto denominada “Ley de Seguridad Interior”), que establecía que:

“(...) queda facultado el Ministerio de Gobierno y Policía para adoptar las disposiciones preventivas que crea necesarias a fin de garantizar la tranquilidad política y social y la organización y paz interna de la República; no pudiendo intervenir la autoridad judicial correspondiente, sino cuando los delincuentes hayan sido puestos a su disposición”.

El Segundo Tribunal Correccional emitió su resolución el día 25 de noviembre de 1955¹⁹ estableciendo que “(...) dado el carácter penal de la Ley 11049, puede considerarse que el derecho de entrar y salir del país, amparado por el artículo 67 de la Constitución, es susceptible de una limitación preventiva, ya que esa ley restringe, mientras dure su vigencia, los derechos que la garantía constitucional consagra” y agrega que el artículo 68 de la Constitución no resultaba aplicable porque el caso no presentaba expatriación alguna, por último se sostuvo que el Tribunal no está “(...) facultado para derogar leyes vigentes ni para discutir la constitucionalidad de sus disposiciones y tiene la obligación ineludible de aplicarlas”²⁰.

18 El retorno de los nacionales al país requería pasaporte sea visado por el consulado, previa consulta con el gobierno central.

19 La resolución de un caso tan polémico e importante para los intereses del gobierno, por una de esas casualidades en las que siempre me he resistido a creer, se expidió el día del cumpleaños de Odría, quien se enteró de ella cuando estaba celebrando su santo. Todo parecería indicar que ese fue el regalo de los vocales Octavio Santa Gadea Arana y Luis Pagador Blondet (quien intervino por sospechosa licencia médica del Doctor Carlos Borja).

Contra la resolución se interpuso recurso de apelación elevándose el expediente a la Corte Suprema que expediría sentencia el 7 de enero de 1956 confirmando la sentencia del Tribunal Correccional y, en consecuencia, declarando improcedente la demanda de Hábeas Corpus.

La máxima instancia del Poder Judicial sostuvo que el artículo 22° del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretendió sustentar la facultad judicial para ejercer el control difuso “(...) no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil”, por otra parte, distorsionando la realidad agrega que “(...) para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa”.

El episodio concluyó a mediados de enero de 1956 fecha en que el Gobierno de Odría dictó una ley de amnistía política, permitiendo el retorno de todas las personas a quienes se había prohibido la entrada al país incluyendo entre ellas al doctor Bustamante que pudo finalmente regresar al país.

Hacia 1963 se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial cuyo artículo octavo reglamenta la facultad de control difuso superando a nivel legislativo, al menos, objeciones como las que acabamos de reseñar y estableciendo que la Corte Suprema debía pronunciarse en última instancia. A pesar de ello el mecanismo siguió sin aplicarse ya no por falta de normas sino por un positivismo que impidió a los jueces controlar la constitucionalidad de las leyes a las cuales estaban sometidos.

En estas condiciones llegamos a la Constitución de 1979 que introduce en nuestro ordenamiento el primer mecanismo de control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las normas además de conocer sobre las resoluciones denegatorias en procesos de Hábeas Corpus y Amparo.

El artículo 298 de dicha Carta establece que:

20 A pesar de las presiones políticas ejercidas por el propio Odría sobre los magistrados, el Doctor Domingo García Rada, que fue recibido en Palacio de Gobierno cuatro días antes de que se expida la sentencia, es decir el 21 de Noviembre de 1955, emitió un voto singular sosteniendo que “... para estar sometido a fuero privativo se requiere proceso, y habiendo declarado el señor Ministro de Gobierno que el doctor Bustamante y Rivero no se encuentra procesado es del caso deducir, que faltando el emplazamiento ante la autoridad respectiva el referido doctor Bustamante no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la ley especial denominada de seguridad interior”. El sabroso anecdotario de la resolución comentada puede encontrarse en García Rada, Domingo, *Memorias de un Juez*, Andina, Lima 1978, pp. 171 y siguientes. Parte de la información fue obtenida en entrevista personal del autor con el Doctor Luis Bedoya Reyes.

“El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

- 1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo²¹ y
- 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial”.

Adicionalmente el Artículo 236 prevé expresamente la facultad de los jueces de efectuar por sí mismos y de un modo concreto y difuso el control de constitucionalidad de las normas que deban aplicar ineludiblemente para resolver un proceso sometido a su jurisdicción.

Dicha norma estaba planteada en los siguientes términos:

“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”.

A pesar de que el control de constitucionalidad quedó claramente establecido su actuación fue muy limitada. Por otra parte, los legitimados para promover el control concentrado previstos en el artículo 299 (el Presidente, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, Congresistas y cincuenta mil ciudadanos) no fueron muy proclives a la defensa de la constitucionalidad y tampoco el TGC se erigió en un celoso guardián, ya que ante la inconcurrencia de alguno de los magistrados (el quórum era 5 y para inconstitucionalidad 6) dejaba de expedir sentencia sin sentirse comprometido a llevar a cabo una nueva vista de la causa.

Agregaría que el acceso de la ciudadanía era dificultoso, toda vez que se requerían 50.000 firmas comprobadas por el JNE, llegándose a presentar tan sólo una iniciativa de ésta naturaleza²².

Las mayorías severamente calificadas que se reseñaran rara vez se alcanzaron forzaban a resolver en el sentido de que no había sentencia y las inconstitucionalidades presentadas alcanzaron apenas 28 frente a 5229 normas aprobadas en el mismo período.

21 Corresponde señalar que previamente, el Artículo 87 establece el principio de supremacía de la Constitución y de jerarquía de las leyes.

22 Actualmente el Artículo 203 Inciso 5 establece como requisito 5000 firmas o el 1% de los ciudadanos del ámbito local respectivo. Con la nueva magnitud se ha presentado por ejemplo la iniciativa de restablecer la vigencia de la Constitución de 1979 por parte de la ONG Foro Democrático entre muchas otras.

La situación no fue muy diferente en materia de procesos de tutela de derechos pues como podrá apreciarse en el cuadro que sigue²³ el aporte del TGC fue escaso. En primer lugar se han planteado pocos casos lo que podría revelar desconfianza y poca información por parte de la población²⁴ adicionalmente de ellas el 77% fueron desestimadas (no casadas).

TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES				
RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES 1982-1992				
	Casadas	No Casadas	Pronunciamientos	Totales
Amparos	89 (18,0%)	37 (76,4%)	27 (5,4%)	493
Habeas Corpus	08 (9,6%)	67 (80,7%)	08 (9,6%)	83
Totales	97 (16,8%)	444 (77,0%)	35 (6,0%)	576

El final de esta experiencia fue abrupto ya que el órgano fue desmantelado luego de los hechos acaecidos el 5 de Abril de 1992.

4.2 El modelo vigente

Ante la necesidad de retornar a la normalidad constitucional se convoca a un Congreso Constituyente²⁵ (CCD) que elabora una carta a la que los sectores políticos democráticos en ningún momento dejaron de llamar “documento” intentando demostrar su carácter autoritario e ilegítimo.

Los objetivos que se perseguían con la nueva constitución estaban bien claros y consistían en resumidas cuentas en garantizar la economía de mercado, reducir el tamaño del congreso previamente disuelto e introducir la reelección presidencial inmediata (vedada por el artículo 205 de la carta anterior).

Como es evidente la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen pero ello no determina de forma directa e inmediata su invalidez o falta de vigencia²⁶. El Tribunal Constitucional, en el expediente 00014-2002-AI se sostiene que pese a que la Constitución de 1993 no tuvo hasta el año 2000 una vocación de vigencia real, luego de la destitución del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República, dicho texto empezó a regir plenamente, tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

23 Fuente: Guillén, Gabriela, Tribunal de Garantías Constitucionales: Información estadística, en Ius et Praxis N° 17, Universidad de Lima, 1991.

24 La escasez de casos no obedece, seguramente, al efectivo respeto de los Derechos Fundamentales ya que en el período indicado la situación del Perú en esta materia era sumamente delicada, principalmente por la acción de los grupos terroristas y la intervención, en algunas ocasiones ilegal, de las Fuerzas Armadas.

25 En virtud de las dudas que nos suscita su carácter democrático hemos preferido suprimir tal característica de la denominación oficial.

26 De hecho a lo largo de nuestra historia la irregularidad de los procesos de reforma ha sido una constante.

En los anteproyectos del texto constitucional se optaba por un sistema de control difuso y, al menos en principio, no se previó el control concentrado en un órgano constitucional autónomo que será introducido a último momento a pesar de que como vimos estuvo incluido en la constitución precedente.

El texto del Título V sometido a debate, en su artículo 220 que es el equivalente al actual artículo 201 establecía que:

“La Sala Constitucional de la Corte Suprema es el órgano de control de la Constitución. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia”.

Como podrá apreciarse el control concentrado de las normas con rango de ley se mantenía pero encomendado a un órgano del Poder Judicial como sucede en otros ordenamientos latinoamericanos según ya se ha dicho.

El giro se produjo durante el debate en la Comisión de Constitución sobre cuyas conclusiones el Congresista Carlos Ferrero (por entonces en las filas de la Alianza Cambio 90 – Nueva mayoría) sostuvo que:

“(...) la permanencia en la Corte Suprema de una Sala que dentro del Poder Judicial estuviera dedicada a declarar la inconstitucionalidad o no de las leyes, no es el camino más adecuado para que este Tribunal tenga absoluta independencia... es preferible tener un tribunal independiente que no esté dentro del organismo jurisdiccional del Poder Judicial; pero, además, la Comisión cree necesario reconocer que la mayoría, en nuestras consultas a especialistas en derecho constitucional, han opinado a favor de mantener el Tribunal de Garantías Constitucionales”²⁷.

Como podrá apreciarse por iniciativa del oficialismo, recién a mediados de Agosto de 1993 se introdujo el control concentrado en un organismo constitucional autónomo al que se definiría en definitiva como Tribunal Constitucional eliminando la función casatoria y pasando a la de revisión definitiva.

A pesar de que el texto constitucional fue aprobado mediante el referéndum del 31 de Octubre de 1993 el Tribunal Constitucional, tuvo su ley orgánica en Enero de 1995 y no comenzaría a funcionar sino hasta junio de 1996 fecha en la que se designó a los magistrados.

El órgano tendría una vida azarosa ya que desde su propia instalación debió enfrentar dificultades como por ejemplo una importante carga procesal embalsada, la

27 La propuesta de la mayoría sería rebatida por Enrique Chirinos Soto y por grupos de la oposición quienes expresaban su preocupación por la amplitud de las facultades del órgano. Puede verse la discusión del punto en el Diario de los Debates, Tomo III, 10-08-93 al 3-09-93, pp. 1967 y siguientes.

necesidad de aprobar su reglamento normativo y demás disposiciones administrativas y presupuestales.

Entre los procesos que exigían atención se encontraban diferentes demandas de inconstitucionalidad como la vinculada a la LOTC, la de la Ley de interpretación auténtica, o la de la ley de amnistía, entre muchas otras idénticamente delicadas.

Las resoluciones comenzaron adoptándose por consenso pero en poco tiempo los Magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo se ubicaron como árbitros de las decisiones ya que para emitir una sentencia estimatoria se requerían, en aquel momento, seis votos conformes.

Como señala Cesar Landa fue la Resolución que declara inaplicable la ley de la reelección presidencial la que motivó una acusación constitucional contra tres magistrados del TC que acabaron siendo destituidos por infracción de la Constitución²⁸.

Con sólo 4 Magistrados el Tribunal se transformaría en un órgano de adorno donde los que permanecieron ejerciendo el cargo tuvieron buen cuidado de no afectar los intereses del gobierno sin mencionar que para atender demandas de inconstitucionalidad no contaba con el quórum exigido en la Ley Orgánica.

A partir del año 2000 con la restitución de los Magistrados que habían sido inhabilitados arbitrariamente y más tarde con la designación de cuatro nuevos Magistrados²⁹ se retornará a la normalidad institucional.

A partir de allí el Tribunal Constitucional realizará una vasta e importante labor jurisprudencial no exenta de claroscuros y puntos de vista o resoluciones cuestionables pero el balance general de esta experiencia que lleva poco más de una década de funcionamiento es, en mi opinión, claramente positivo.

En cuanto a sus funciones conoce en única y definitiva instancia de los procesos de inconstitucionalidad y de conflicto de competencias y atribuciones entre los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos o los gobiernos locales

28 Un amplio desarrollo de la cuestión puede encontrarse en Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Ed. Palestra, 3ª Edición, Lima 2004.

Los Magistrados expulsados presentaron su denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 2 de junio de 1997 mientras tramitaba un proceso de amparo que concluiría con la sentencia que declara infundada la demanda con fecha 16 de Julio de 1998 (Expediente 00358-1998-AA).

Con fecha 31 de Enero del 2001 la Corte Interamericana dicta sentencia declarando "... que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Previamente el propio estado peruano, al aprobar la Resolución Legislativa 007-2000 del 17 de noviembre de ese año, permitió la restitución de los defenestrados al dejar sin efecto las resoluciones mediante las que se les impuso la sanción de inhabilitación.

29 Los Magistrados nombrados por el Congreso fueron los Doctores Alva Orlandini, García Toma, Gonzalez Ojeda y Bardelli Lartirigoyen.

o regionales. Por último conoce sobre las resoluciones denegatorias de segundo grado que recaigan en los procesos de tutela de derechos³⁰.

Además de resolver casos el Tribunal Constitucional en su carácter de órgano de control fija pautas interpretativas por medio de la técnica del precedente³¹. Al respecto se ha dicho que “(...) por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros” (Expediente 03741-2004-AA, Fundamento Jurídico 36).

5. Conclusiones

Como hemos visto en nuestro sistema constitucional conviven el control difuso y el concentrado en un órgano constitucional autónomo. El Tribunal Constitucional es diseñado como el órgano de control de la carta y en consecuencia es quien tiene la última palabra en relación con su interpretación.

La norma suprema no incluye los términos “Supremo intérprete” contenidos en el artículo 1º de la Ley Orgánica pero ello no modifica en nada la posición que dentro del esquema del estado peruano le asignara el constituyente. Es quien tiene la última palabra en materia de constitucionalidad, en concreto por medio del control difuso³² o en abstracto por la vía del proceso de inconstitucionalidad, y en consecuencia es el órgano de cierre del sistema. Sus resoluciones no pueden ser revisadas y si se vulnera algún derecho contenido en los tratados podrá denunciarse al Estado Peruano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

La relación con los demás órganos del Estado, en general, y con el Poder Judicial en particular, son y serán siempre tensas, al fin y al cabo a nadie le resulta agradable que dejen sin efecto sus resoluciones y por lo tanto debemos acostumbrarnos a convivir con esa situación.

30 Si la resolución de segundo grado expedida por el Poder Judicial es estimatoria pero contraria al precedente o vulnera derechos fundamentales entonces procederá el amparo contra amparo cuyas reglas han sido expresamente desarrolladas por el Tribunal Constitucional en expedientes como 06189-2008-AA, 02997-2007-AA y 03908-2007-AA entre muchos otros.

31 El Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. Sin embargo el órgano no puede decidir arbitrariamente cuales reglas tendrán carácter de precedente ya que ha fijado las condiciones para su expedición en el caso 0024-2003-AI.

32 Corresponde destacar que si bien no cuenta con facultades para autoconvocarse la cuestión de constitucionalidad como sucede en el modelo español ello no le impide amplificar el efecto de lo resuelto en un proceso de amparo por medio del precedente constitucional o el estado de cosas inconstitucionales.

Estas tiranteces no se presentan sólo en nuestro país, en España por ejemplo una Sala Suprema condenó civilmente por culpa extracontractual a once Magistrados del Tribunal Constitucional al decidir la inadmisión de un recurso de amparo de manera negligente. En otro caso mantuvo su interpretación sobre el plazo de prescripción de los delitos “(...) pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63-2005”³³.

Toda vez que el órgano de control de la Constitución tiene competencia para revisar la “regularidad”³⁴ constitucional de las resoluciones del Poder Judicial podríamos decir que posee en relación con aquél una especie de rol prevalente que no suprime ni desnaturaliza su autonomía.

El Tribunal Constitucional es un órgano joven y si bien como ya señaláramos supra no es una innovación introducida por la Constitución de 1993, posee una escasa trayectoria institucional y por lo tanto todavía se producen discusiones sobre la necesidad de mantener o modificar el mecanismo de control concentrado.

De hecho no faltan quienes plantean, como alternativa, suprimir el Tribunal Constitucional atribuyendo su competencia a la Corte Suprema. Al respecto diremos que ello no resolvería los problemas que se pretenden enfrentar, las tensiones con los demás órganos se mantendrían pero con el sobrecosto de que se afectaría aún más la ya mellada confianza que merece el poder judicial. En segundo lugar creemos que una revisión interna de la legitimidad constitucional de las decisiones emitidas por el propio poder judicial no resulta suficientemente garantista sin mencionar que, en clave de separación de poderes, no es lo ideal que sea uno de los poderes del Estado el que expulse del ordenamiento las normas inconstitucionales. Por último diremos que en los sistemas jurídicos donde no hay tribunales constitucionales al Corte Suprema tiende a especializarse en materia constitucional como sucede en México, Estados Unidos o Argentina.

Estamos convencidos que con el paso del tiempo las decisiones del Tribunal Constitucional tenderán a estabilizarse y los demás órganos asimilarán de mejor manera sus decisiones sin desatar crisis que suelen adquirir ribetes “pugilísticos”³⁵.

En materia de jurisdicción constitucional, como en muchos otros campos, entendemos que no se requieren reformas legales o constitucionales sino ejercicio democrático ya que sólo la práctica permitirá limar las asperezas y asentar el funcionamiento de cada mecanismo.

33 Un amplio desarrollo del tema de la “Guerra de las Cortes” puede encontrarse en Pérez Tremps, Pablo, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Palestra, Lima 2006, pp. 150 y siguientes.

34 El inciso 2º del artículo 200 de la Constitución dispone que el amparo no procede contra resoluciones judiciales ya que no es una suprainstancia del Poder Judicial pero si el proceso no ha sido regular en el sentido de que se han vulnerado derechos fundamentales entonces procede su revisión.

35 Memorables han sido los enfrentamientos con el Jurado Nacional de Elecciones por el amparo electoral, los choques con el Poder Judicial por temas como casinos o las asperezas con el Congreso de la República por la regulación de la justicia militar.

EL “AMPARO COLECTIVO” DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EXPANSIVA

Daniel A. Sabsay

Abogado (UBA). Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II, Francia. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Invitado de las Universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España). Presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Director de la Carrera de Posgrado Especial de Derecho Constitucional (UBA)

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El Derecho Público argentino en la materia. II.1 Constitución del 53/60. II.2 La reforma de 1994. 3.- El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales. III.1 Consagración y evolución en el Derecho argentino. III.2 Cambios ocurridos luego de la reforma constitucional del 94. Ampliación de la figura. IV.- El denominado amparo colectivo. IV.1 Concepto, alcance y caracteres. IV.2 Soluciones al problema de la legitimación. IV.3 La experiencia en el cambio del medio ambiente. IV.4 Amparo colectivo y discriminación. V.- Evolución del amparo en la jurisprudencia surgida a partir de la reforma. VI.- Consideraciones finales.

I. Introducción

Los mecanismos de defensa de intereses públicos a favor de la sociedad civil constituyen una realidad que se asienta fundamentalmente en la incorporación de garantías en la Constitución argentina luego de la reforma de 1994, en particular gracias a la figura que aparece en el art. 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional (en adelante, CN). Comenzaremos con un breve desarrollo sobre la evolución que ha sufrido el derecho público argentino en la materia. Luego, nos ocuparemos de los cambios ocurridos en el texto constitucional a partir de su enmienda. A continuación, en sucesivas entradas, analizaremos la figura del amparo en el derecho público, sus antecedentes y experiencias; y, del “amparo colectivo”, en particular. Nuestro desarrollo se centrará en el estudio de este instituto. Se trata de una especie del género amparo que en el derecho público

argentino tuvo su reconocimiento, primero, en la jurisprudencia y luego en la ley. Claro que si bien el “amparo colectivo” presenta grosso modo las mismas características generales de tipo procedimental de su antecesor, sin embargo, encuentra una esfera de acción diferente como consecuencia de ciertos rasgos que le son propios.

Asimismo, queremos valorar sus implicancias, en tanto elemento para la participación ciudadana a través de la justicia, con gravitación en el fortalecimiento de la sociedad civil y de las organizaciones que la integran. A esos efectos se recurre a la observación de casos significativos, resueltos por la justicia luego de la reforma constitucional, tratando de encontrar bases generales de interpretación. Se analizan en particular sentencias de la Corte Suprema nacional que han permitido a partir del nuevo instituto, la creación de mecanismos que extienden su radio de acción. Por último, efectuaremos algunas reflexiones a modo de conclusión.

II. El derecho público argentino en la materia

II.1.- Constitución del 53/60

Nuestra constitución histórica sancionada en 1853, como típico exponente de ley fundamental decimonónica, o sea fiel a los postulados del constitucionalismo clásico, establecía una democracia –sin nombrarla pues utilizaba el término república– de corte exclusivamente representativo. Nuestra afirmación se ve confirmada con lo que expresa su artículo 22°, el que determina que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”. Esta disposición fue interpretada, por la doctrina y por la jurisprudencia como contraria a la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen sustituir a las autoridades en la toma de las decisiones gubernamentales. La misma actitud adoptó el legislador, ya que nunca intentó sancionar norma alguna orientada a dar cumplimiento a esa finalidad.

Sin embargo, es importante expresar que desde el derecho público provincial la situación ha sido diferente. En las constituciones de los estados provinciales aparecieron desde tiempos tempranos formas semidirectas de democracia. La tendencia fue iniciada por la provincia de Santa Fe en su constitución de 1921, que luego fue seguida por las de Córdoba y de Entre Ríos. También se pueden señalar los casos de referéndum constitucional adoptados en Buenos Aires y Mendoza (Vanossi, 1987:277). De esta manera de a poco en la mayoría de las provincias argentinas se practicaron consultas, referéndums e inclusive revocatorias de mandatos desde hace varias décadas. Claro que su utilización no ha sido de ninguna manera frecuente y se registró casi exclusivamente en la esfera municipal.

Pero, esta evolución que experimenta el derecho de las provincias se ve acentuada a partir de 1986 con la concreción de una “nueva etapa del constitucionalismo

provincial” que involucra la reforma de las leyes fundamentales de la mayoría de los estados provinciales y la sanción de las constituciones de la provincia de Tierra del Fuego y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La edificación de una democracia de tipo participativo es uno de los rasgos más destacables y que ha sido común a las constituciones de las provincias. Es así como a las formas semidirectas vienen a sumarse otros institutos de participación política no partidaria. Inclusive en los textos constitucionales la consagración de diversos canales institucionales de participación en las esferas sociales, profesionales, económicas etc., se ve precedida de la definición del régimen a través de expresiones contenidas en los preámbulos, como las siguientes: “consolidar un Estado democrático basado en la participación popular...” (La Rioja); “profundizar la democracia participativa en lo político, económico, social y cultural” (San Juan); “establecer una democracia pluralista y participativa” (Córdoba); entre muchos otros ejemplos (Calderón, 1990:530).

En lo que respecta a las garantías procesales constitucionales a favor de las personas eventualmente afectadas, tampoco del texto constitucional surge disposición alguna, con excepción de las garantías del proceso penal (art. 18º, C.N.). Su consagración en el derecho público nacional ha sido una creación de tipo pretoriano, es decir que su introducción ha sido la obra de la jurisprudencia, seguida luego por la legislación. Es de destacar que al igual que con las formas semidirectas, también en materia de garantías el constitucionalismo provincial se adelantó al nacional. Es así como en el mismo, coincidiendo asimismo con las nuevas leyes fundamentales, aparecen desde mediados de la década de 1980 un interesante abanico de garantías, que entre otras cuestiones consagran el reconocimiento y la defensa de los derechos de tercera generación, permitiendo el acceso a la justicia a quienes invocan la protección de intereses colectivos o difusos. Merece destacarse que estas disposiciones ya contaban con numerosísimos antecedentes en la legislación general de cada provincia. Será la jurisprudencia la que irá en todos los casos interpretando el contenido de esas cláusulas y de ese modo adaptándolo a las diferentes pretensiones que en defensa de intereses colectivos se presentan ante los estrados judiciales.

II.2.- La reforma de 1994

La reforma constitucional de 1994 marca un verdadero punto de inflexión en la evolución del derecho público nacional en la materia. En el fenómeno han incidido de manera preponderante el derecho público provincial de conformidad con lo ya comentado y por supuesto, el derecho comparado. Los cambios giran, principalmente, en torno a la incorporación de un nuevo capítulo a la parte dogmática –“nuevos derechos y garantías”(arts. 36 a 43CN)– y de la modificación del régimen de los tratados internacionales.

Una serie de artículos ingresados con la reforma, tienden básicamente a modificar y aumentar el plexo de derechos, libertades y garantías individuales. Este acrecimiento se visualiza no sólo a través de artículos que explicitan o expresan muchos de los que

eran considerados “derechos implícitos” con base en el art. 33° CN, sino también por la norma del art. 75°, inc. 22, que otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia precisamente de derechos humanos (Alice, 1995:3). A lo apuntado es importante agregar que dentro del citado capítulo se institucionalizan, por primera vez en la Constitución nacional, las formas de democracia semidirectas.

Las nuevas cláusulas constitucionales receptan dos formas semidirectas de democracia, que producen modificaciones en el principio establecido en el artículo 22°, ya que admiten la participación popular en la adopción de decisiones (Sabsay y Onaindia, 1995:138). Se introducen dos modalidades, la iniciativa popular para la presentación de proyectos legislativos ante el Congreso y la consulta popular, como instrumento con que cuenta en adelante la autoridad –el primer mandatario o el Congreso, vía la Cámara de Diputados– para compulsar el estado de la opinión pública en relación con cierto tipo de materias (arts. 39 y 40 CN). El constituyente nacional ha sido mucho más tímido que el provincial en el tratamiento de esta cuestión, pero no se puede dejar de desconocer que en relación con la situación imperante con anterioridad, se ha producido un importante salto cualitativo. Hacemos esta afirmación en razón de que los textos constitucionales provinciales reconocen un amplio abanico de formas semidirectas, no sólo el plebiscito consultivo y la iniciativa popular como ocurre con la nacional.

La constitución en su actual redacción presenta como canales de participación y control ciudadanos los institutos que acabamos de aludir y cuatro garantías, dos de las cuales ya existían con anterioridad –el amparo individual y el hábeas corpus– aunque ahora se les ha dado una extensión mayor, a las que se suman dos nuevos instrumentos: el hábeas data y el amparo “colectivo”. Estas dos últimas han sido tomadas del derecho provincial, pues la mayor parte de las constituciones de provincia, ya las habían adoptado tiempo atrás.

Nos ocuparemos del amparo “colectivo”. La elección que hacemos de esta institución surge de una valoración que nos lleva a descartar a las restantes. En lo relativo a las garantías, tanto el amparo individual, como el hábeas corpus y el hábeas data persiguen la protección de la persona afectada que se encuentra legitimada para accionar ante la justicia, en tanto titular de un derecho subjetivo. Es cierto que las decisiones judiciales recaídas en este tipo de procesos la mayoría de las veces tienen consecuencias que se proyectan de manera indirecta sobre otras personas, además del accionante. Pero, ello es una consecuencia tangencial, producto de la importancia de los valores en juego y de ninguna manera un efecto directo del proceso en sí mismo. En lo relativo al hábeas data se trata de un camino para la obtención de información propia del accionante, en la medida que se pueda ver afectado por la existencia de la misma en archivos públicos o privados, como consecuencia de los motivos que la propia norma establece. Creemos que estas razones son suficientemente concluyentes en sí mismas para explicar nuestra decisión, dado lo cual las partes restantes del documento estarán consagradas exclusivamente al análisis del amparo.

III. El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales

Se ha definido comúnmente al amparo como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos de la libertad física (pues ella está protegida por el hábeas corpus), que tiene un ámbito distinto del de los procesos ordinarios, por cuanto éstos –por su propia naturaleza– no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente conculcados, lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo (Ekmekdjian. 1991:227).

III.1.- Consagración y evolución en el derecho argentino

El amparo aparece por primera vez en América Latina en la constitución mexicana de Yucatán de 1840 y luego es retomado en todo su vigor por la de 1917. Esta ley fundamental al igual que la de Brasil, bajo la denominación de mandado de segurança le dan gran fuerza a la institución. Es de destacar la ley orgánica de amparo de Venezuela de 1985, la que constituye un verdadero código en la materia. Pero, a nivel de nuestro continente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prevé la aplicación del amparo en su art. 24º a los países signatarios del mismo. Dicha disposición establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales.

Esta acción en nuestro país tuvo su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los famosos “leading cases” Siri y Kot, que admitieron, pese a la ausencia de regulación procesal específica, la existencia de una vía destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el hábeas corpus, ya que se estimó que los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclamaban de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio plenos de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho (Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN, Fallos, 239:463). En el caso Siri se protegía la libertad de prensa frente a una violación del poder público. Mientras que en el otro precedente se admitió la acción respecto de una violación proveniente de particulares.

El Alto Tribunal en la mencionada jurisprudencia determina las características de la acción al considerarla como excepcional. Asimismo, considera que ella está reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales del hombre. La regulación legislativa recién aparecería una década después (1966-68) con la sanción de la ley 16.986 que reglamentó el amparo contra actos de autoridad, mientras que en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se da cabida a esta acción cuando va dirigida contra actos de particulares (art. 321º, inc. 2).

Sobre el perfil de la institución en nuestro derecho público nos parecen importantes las siguientes observaciones de uno de los más destacados estudiosos de las garantías procesales de rango constitucional: “hemos interpretado, desde su sanción, que la constitucionalización del amparo importó –como se desprende de la lectura de la norma– emancipar a esa nobilísima institución de cualquier vasallaje procesal. Su ejercicio –en las condiciones y observando los presupuestos que determina la misma disposición– es directo, principal y no subsidiario” (Morello. 1995:1). Luego, nuestro autor trae la opinión del ministro de la Corte Suprema Belluscio, quien ha precisado con rigor el verdadero emplazamiento del amparo en el marco de la Constitución, habida cuenta de que el obvio carácter iuspublicista de la institución y su valor instrumental, es decir, de instrumento ágil, eficaz y expeditivo para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, obliga a centrar el examen de la conducta estatal (lo mismo de ser la de los particulares, o grupos económicos) que “en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos que la Constitución Nacional consagra en favor del actor”.

En relación con las cuestiones procesales el citado magistrado consideró que la Corte Suprema ha subrayado con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (CSJN, Fallos, 239:459; 241:291; 307:2174, consid. 10). Se trata de la opinión del Dr. Belluscio contenida en el fallo “Video Club Dreams vs. Instituto Nacional de Cinematografía” del 6/6/95.

III.2.- Cambios ocurridos luego de la reforma constitucional del 94. Ampliación de la figura

La incorporación del amparo al texto constitucional trajo aparejadas varias innovaciones en relación con lo que establecían la ley 16.986 y los arts. 321º, inc. 2 y 498º del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación. Al respecto la norma constitucional prevé las dos formas de amparo ya reguladas en nuestra legislación –contra actos del Estado y contra actos de particulares– y exige para su admisibilidad formal la inexistencia de otro medio judicial hábil para hacer cesar la violación, restricción ilegítima o peligro que impida el goce y ejercicio de un derecho. En este punto nos parece importante aclarar que aunque existieran otras vías judiciales, para que el amparo sea de todas maneras viable basta con probar que las primeras no resultaban aptas para lograr la protección que se persigue y en definitiva conseguir que cese el acto que origina la lesión. Es decir que el amparo resulta ser más apto y efectivo para dar cumplimiento a este objetivo que los restantes caminos jurisdiccionales.

Sobre lo antedicho nos parece importante la siguiente reflexión: “Es dable (...) interpretar que en esta referencia al medio judicial más idóneo, el hecho de que la

norma omita aludir a vías administrativas equivale a no obstruir la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa” (Bidart Campos. 1995: 312).

El constituyente ha seguido la redacción del art. 1° de la mencionada ley para categorizar los actos respecto de los cuales puede interponerse la acción de amparo, destacándose que la lesión al derecho afectado puede también provenir de un “no hacer” y no sólo de un acto positivo.

La nueva norma constitucional permite el ejercicio de esta acción no sólo para garantizar el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquéllos contemplados en tratados internacionales o en leyes comunes. Dado el nuevo orden de prelación de las leyes, surgido de las modificaciones introducidas en el artículo 75°, incisos 22 y 24 CN, esta ampliación del ámbito de actuación del amparo resulta trascendente y le concede un alcance compatible con la protección que intenta otorgar a los derechos humanos la comunidad internacional.

Además, y en consonancia con lo que expresaba una doctrina cada vez más numerosa, el constituyente avanza en materia de control de constitucionalidad ya que le concede al juez que entienda en la acción la potestad de “declarar –precisamente– la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”, solución que por otra parte ya había sido enunciada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Peralta” (La Ley 1991-C-158; El Derecho 141 p. 523 y Jurisprudencia Argentina 1991-IV-66).

A diferencia de los antecedentes citados, ahora estamos frente a una acción, ante un acceso supletorio a la jurisdicción. Debe tratarse de actos de arbitrariedad o de ilegalidad manifiesta, sin embargo la prueba no puede ser dificultosa o pesada, pues de ser así pierde el instrumento su carácter de remedio procesal rápido y expedito. Por otra parte, debe existir lesión actual o amenaza cierta de ello.

El gran cambio que la nueva norma plantea también se refleja en el tema crucial relativo a la legitimación activa. Es decir a la amplitud que se le concede a los eventuales accionantes. Sobre este tema trataremos en el próximo capítulo, ya que exige hacer una clasificación de las personas legitimadas en función del tipo de interés perseguido y de acción individual o colectiva que se pretenda deducir.

IV. El denominado amparo colectivo

La modalidad más novedosa para nuestro derecho público, en materia de garantías, incorporada por la reforma constitucional es sin duda el amparo colectivo, el art. 43° establece al respecto:

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización” (2° párrafo)

Abordaremos nuestro tema a través del análisis del concepto, de su alcance y caracteres, para luego observar los campos que él protege, el análisis de la jurisprudencia y por último, extraer algunas conclusiones.

IV.1.- Concepto, alcance y caracteres

Se trata de una ampliación del amparo individual o clásico. Esta extensión involucra a dos elementos de la relación susceptibles de suscitar el ejercicio del amparo; ellos son: los derechos afectados o restringidos y los sujetos legitimados para su interposición. En cuanto a lo primero la nueva norma constitucional avanza sobre la regulación legal de la acción y en consonancia con los derechos consagrados en los nuevos artículos 41° y 42° CN, amplía el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente y del consumidor. Asimismo, irrumpe en la consideración de la problemática de la discriminación, como causal pasible de ser invocada para el acceso a la jurisdicción.

En este punto cabe destacar que a pesar de que la reforma de 1994 amplió a los legitimados activos para interponer una acción de amparo, que precedentemente sólo podía serlo por los particulares damnificados, esto no quiere decir que se pueda proteger todo tipo de derecho, sino sólo con respecto a los derechos de incidencia colectiva. Así lo ha afirmado la CSJN en: Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Estado Nacional Secretaría de Energía de la Nación, 04/09/2007, DJ, 2007-III, 601, LA LEY, 2007-F, 115, LA LEY 22/01/2008, 3, AR/JUR/5141/2007

En relación con el primer punto nos encontramos frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva (expresión a la que recurre el propio constituyente en la redacción de la citada disposición). Detrás de esta categoría de derechos subyace una gama variada de intereses difusos, cuya violación afecta a la comunidad en su conjunto o por lo menos a una importante porción de ella, sin

desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares de resultados de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios.

Sabido es que los derechos de tercera generación persiguen la protección de intereses difusos. Es decir de aquellos que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias. Estos caracteres plantean una seria dificultad de tipo procesal en cuanto a la defensa jurisdiccional de estos intereses. Se trata de determinar quién está habilitado para accionar ante la justicia, cuando no se puede invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo para ello. Y, de este modo nos introducimos en la consideración del segundo elemento invocado al comienzo, el problema de la legitimación activa.

Esta cuestión ha sido tratada y ha evolucionado, sobre todo, en relación con la defensa del derecho a un ambiente sano. Se trató de resolver el problema del hombre y su entorno vital. La humanidad se enfrenta con la cuestión de establecer un ordenamiento jurídico que regule las relaciones de derecho público y privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional de los recursos humanos y a la preservación del medio ambiente con el propósito fundamental de asegurar una calidad de vida sana y equilibrada y, a la vez, mantener un desarrollo sostenible que garantice iguales condiciones para las futuras generaciones. Además, la defensa muchas veces debe concretarse antes de producirse la lesión, o sea ante la amenaza que puede provocar un proyecto o una obra o un uso a darle a un recurso. Por lo tanto estaremos frente a la necesidad de articular una acción preventiva que se adelante al acaecimiento de los hechos como manera de evitar la producción de daños. Frente a tal situación, ¿quiénes se encuentran legitimados?

Se trata de un gran desafío para el derecho procesal y para el derecho administrativo. Se amplía el trípod: derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple. Estamos en presencia de una situación particular ya que estos intereses no están en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran diseminados entre todos los integrantes de la comunidad. Además los afectados no están relacionados por un vínculo previo y concertado. De todos modos queda en pie la necesidad de protección debida a los intereses cuando ha habido perjuicio. Pero, perdura la dificultad cuando el mismo no ha ocurrido.

El derecho constitucional va dando respuesta desde su óptica a una altísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados, pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental. Se trata de una coparticipación colectiva de intereses.

¿Cómo proteger entonces la lesión al ambiente o a otro bien de tipo colectivo? Surge entonces la necesidad de ampliar la clásica trilogía. Deben ingresar los intereses

difusos en la jerarquía constitucional. En la especie se tiene parte en un interés colectivo y supraindividual, ello constituye la faz subjetiva de la cuestión. Es decir que si bien no se puede demostrar un perjuicio personal o actual, de todos modos quien participa de esta suerte de relación consorcial, compuesta por todos los damnificados actuales o potenciales, puede invocar una suerte de “cuota parte” que en tanto participe en la cuestión le da derecho a recurrir a la justicia.

IV.2.- Soluciones al problema de la legitimación

A) Modelos comparados:

- a) Ombudsman.
- b) El “denunciante” o “fiscal privado” (Gran Bretaña).
- c) Organizaciones no gubernamentales registradas a esos efectos.
- d) “Class actions”. En los EE.UU. se trata de una modalidad contemplada sobretudo a nivel estadual. Ellas son muy utilizadas en las demandas por actos ilícitos extracontractuales. Caso de la multa impuesta por un jurado de Alaska a los accionistas de la Exxon Corporation a favor de los vecinos de ese Estado. Era sólo necesario acreditar la residencia allí.
- e) Acciones populares. Un ejemplo de este tipo de instrumento lo encontramos en la constitución de Colombia (1991) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996).
- f) Amparo colectivo.

B) Argentina, antecedentes:

Tribunal de 1º Instancia Civil, Com y Minas de Mendoza N° 4 (2/VIII/86) “es procedente recurrir a la acción de amparo para brindar efectiva protección a los intereses colectivos e impedir que la acción u omisión del Estado o de los particulares hagan ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales(...), para resolver la cuestión acerca de la legitimación de quienes requieren protección jurisdiccional para los intereses colectivos por su pertenencia indiferenciada a un número indeterminado de personas, las técnicas clásicas de protección jurisdiccional se revelan ineficaces, tal vez porque están imbuidas de un criterio excesivamente individualista y patrimonial de la juridicidad”.

Ley 10.000 de la provincia de Santa Fe de protección de intereses difusos. Se trata de un medio procesal abreviado. Desde su inicio, sin necesidad de prestar fianza, se traba una medida cautelar para evitar mayores perjuicios. Si se admite la demanda, el juez debe indicar concretamente la conducta que deberá observar la autoridad y el plazo dentro del cual deberá hacerlo. Salvo en caso de propósitos manifiestamente maliciosos, el actor popular nunca puede ser condenado en costas, alentándose así la participación cívica. Incumplida la sentencia dentro del plazo fijado al efecto, el

juez, a petición de parte, puede adoptar todas aquellas medidas que procedan en derecho para que la sentencia se cumpla, pudiendo aplicar sanciones pecuniarias personales al funcionario contumaz y sin perjuicio de remitir los antecedentes a la justicia penal para que se le inicie proceso por incumplimiento de los deberes de funcionario público. Pueden promover esta acción los habitantes de la provincia que posean un interés simple o difuso lesionado. También pueden promoverla el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas o asociaciones específicamente constituidas con la finalidad de defender el interés en juego. Ella se da contra cualquier decisión, acto, omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o personas o entidades privadas en ejercicio de funciones públicas que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia.

Junto a los ejemplos citados podemos recurrir a otros supuestos de legitimación reconocidos en el derecho positivo argentino para la defensa de derechos ajenos o compartidos:

- Legitimación del Ministerio Público, ley 1893, art. 117º, inc. 6.
- Legitimación del Ministerio pupilar, ley 1893, art. 140º.
- Controlador General de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (Ordenanza n° 40.839) para tutelar intereses de la comunidad.

También se les reconoce la posibilidad de accionar a particulares, en los siguientes supuestos:

- Para que se declare insano al demente furioso o que incomode a los vecinos (Código Civil, art. 144, inc. 5º).
- Para la detención y entrega del delincuente que se encuentre in fraganti (art. 3, Código Penal).
- Para la interposición del recurso de hábeas corpus a favor de tercero.
- En defensa de derechos electorales (art. 90, Código Electoral).

C) La legitimación en el art. 43, segundo párrafo C.N.

La reforma reconoce legitimación propiamente dicha a favor de tres sujetos:

a) El “afectado”: la situación ha quedado despejada con la instrumentación de esta herramienta jurídica (el amparo colectivo), gracias a la interpretación judicial que a lo largo del tiempo transcurrido ha fijado su verdadero alcance. Ello pese a que el término afectado resulta por demás enigmático y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Por una parte, una visión restringida, estima por afectado a aquel que es titular de un derecho subjetivo. Por otra parte, la posición amplia, piensa que una interpretación conjunta de los términos “afectado” y “derechos de incidencia colectiva en general”,

permite suponer una consagración de la legitimación para actuar a cualquier afectado en reclamo de derechos colectivos. Para el análisis de este tema recomendamos la lectura de los siguientes autores: Favorables a la postura amplia: Walsh, J. R.: “El medio ambiente en la nueva Constitución argentina”. La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, Año 1, N° 1 (6/12/94). Sostienen una interpretación similar, entre otros: Bidart Campos, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo VI, “La reforma constitucional de 1994”, Ediar, Bs. As. 1995 y “La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución”, El Derecho, 6/2/96; Morello, A.M.: “El amparo después de la reforma constitucional, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 1994, n° 7; Gozáini, O. A.: “La noción de afectado y el derecho de amparo”, El Derecho del 22/11/95.

Sagüés, Morello y B. Campos entienden que con la palabra “afectado” se cubre la legitimación para amparar intereses difusos (de incidencia colectiva general). Se debe acreditar un mínimo interés razonable y suficiente, de conformidad con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales. El derecho subjetivo está reservado para la primera parte del artículo, en cambio en la segunda es evidente que no se contemplan agresiones o daños de carácter personal o particular, sino que se está aludiendo a derechos supraindividuales de incidencia colectiva, que no son otros que los llamados intereses difusos.

En la vereda de enfrente, es decir favorable a la doctrina restringida que asimila al afectado con el titular de un derecho subjetivo y por lo tanto que persigue la satisfacción de un interés legítimo se ubican principalmente Cassagne, quien considera que: “si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art. 43°, 1° parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir, de una persona que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular al que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y Asociaciones de interés público) la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares” (Cassagne. 1995:3) y en el mismo sentido (Barra:1994:1043).

b) Defensor del Pueblo: su habilitación es una resultante del papel que cumple este nuevo actor institucional como instancia pública de defensa de los intereses generales.

c) Asociaciones registradas: A pesar de que la Constitución habla de la necesidad de la sanción de una ley reglamentaria que establezca las exigencias para que este tipo de entidades puedan constituirse en legitimadas activas, ante el silencio del Legislativo, la respuesta ha venido de la jurisprudencia que ha adoptado criterios amplios de admisión.

La CSJN en los fallos que se reseñan más adelante ha entendido en relación con los requisitos necesarios que, la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien asume su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo, siendo esencial que se arbitre en cada caso un procedimiento que garantice la adecuada notificación de todas las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio, y que se implementen medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto. CS, Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04, 24/02/2009, con nota de Juan Vicente Sola, LA LEY, 2009-B, 157, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico, LA LEY, 2009-B, 189; RCyS, 2009-III, 71, con nota de Gregorio Badeni, LA LEY, 2009-B, 259; Sup. Adm., 2009 (marzo) Sup. Adm. 2009 (marzo), 60, con nota de Daniel Alberto Sabsay, LA LEY, 2009-B, 404; con nota de Carlos Aníbal Rodríguez DJ, 25/03/2009, 729, ED, 2009-03-25, Sup. Const. 2009 (marzo) con nota de María Angélica Gelli, Sup. Const., 2009 (marzo), 33, con nota de Mariana Catalano; Lorena González Rodríguez, LA LEY, 2009-B, 601, con nota de Juan Carlos Cassagne, LA LEY, 2009-B, 649, 2009-B, 463, con nota de María Angélica Gelli, LA LEY 2009-B, 568; con nota de Fernando De La Rúa; Bernardo Saravia Frías LA LEY, 2009-C, 251, Sup. Const. 2009 (mayo), con nota de Claudio D. Gómez; Marcelo J. Salomón LA LEY, 2009-C, 341, con nota de Ramiro Rosales Cuello; Javier D. Guiridlian Larosa, LA LEY, 13/07/2009, 10, LLP, 2009 (junio); con nota de Mariano A. Moyano, LLP, 2009 (junio), 563; DJ, 07/10/2009 con nota de José María Salgado DJ, 07/10/2009, 2813, LA LEY 27/11/2009; con nota de Luis Francisco Lozano, LA LEY, 2009-F, 782; con nota de Griselda Isabel Bard.

IV.3.- La experiencia en el campo del medio ambiente.

Como adelantáramos precedentemente, la defensa de los intereses difusos y la ampliación de la legitimación activa para posibilitar la apertura de la justicia, rompiendo con los esquemas procesales clásicos, ha venido de la mano, en gran medida, de la defensa del ambiente. Precisamente en la Argentina ha sido una sentencia en esta materia la que poco después de la reforma ha abierto la instancia jurisdiccional de resultados de la utilización de este tipo de amparo. Al respecto veamos los siguientes precedentes:

Un pronunciamiento de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala III, 8/9/94 (Schroder, Juan c/Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales) s/amparo, E.D. 14/12/94), ha establecido una primera interpretación del alcance de la legitimación que establece la norma a los efectos de la defensa de intereses de tipo colectivo. Al respecto, le reconoce legitimación a un vecino de la localidad elegida para la construcción de una planta de tratamiento de residuos peligrosos. El nombrado entra dentro de la categoría de “afectado” y se considera válida su pretensión de anular

el correspondiente procedimiento licitatorio. En lo relativo a esto último la sentencia hace valer el derecho consagrado en el art. 41º de la constitución nacional. Asimismo, considera luego de una detallada fundamentación que en la especie no se ha cumplido con los requisitos de evaluación del impacto, ni de celebración de audiencias públicas, prescriptos en la ley 24.051, de resididos peligrosos. En cuanto a la legitimación del amparista la Corte expresa que “el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego, los requisitos señalados, ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”.

Luego del citado fallo se produce otro pronunciamiento en el mismo sentido (Seiler, M. L. c.MCBA s/amparo (CNCiv., sala D, agosto 28-1995, publicado en El Derecho 22/11/95, con nota de Osvaldo Gozaini). Nos parecen relevantes los siguientes considerandos de dicha sentencia: “Cualquiera sea la posición que se adopte frente al art. 43 de la Constitución Nacional, no cabe duda de que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentra ubicado a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de un modo directo”.

En la causa Moro y otros c/Municipalidad de Paraná, el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos, ha considerado que los magistrados intervinientes en las dos instancias del juicio adhieren a la postura amplia de consideración del término “afectado”. En tal sentido su actitud se inscribe en el mismo camino que con posterioridad a la reforma constitucional han transitado los otros dos casos citados. En el presente fallo, al igual que en los dos anteriores el “afectado” aparece de algún modo bajo el ropaje de “vecino”. Es cierto que en esta sentencia no se utiliza el término, como en sus precedentes, pero de hecho se le reconoce calidad de amparistas a un grupo de personas que en su calidad de ciudadanos y de vecinos próximos al lugar donde se está efectuando la construcción de un albergue deportivo, se sienten agraviados por los efectos que sobre el ambiente producirá dicho emprendimiento. En este caso se extiende la noción de ambiente a la defensa del patrimonio histórico y cultural, ya que la obra que se estaba efectuando atacaba el Parque Rivadavia en su fisonomía y modo de utilización y por ello producía un daño grave e irreparable (de llegar a su culminación) en el entorno “histórico-referencial” dentro del cual transcurre la existencia de una comunidad humana.

IV.4.- Amparo colectivo y discriminación

Es materia de discriminación, la figura ofrece un amplio campo de acción que permite la aplicación en ámbitos diversos de aquellos estrictamente considerados dentro de los derechos de tercera generación. Así, nos parece que esta consideración puede abrir la legitimación a grupos o individuos que invoquen un interés de resultas

de actos u omisiones basados en normas que desconocen de manera arbitraria y manifiesta los derechos fundamentales surgidos de la Constitución y de los tratados internacionales, sobre todo de aquellos que tienen jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22 CN). Todo este tipo de transgresiones, en la medida que afecten los derechos sociales, políticos, culturales o económicos, pueden traer aparejada la discriminación que menoscabe a un grupo determinado de personas, sea por su posición económica o social o por cualquiera de las restantes causales consideradas en el derecho internacional de los derechos humanos. En este punto nos parecer fundamental rastrear las bases para la operatividad de este tipo de tratados. Al respecto, existe una abundante jurisprudencia comparada, ya que en última instancia acá se encuentra el secreto sobre la eventual aplicación de estas cláusulas. “El tema central que domina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la ejecución o “enforcement”. Desde el punto de vista del individuo, la consideración primaria será la medida o extensión en que las disposiciones de los tratados tienen efecto dentro del sistema jurídico interno” (Travieso: 1996, 142).

Cuando el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos) (art. 1), aprobado por la ley 23.054, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) establecen el deber de los Estados de respetar y garantizar todos los derechos que cada uno de tales tratados contiene obligan a no discriminar para su ejercicio entre las personas. Y cuando enunciativamente mencionan cuáles son los motivos por los cuales queda prohibida la discriminación, citan “..., posición económica” o “cualquier otra condición social”.

P. e.: Art. 2.2. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Recordemos que los tres instrumentos citados poseen jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, no olvidemos que todos estos tratados son los que de conformidad con lo que dispone el nuevo inc. 23 del artículo 75 CN, obligan a la promoción y a la adopción de medidas positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos. Si trasladamos nuestro razonamiento a una situación concreta como ha sido el conflicto que surgió entre la ley de Educación Superior, en particular en sus preceptos relativos a la posibilidad de suprimir la gratuidad de la enseñanza universitaria, consideramos que los mismos se oponen a cláusulas tanto constitucionales como convencionales.

Ahora bien, si esto debe ser así por prescripción contenida en nuestra ley fundamental, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales el Estado argentino se obliga entre otros a garantizar el pleno goce del derecho a la educación, estipulándose el establecimiento progresivo de la gratuidad de la enseñanza media y universitaria (conf. arts. 1 a 4), no hay duda de que la nueva ley en sus disposiciones relativas al arancelamiento, lejos de promover la profundización de este derecho lo devalúa, contradiciendo abiertamente el programa establecido por el constituyente en la materia y los compromisos internacionales contraídos.

Continuando con el hilo de nuestro razonamiento consideramos que en la especie se produce discriminación por causa de posición económica y/o de condición social en la medida que quienes no cuenten con los medios para afrontar los pagos que un eventual arancelamiento suponga, quedan privados del goce del derecho humano fundamental a la educación universitaria.

* 2. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; (...)”.

Este mismo razonamiento puede aplicarse en relación con las disposiciones en materia de derecho del trabajo susceptibles de cercenar su alcance, como ocurrió en la década del 90 del siglo pasado en Argentina, p.e. con la ley de riesgos del trabajo, entre otras.

V. Evolución del amparo en la jurisprudencia surgida a partir de la reforma

En este capítulo queremos hacer referencia a lo que consideramos como una sana evolución lograda de la mano de la aplicación judicial en materia de amparo en general, independientemente de su categoría individual o colectiva. No olvidemos que la creación jurisprudencial de nuestra figura fue luego objeto de legislación, como ya ha quedado dicho al principio, y que la respectiva ley 16.986, “muchas veces funcionó para relativizarlo, cuando no para neutralizarlo (...) Si computamos las distintas obturaciones que ha padecido, veremos que el amparo fue concebido en nuestro medio jurídico como un andamiaje subsidiario. Cuando se insiste en la exigencia de haber dejado exhaustos a los demás procedimientos administrativos y/o judiciales, o cuando se circunscribe a un radio limitado el alcance del conocimiento del juez amparista, se está diciendo –ni más ni menos– que el amparo deviene un último recurso, luego de haber intentado todos los demás mecanismos posibles que depara el ordenamiento jurídico en su arsenal procesal”(Carnota. 1995:1 y 2).

Lo interesante es que precisamente la nueva jurisprudencia ha tendido a considerar al amparo como alternativa principal y no subsidiaria. En el caso que da lugar a la cita se ventilaba la privación irregular de un beneficio de jubilación y procesalmente existían otras vías además del amparo para hacer lugar al requerimiento. Claro que ninguna era tan adecuada en razón a la consideración del derecho a la vida, en tanto y cuanto se trataba de una persona anciana que sólo podía verse satisfecha en su pretensión si recibía respuesta de la manera más rápida posible. Precisamente la sentencia de la Cámara Nacional de Seguridad Social III del 23/12/94, consideró que frente a un acto administrativo que había extinguido de manera arbitraria un beneficio jubilatorio, cabía abrir la vía del amparo en razón del riesgo “para su vida causados por el acto cuestionado” para su titular.

Otro caso interesante hizo lugar a la acción de amparo intentada por una persona a la que el Instituto de Obra Social le había retirado las prestaciones médico-asistenciales. Para hacer lugar a la pretensión la decisión considera que con la reforma han quedado derogados los condicionamientos impuestos por el artículo 2 de la ley 16.986. Sobre tan trascendente fallo destacamos los siguientes considerandos del voto del Dr. Pérez Delgado: “Un texto legal que ha reglamentado el amparo sobre la base de un distinto soporte constitucional, no se puede considerar vigente frente a un nuevo texto de la Constitución que lo ha regulado de modo autosuficiente”. La decisión se apoya en la doctrina Morello, Spota y en particular el magistrado cita la opinión de Rivas, “quien además, sostiene expresamente que el nuevo texto constitucional importa la derogación de los condicionamientos impuestos por el art. 2 de la ley 16.986, inclusive el plazo de caducidad que contemplaba el inc.e”(Guezamburu, I c/IOS s/Amparo-Causa 30.317/95).

Además, los jueces han decidido sobre la operatividad inmediata del amparo; y, en consecuencia no han esperado ley reglamentaria alguna para hacer lugar a los amparos que eran sometidos a su consideración. Han aplicado la argumentación derivada de los casos “Siri”(1957) y “Kot”(1958), que en lo fundamental estableció que: “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (CSJN, Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto de manifiesto su voluntad de proseguir en la expansión de los efectos de la cláusula del art. 43, párrafo segundo con la creación pretoriana del instituto de la acción de clase. Así en el ya célebre caso “Halabi” quedó consagrada esa innovación que según el mismo tribunal se entronca con los avances producidos por el Máximo Tribunal argentino desde los casos ya citados “Siri” y “Kot”.

En efecto, como consecuencia de un amparo interpuesto por un abogado contra las disposiciones de una ley que autorizó la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet por entender que las mismas eran violatorias de las garantías constitucionales reconocidas en los artículos 18 y 19 de nuestra Ley Fundamental, lleva a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) a pronunciarse sobre un abanico de tópicos cruciales por sus consecuencias sobre la protección de las libertades fundamentales. Se trata de cuestiones tanto de índole sustancial, ya que se define el alcance de los límites que el Estado puede imponer al ejercicio de estos derechos, la relación entre los mismos y otros bienes jurídicos; como así también, aspectos de derecho procesal constitucional, rama afortunadamente cada vez más prolífica en innovaciones, muchas de las cuales proceden de la creación pretoriana que ha venido acumulándose de la mano de la CSJN en su actual composición. En efecto, es en este punto en el que se sitúa el reconocimiento de un nuevo remedio procesal para nuestro derecho positivo vigente, las acciones de clase, respecto de las cuales el sentenciante determina el alcance, los recaudos que deben reunirse para asegurar su viabilidad y los efectos de las sentencias recaídas en este tipo de procesos. En el marco de este capítulo instrumental cabe destacar la tipología que hace la CSJN sobre las diferentes categorías de derechos y sus consecuencias sobre la respectiva protección judicial.

La CSJN considera que para poder dilucidar esta cuestión crucial, que es nada menos que la llave para llegar a la justicia, “es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte” (del considerando 8º). A partir de esa reflexión la CSJN precisa las tres categorías de derechos y el modo como se plantea la respectiva protección judicial. Se trata de los derechos “individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”. Es cierto sostiene la CSJN que es necesario que toda pretensión revista la calidad de caso, ya que conforme a nuestro sistema de control de constitucionalidad, ella no puede llevar a cabo la verificación de la legalidad en abstracto. Pero, en cada una de las especies propuestas, el examen requiere de la concurrencia de diferentes recaudos. Recuerda entonces como principio general que sólo su titular puede perseguir la defensa de un bien individual. Esto ocurre en relación con los derechos de primera generación contemplados básicamente en el artículo 14 de la Constitución y por lo tanto en la especie cabe aplicar el principio del derecho procesal que formulara Von Ihering, quien al respecto manifestó que el interés es la medida de todas las acciones. De allí que para la legitimación activa debe verificarse además de que se esté ante el titular del derecho, que éste haya sufrido un daño en su persona o en su patrimonio y que exista una relación de causalidad entre el mismo y el hecho que lo ha producido, o sea que se trate del particular damnificado. Estos derechos son los mencionados en el primer párrafo del artículo 43 CN y a la herramienta no por casualidad se la conoce en doctrina bajo el nombre de “amparo individual”, la que –recuerda la Corte– fue reconocida en “Siri” y “Kot”.

Luego la CSJN alude a los derechos de incidencia colectiva, correspondientes a la segunda generación, en los que reconoce dos elementos fundamentales que hacen a su esencia, el bien colectivo a cuya tutela apunta la petición que “pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos” (del considerando 11). El segundo elemento tiene que ver con el hecho de que “la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.” Por lo tanto lo que se trata de reparar es ese bien social, colectivo, perteneciente a la comunidad, ya que para las incidencias de tipo individual existe para su titular otra vía diferente, si se diera una situación que ante las particularidades del caso también resultaran afectados bienes individuales.

La última categoría para la Corte también surge de la misma disposición que menciona los derechos correspondientes a la anterior –art. 43, 2º párr.– y es la que denomina “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”, podría tratarse por ejemplo para la Corte de “los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”.

A través de este activismo judicial la CSJN va haciendo realidad el objetivo que de manera premonitoria y militante nos marcara hace ya más de dos décadas el maestro Bidart Campos con su célebre teoría sobre “la fuerza imperativa de la Constitución” y los diferentes corolarios que de la misma se derivan. En efecto, coincidimos en que ningún sentido tiene el ser titular de un derecho si ante su violación, su plena vigencia no puede ser velozmente reestablecida dada la ausencia de mecanismos aptos para ello. La Corte es por demás elocuente al respecto cuando expresa, luego de constatar la falta de reglamentación legislativa del instrumento procesal apropiado, que es ella la que debe hacerlo en aras de asegurar la defensa de los derechos que han sido conculcados en violación de la Constitución, no sin antes poner de manifiesto la mora del legislador en llevar a cabo este cometido y la obligación que sobre él pesa de llenar cuanto antes el vacío normativo.

En el marco de una clara protección de la esfera de la intimidad de las personas y ampliando su órbita al fenómeno de las comunicaciones, aplica a su interceptación los requisitos que aseguran la inviolabilidad de la correspondencia, recordando lo que contempla el artículo 18 de la ley 19.798 cuando establece que “la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente”.

La CSJN ha asumido un papel de gran creatividad en materia de procesos colectivo apoyándose en el marco normativo constitucional y legal ambiental. En esa área ha señalado el camino a recorrer en el ya célebre caso “Mendoza” (CSJN, Fallos: 330:3663) que trata sobre la contaminación en la cuenca Matanza – Riachuelo. Estamos frente a una sentencia paradigmática que por la trascendencia y gravedad de las cuestiones en discusión, no sólo el derecho al ambiente sino que también comprende a los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida misma de los habitantes que viven en el lugar. Asimismo cabe destacar que la problemática de esta cuenca, es un problema que atraviesa la historia de nuestro país, en tanto ya la primera junta de gobierno de 1810 tuvo oportunidad de tomar decisiones encaminadas a limitar la actividad de saladeristas y curtiembres establecidos a la vera del Riachuelo para responder a las necesidades de la salubridad pública. De ahí en más han sido innumerables las decisiones de diferentes poderes de numerosos gobiernos que se han pronunciado sobre tan grave situación. Por supuesto que hasta el presente no se ha conseguido efecto positivo alguno. En “Mendoza” convergen cuestiones de fondo y de forma que le permiten a la Corte definir aspectos básicos del desarrollo sustentable. Así, no dudamos en señalar que esta sentencia hará las veces de una verdadera guía para el encuadre de un abanico de temas específicos de los litigios ambientales. En tal sentido entre otros se pueden citar la competencia originaria derivada, el daño ambiental, aspectos sustantivos para la aplicación de la ley 25.675, Ley General del Ambiente (en adelante LGA) respecto de los cuales era necesario contar con la interpretación de la Suprema Corte. Comenzaremos nuestro comentario a partir de la identificación de las cuestiones que consideramos más relevante contenidas en el fallo que ya ha sido objeto de nuestro comentario¹.

La sentencia comienza con el tratamiento del problema de la competencia de la Corte en relación con la doble categoría de pretensiones contenidas en la demanda. En efecto, los vecinos hacen un planteo que persigue la reparación de dos esferas de daños. Por una parte, el resarcimiento por la producción de daños de tipo individual que se habrían ocasionado de resultas de la situación ambiental existente, por otra parte, se pretende la protección de un bien de incidencia colectiva que es el ambiente. Es allí adonde la Corte hace una diferenciación en función de la naturaleza del daño de que se trate, que tiene consecuencias determinantes a la hora de definir su competencia originaria. A efectos de entender la cuestión en debate cabe señalar el concepto de cada uno de estos dos tipos de daño. Hemos expresado² que el daño ambiental per se, considerado “daño ambiental de incidencia colectiva”, es definido por la ley LGA en su Artículo 27, in fine que establece: “Se define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

1 “LA LEY”, 11/07/2006

2 Sabsay, Daniel A y Di Paola, María E.: “El Daño Ambiental y la ley General del Ambiente”, *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo. Año 2003 - N° 17. pp. 1-9. Buenos Aires: La Ley*

El mencionado artículo diferencia el daño ambiental per se del daño a los individuos a través del ambiente. Dicha distinción es fundamental a la hora de analizar los elementos y características que definen a uno y otro tipo de daño. En el caso del daño al ambiente, nos encontramos con un daño al medio, ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente. Cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico o puntual a las personas o sus bienes particulares.

Por el contrario, en la órbita del derecho clásico de daños, el daño es producido a las personas o sus cosas, por un menoscabo al ambiente. En consecuencia, el ambiente es un medio a través del cual se le ocasiona una lesión o daño a una persona o a su patrimonio. En muchas circunstancias, ambas categorías de daño (al ambiente y a las personas) coexisten. Sin embargo, tradicionalmente sólo ha sido reconocido el daño a las personas o sus bienes mediante la utilización de los institutos que provee el derecho civil. El daño ambiental per se, al reunir características distintas al daño a los individuos a través del ambiente, merece otro tratamiento que presente soluciones a su complejidad conceptual.

En relación con el daño colectivo la Corte expresa que “el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 CN (...)”. El criterio cambia en relación con los daños de tipo individual, en estos casos no existe, según la Corte, competencia federal por la materia y por lo tanto su consideración, tampoco entra dentro de su competencia originaria. En este punto cabe destacar que la Corte está embarcada en un esfuerzo de limitar al máximo sus pronunciamientos. Se trata de lograr que no sea tomada como una suerte de tercera instancia, condición que sin lugar a dudas se aleja por completo del papel que le cabe en la dinámica de los poderes, caracterizado por ser el último resorte en la interpretación constitucional de las normas y actos de gobierno. Por ello, parece lógico que deje a salvo que en estas cuestiones de daño a la salud y patrimoniales en los que se deberán invocar hechos y pruebas, intervengan en su apreciación los tribunales locales con competencia en la materia. Aclara entre numerosas razones que “la acumulación subjetiva postulada en la demanda no configura ninguno de los supuestos que el art. 117 CN atribuye a la competencia originaria y exclusiva de esta Corte, por lo que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deberán ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes (...)”.

La intervención de la Corte en materia de daño ambiental colectivo se deriva esencialmente en la interjurisdiccionalidad que presenta el caso, que afecta a la Nación, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto y

cuanto se produce un ejercicio concurrente de facultades sobre al cuenca de las tres jurisdicciones mencionadas. Particular trascendencia reviste la parte de la sentencia en la que la Corte asume para sí el uso de las facultades ordenatorias e instructorias de conformidad con lo que establece el art. 32 de la LGA; es en ejercicio de estas facultades que toma las resoluciones que en primer lugar hacen a la determinación de su competencia originaria y luego a una serie de requerimientos que son dirigidos en primer término a las empresas y después a los estados. Las primeras deben informar sobre aspectos que permitirán conocer el modo como cumplen con las obligaciones que se derivan del marco jurídico vigente, en particular de la Ley 25.675, la que en adelante es tomada como pauta principal para la fijación de las obligaciones a cargo de cada una de las categorías de demandados –personas privadas y personas públicas, en ese orden–. Aparece la necesidad de que las empresas cuenten con plantas de tratamiento y la obligatoriedad de los seguros ambientales. Además éstas en un plazo de treinta días deben informar sobre los líquidos que vuelcan en el río. A los estados, dentro del plazo señalado, se les exige la presentación de un “plan integrado basado en el principio de progresividad”. A ello se agregan los diferentes instrumentos previstos en la LGA: ordenamiento ambiental del territorio; control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, estudio de impacto ambiental de las empresas involucradas; programas de educación y de información pública ambiental. Finalmente se convoca a las partes a una audiencia pública en la sede de la Corte a los efectos de que informen oral y públicamente sobre todo lo solicitado.

Como consecuencia del reconocimiento jurídico de los intereses difusos el proceso civil por daño ambiental sufre cambios muy significativos, tanto a nivel de la carga de la prueba que pasa a ser dinámica, de efectiva colaboración como de su valoración. Se la considera de manera integral, comprensiva, resultan relevantes las presunciones. En ese marco jurisdiccional el juez pasa de una actitud neutral, en función de la noción de que es la boca de la ley, a cumplir un rol de magistrado con un compromiso activo en el plano social y por supuesto en el ambiental, en el que se transforma en un estimulador que acompaña y brinda protección dando cumplimiento como el que le cabe a cualquier habitante a la protección del derecho cuya violación está en juego.

La Corte Suprema decide conocer exclusivamente en los aspectos colectivos de la cuestión y por lo tanto una vez que termina de exponer los fundamentos de su posición relativa a su intervención sólo sobre este campo, considera que “en tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que –según se alega– en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de años irreversibles, se tratará del resarcimiento”. Luego señala los motivos que generan un cometido reforzado de parte de los jueces para hacer que se cumpla lo estipulado en el art. 41 CN. El razonamiento se apoya en la noción de derecho-deber que presenta esta prerrogativa, que hace que quien produce un daño al medio ambiente como bien

colectivo lo está causando a si mismo. Acá se pone igualmente el acento a la noción de equidad intergeneracional contemplado en la mencionada cláusula constitucional que es tomada de la Declaración de la Conferencia de Río (ECO 92) que queda estampada en nuestra ley fundamental cuando al calificar al ambiente manifiesta que debe ser “apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...)”. El principio también forma parte de los objetivos prioritarios de la política ambiental nacional contenidos en el art. 2 de la LGA. En este sentido coincidimos en que la Corte “incorporó como elemento estructural, el criterio colectivo objetivo definiéndolo con notas esenciales tales como: uso común, indivisibles, transindividuales, pertenecientes a la esfera social y no disponibles para las partes. Por ende, un bien será colectivo cuando exista una pluralidad de titulares y este sea insusceptible de apropiación exclusiva pero susceptible de uso y goce común. También en este campo dejó sentada la procedencia de pretensiones anulatorias, reparatorias y resarcitorias”.

La legitimación para actuar como terceros en este tipo de causas es otro de los puntos objeto de definición de interés para el derecho procesal constitucional. Ello, frente al interés de participar en esa calidad de parte del Defensor del Pueblo de la Nación y de organizaciones no gubernamentales. Sobre este tema la Corte hace una interpretación del art. 30 de la LGA³. Le concede el carácter de terceros a “las asociaciones y fundaciones que en sus estatutos tienen objetos relacionados con la protección del medio ambiente”, más adelante agrega como estándar en la materia que esto es así “pues ejercen el derecho que les asiste para accionar en cumplimiento de una de las finalidades de su creación, lo cual permite concluir que no defienden un interés general y difuso de que se cumpla con la Constitución Nacional y las leyes, sino intereses legítimos para que se preserve un derecho de incidencia colectiva”. A contrario sensu no concede esta legitimación cuando de los estatutos de las entidades “no surge la necesaria vinculación entre los respectivos objetos estatutarios y la pretensión ventilada en la causa”. Más allá de esta inobjetable argumentación, su aplicación en los casos concretos nos parece que ha carecido de la debida ponderación, pues algunas de las entidades a las que se les deniega este carácter cumplían con el requisito exigido por la Corte.

El Alto Tribunal expresa que al establecer que el Defensor del Pueblo de la Nación tiene legitimación procesal, no ha querido otorgarle solamente la que le reconoce

3 **Artículo 30:** *Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.*

“el art. 43 para interponer acción de amparo, siendo que una interpretación diversa implicaría lisa y llanamente ignorar la existencia del referido art.86 echando por tierra el principio según el cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor”. Sin embargo se le deniega “la presentación efectuada por el Defensor del Pueblo de la Nación a efectos de que se amplíe el alcance subjetivo de la pretensión a municipios de la Provincia de Buenos Aires respecto de los cuales los actores no habían dirigido su reclamo pues, la gestión procesal reconocida por el ordenamiento a un tercero no permite, ni aún en la categoría que mayores atribuciones les reconoce, la facultad de interferir en la voluntad del actor y modificar los elementos constitutivos de su pretensión”. Nos preguntamos sin en este punto la Corte no se ciñe de manera excesiva a los lineamientos que al respecto contempla el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, olvidando las premisas del transcripto artículo 32 LGA al que adhiere, como hemos dejado sentado, pero que en este punto pareciera olvidar. Ello, en razón de que creemos que en una posición de juez comprometido e interesado como se pone de relevancia en este mismo fallo, la Corte hubiese dado intervención a uno de los actores públicos más relevantes en la contaminación de la cuenca, como son los municipios ribereños. Independientemente de la omisión de los actores, pero sin lugar a dudas, en el sentido de dar mayor y mejor satisfacción a sus reclamos y en aras del objetivo de economía procesal. Por el contrario en la sentencia leemos que “si bien razones de economía procesal justifican la intervención voluntaria de terceros en un proceso en trámite —en el caso, de daños y perjuicios provenientes de la contaminación ambiental del Riachuelo—, dicho fundamento debe ser desplazado cuando mediante una actuación de esa naturaleza se pretende modificar el contenido dado por el actor a la pretensión promovida, ello en virtud de la aplicación del principio dispositivo”.

En el caso “Verbitsky” (CSJN 03-05-2005 T. 328, P. 1146.), en el que se discutían las condiciones de detención de los presos en cárceles de la provincia de Buenos Aires, la CSJN hizo lugar a la presentación hecha por una entidad no gubernamental bajo la forma de hábeas corpus colectivo a efectos de corregir de manera también colectiva la situación de desamparo de los detenidos. Al respecto, se sostuvo que, “es deber de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como guardián último de las garantías constitucionales, señalar que la salvaguardia del derecho a la vida de las personas que se encuentran alojadas en establecimientos policiales y/o en comisarias provinciales superpobladas, a favor de las cuales se ha interpuesto un hábeas corpus colectivo, podrá formularse ante los jueces competentes para ser atendida con la celeridad y eficacia que la situación requiere (del voto en disidencia parcial del doctor Fayt)”. De esta manera la interpretación permitió que la figura del hábeas corpus individual del art. 43, 3° párrafo CN fuera interpretada dentro del marco integrador que posibilita esa disposición en su totalidad y de ese modo, en consideración de la problemática planteada, se creó la figura ya mencionada.

VI. Consideraciones finales

1) La escasa experiencia argentina a nivel de acciones de interés público, a través de la justicia, al menos a nivel nacional, ha sido entre otros motivos el reflejo de la ausencia de toda normativa susceptible de plantear instancias de participación directa de la ciudadanía, como elemento de complementación de una democracia exclusivamente representativa.

2) En el marco del mencionado contexto las nuevas figuras incorporadas a la constitución nacional por la reforma de 1994 no pueden sino resultar alentadoras. Al respecto y por los motivos ya expuestos, el amparo “colectivo” del art. 43, 2º párrafo, nos parece una herramienta de particular utilidad para posibilitar la apertura de la justicia a la defensa de intereses difusos.

3) Un instituto de este tipo debería constituir un instrumento capaz de controlar los desbordes que a nivel de la vigencia de los derechos fundamentales y en particular, del principio de igualdad, presenta el debilitamiento de las estructuras estatales, de resultados de del modelo económico que hizo auge en los años 90 y que aún perdura en muchas de sus manifestaciones.

4) Al mismo tiempo, la consagración del amparo colectivo ha sido útil para fortalecer a la sociedad civil. Ello, no sólo desde una visión individual, sino también desde el sector no gubernamental y por lo tanto desde el universo de organizaciones que lo componen.

5) La existencia de una importante corriente doctrinaria en lo jurídico, avalada por la opinión de muchos de los más prestigiosos publicistas argentinos, ha servido para situar a la nueva figura y en especial, al alcance de quienes están legitimados para interponerla, en un punto ideal para dar cumplimiento a los objetivos de participación y de control a que hacemos mención en los puntos anteriores.

6) Asimismo, desde la jurisprudencia la respuesta ha sido alentadora y se han sumando importantes fallos que desde las diversas instancias judiciales, se han pronunciado en el mismo sentido que la señalada doctrina de los autores.

7) En particular la CSJN, en su actual constitución, ha contribuido a expandir el radio de acción del amparo colectivo en sentencias paradigmáticas, que como las que hemos analizado han significado hitos en el acrecimiento de las garantías y por ende en el fortalecimiento del derecho procesal constitucional en la Argentina.

Bibliografía

- ALICE, Beatriz. 1995. *Acrecimiento de la Dogmática Constitucional*. Buenos Aires. Argentina. El Derecho, 7/12/95.
- BARRA, Rodolfo C. *La acción de amparo en la Constitución reformada*. Buenos Aires. Argentina. La Ley, 1994-E sec. doctrina.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires. Argentina. EDIAR. 1995.
- CALDERÓN, Raúl E. 1990. "Participación Política", en: Pérez Guilhou, D. y otros: *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires. Argentina. Depalma.
- CARNOTA, Walter F. *El amparo previsional en el contexto de la reforma constitucional*. Argentina. Buenos Aires. El Derecho, 2/3/95.
- CASSAGNE, Juan C. *Sobre la protección ambiental*. Argentina. Buenos Aires. La Ley, 4 /12/95.
- EKMEKDJIAN, Miguel A. 1991. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires. Argentina. Depalma.
- MORELLO, Augusto M. 1995. *Posibilidades y limitaciones del amparo*. Buenos Aires. Argentina. El Derecho, 22/11/95.
- RIVAS, Adolfo. *Pautas para el nuevo amparo constitucional*. Buenos Aires. Argentina. El Derecho, 26/11/95.
- SABSAY, D. A. y Onaindia, J. M. 1995. *La Constitución de los argentinos*. Buenos Aires. Argentina. Errepar, 2ª edición.
- SABSAY, Daniel A. 1996. "La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana". Buenos Aires. Argentina. *El Derecho*, 16/4/96.
- SABSAY, Daniel A. 1996. "El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales". Buenos Aires. Argentina. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Nº 6.
- SABSAY, Daniel A. 2008. "Caminos de la Corte - Derecho ambiental. Aspectos de la competencia y de los daños". Pág. 1, 2, 3,4. *La Ley*, Año LXXII, Nº 50, 13 de marzo de 2008.
- SABSAY, Daniel A. 2011. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial La Ley.
- TRAVIESO, Juan Antonio. 1996. *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*. Buenos Aires. Argentina. EUDEBA.
- VANOSSI, Jorge R. 1987. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires. Argentina. EUDEBA.

EL HÁBEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PERÚ

Camilo Suárez López de Castilla
Abogado PUCP. Asesor jurisdiccional del
Tribunal Constitucional del Perú

SUMARIO: Introducción. 1. Antecedentes. 2. Reglas procesales. 2.1 La relevancia constitucional del acto cuestionado. 2.2 Incidencia negativa del acto cuestionado en la libertad individual. 2.3 Firmeza de la resolución judicial cuestionada. 2.4 Sobre la exigencia de afectación a la tutela procesal efectiva. 2.5 Sobre la posibilidad de tutelar mediante hábeas corpus contra resolución judicial, derechos distintos de la tutela procesal efectiva.

Introducción

Hoy en día, la gran mayoría de demandas de hábeas corpus están dirigidas a cuestionar actos u omisiones ocurridos en el marco de un proceso penal. Si en sus inicios el hábeas corpus se concebía como aquel mecanismo dirigido a lograr que la persona detenida arbitrariamente pueda ser puesta a disposición de un juez, y era negada la posibilidad de articular esta herramienta para dirigirla contra la resolución judicial, hoy por hoy, eso no es así.

En efecto, insertados actualmente en lo que se denomina Estado Constitucional –es decir, aquel en el que la presencia de mecanismos (especialmente jurisdiccionales)

de control constitucional permiten hacer efectiva la Constitución y que esta irradie a todos los sectores del ordenamiento¹-, no concebimos la existencia de un acto del Poder Público que no merezca control constitucional². En este esquema resulta imperativa la existencia de mecanismos que permitan un control constitucional de las resoluciones judiciales.

El presente texto constituye una aproximación al hábeas corpus contra resolución judicial en el sistema jurídico peruano. En él se hace un recuento de su evolución en nuestro país; así como un estudio de las reglas que regulan su procedibilidad, a saber: la relevancia constitucional del caso (lo que conlleva la siempre complicada tarea de deslindar las funciones del juez ordinario de las del juez constitucional), la firmeza de la resolución judicial (y los supuestos de excepción), la afectación en la libertad individual (a fin de determinar qué resoluciones judiciales pueden ser materia de hábeas corpus), así como la exigencia de afectación de la tutela procesal efectiva.

1. Antecedentes

La posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales que restrinjan la libertad personal no siempre estuvo presente en el Derecho peruano. En efecto, la primera ley que reguló el hábeas corpus en el Perú (1897) lo concebía como un mecanismo que únicamente podía ser incoado en favor de aquella persona que estuviese detenida por más de veinticuatro horas sin que un juez se pronuncie sobre su situación jurídica³. El artículo 16 de la misma excluía de manera expresa del ámbito de protección del habeas corpus a quienes estuvieran privados de libertad en virtud de una sentencia firme o mandato de detención:

“No pueden usar el recurso de hábeas corpus: I.-Los reos rematados, que hubiesen fugado, o los enjuiciados con mandamiento de prisión (...) V.- los que están cumpliendo legalmente el apremio de prisión corporal”⁴.

Las primeras modificaciones a dicha regulación no trajeron mayores cambios en cuanto a la posibilidad de utilizar el hábeas corpus para cuestionar resoluciones

1 Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*, México, UNAM, 2001. pp. 154 -164. Aguiló, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima, Palestra, 2004. pp 51-53. Prieto, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. México, Fontamara, 1999, entre otros.

2 Cfr STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC (caso Diódoro Gonzales).

3 “Artículo 1.- Toda persona residente en el Perú, que fuese reducida a prisión, si dentro del término de 24 horas no se le ha notificado la orden de detención judicial tiene expedito el recurso extraordinario de hábeas corpus”

4 A su vez el artículo 18 de la misma ley resulta ilustrativo acerca de la imposibilidad de cuestionar la detención en caso de que ésta provenga de un mandato judicial: “Ninguna persona puesta en libertad por el recurso extraordinario de *hábeas corpus* puede ser arrestado nuevamente por el mismo delito; **excepto el caso en que la orden emane del juez o tribunal competente ante quien está obligada a comparecer (...)**” (resaltado nuestro).

judiciales que supongan alguna forma de restricción de la libertad personal. Así, el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1922 también impedía incoar este proceso en favor de una persona con sentencia firme o con instrucción abierta (artículo 344). Lo mismo puede decirse del Código de Procedimientos Penales de 1940. A pesar de que el referido Código se inscribe en el marco de la Constitución de 1933 –que concebía al hábeas corpus como un mecanismo de protección de todos los derechos constitucionales⁵– y que el artículo 350 del mismo cuerpo normativo enunciaba el supuesto consistente en que el acto cuestionado provenga de autoridad jurisdiccional, lo cierto es que operaban las mismas restricciones antes reseñadas que impedían interponer el hábeas corpus en favor de personas detenidas por orden judicial. En efecto, el artículo 351 contemplaba el siguiente requisito de la demanda de hábeas corpus:

“deberá contener forzosamente la afirmación jurada de (...) no ser el detenido un reo rematado, ni estar sujeto a instrucción por delito alguno (...) ni hallarse cumpliendo legalmente el apremio de detención corporal decretada por un juez o tribunal competente (...)”.

La entrada en vigencia de la Constitución de 1979 tampoco significó de inmediato un giro hacia la posibilidad de efectuar un control de resoluciones judicial a través de procesos constitucionales. Si bien la misma establecía claramente (al igual que la Constitución de 1993) que el hábeas corpus procede contra “...cualquier autoridad, funcionario o persona (...)”, lo que desde luego no excluye a las autoridades jurisdiccionales, lo cierto es que el control constitucional de las resoluciones judiciales no era todavía algo del todo aceptado. Así, la Ley N° 23506, Ley de hábeas corpus y amparo, del año 1982 había sido redactada, en lo que concierne al control de resoluciones judiciales, de modo restrictivo. La ley reservaba la posibilidad de interponer demandas de amparo o hábeas corpus contra autoridades jurisdiccionales que actuaran “(...) fuera de un procedimiento que es de su competencia (...)” (artículo 5), mientras el artículo 6,2 excluía las demandas dirigidas contra resoluciones emitidas en un “proceso regular”. La intención era evitar que la controversia propia de un proceso seguido ante la justicia ordinaria, se traslade a los procesos constitucionales, como si estos constituyeran una instancia más de dichos procesos. Al respecto resulta ilustrativa la explicación de Domingo García Belaúnde, quien integró la Comisión encargada de la elaboración del anteproyecto de ley:

“Lo que conviene dejar sentado (...) es que la idea de la Comisión al aprobar este texto –que fue finalmente sancionado sin enmendaduras por las cámaras– era de que quien utilizaba las vías ordinarias existentes en los códigos procesales y hacia uso pleno de ellos, con todas las seguridades y garantías que otorgan las

5 Artículo 69.- Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus.

mismas leyes procesales, la amplitud de la prueba y del derecho de defensa, así como el mínimo de dos instancias que consagra nuestro ordenamiento jurídico, no tendría porqué acudir a la acción de garantía. Esto es, si se habría seguido religiosamente un procedimiento con todas sus etapas, que por lo general es largo y tedioso, no podía irse al pequeño juicio sumarísimo, de la ley de garantías; pues sería (...) inconsecuente buscar en un pequeñísimo juicio, lo que no se pudo obtener en un juicio muy largo, con todas las defensas posibles”⁶.

La idea, como es de verse, era que el hábeas corpus o amparo contra resolución judicial significaban en todos los casos trasladar a la justicia constitucional una controversia propia de la justicia ordinaria, por lo que todo cuestionamiento debía realizarse exclusivamente al interior del proceso. Así lo confirma la exposición de motivos del anteproyecto de la ley de amparo y hábeas corpus:

“El artículo 5° contempla de manera novedosa la utilización de las acciones de garantía contra las autoridades judiciales, siempre y cuando se trate de actos judiciales fuera de procedimiento; si ello ocurre dentro de un procedimiento, se entiende que el afectado debe recurrir a las vías procesales existentes en los respectivos procedimientos”⁷.

Sin embargo, desde la doctrina se comenzaba a entender que una resolución judicial también podría resultar atentatoria de derechos constitucionales⁸. Así, se entendían como supuestos merecedores de tutela constitucional aquellos en los que no se hubiera cumplido, por ejemplo, con la garantía de la instancia plural⁹ o que no se hubiere permitido al justiciable ejercer su derecho de defensa¹⁰, o en general, las garantías de la administración de justicia consagradas en la Constitución¹¹. De este modo, si la ley decretaba que no procedían los procesos constitucionales contra resoluciones emitidas en “procedimiento regular”, dicho procedimiento regular sería aquel en el que se hubieran respetado las garantías de la administración de Justicia. A través de una interpretación a contrario, sí procederían estos procesos cuando el proceso no sea regular, es decir, cuando no hayan sido de observancia las garantías de la Administración de justicia consagradas en la Constitución¹². Así lo entendió también en su momento el Tribunal de Garantías Constitucionales¹³.

6 García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Temis, Bogotá, 2001, p. 162.

7 En: Borea Odria: *Evolución de las Garantías Constitucionales*, Lima, 2000, pp. 590-591.

8 Cfr. Rubio y Bernal. *Constitución y sociedad política*. 3ª edición. Lima, Mesa redonda, 1988.p. 455. Ortecho Villena, Victor, *Derechos y garantías constitucionales*, 2 edición, Trujillo, Marsol 1990, pp. 328-9. Borea, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, 1985.

9 Cfr. Borea, op. cit. p. 74.

10 Cfr. Borea op. cit. pp. 74-5.

11 Cfr. Rubio y Bernal. op cit .p. 455; Borea, op cit pp. 74-5.

12 Cfr. Abad Yupanqui, Samuel. “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?” en: *Lecturas sobre temas constitucionales*; N° 2, 1988. p. 55.

13 Cfr caso Glicerio Careres Vega, Resolución del 30 de mayo de 1984 (citado por Abad Yupanqui, Samuel. Selección de jurisprudencia, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, pp. 109 y ss.)

La convicción de que al interior de los procesos judiciales podían verse afectados derechos constitucionales –lo que autorizaba su control a través de las entonces denominadas “acciones de garantía”– debía ser sopesado con la necesidad de evitar convertir a los procesos constitucionales en una instancia más de la justicia ordinaria¹⁴. Una forma de encontrar un punto medio, en consonancia con la interpretación a contrario del concepto de “proceso regular”, fue el reconocer la posibilidad de protección únicamente de los derechos procesales¹⁵. Se entendía que si el proceso constitucional dirigido contra resolución judicial invocaba derechos sustantivos, inevitablemente versaría sobre lo que fue objeto de controversia en el proceso judicial que se cuestionaba. Esto es, se protege las condiciones en las que el juez emitió una decisión: (la posibilidad de conocer el contenido de la demanda, el contar con abogado, la pluralidad de instancia, etc) pero no el sentido de la decisión.

Es preciso apuntar, no obstante, que el reconocimiento de la posibilidad de cuestionar mediante procesos constitucionales resoluciones judiciales que atenten contra derechos fundamentales no ha sido una evolución del todo uniforme. Ha habido, sin duda avances pero también retrocesos. Por ejemplo, en 1992 la Ley N° 25398, complementaria de la Ley N° 23506, reintrodujo la prohibición de interponer demanda de hábeas corpus a favor de quien tenga instrucción abierta o esté cumpliendo pena privativa de libertad:

Artículo 16.- No procede la Acción de Hábeas Corpus:

- a) Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía;
- b) Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un proceso regular; y,
- c) En materia de liberación del detenido, cuando el recurrente sea prófugo de la justicia, o desertor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, o evasor de la conscripción militar, o militar en servicio arrestado por sus jefes o esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces.

Estos supuestos restrictivos eran aplicados por el Tribunal Constitucional peruano en materia de habeas corpus contra resolución judicial, desde el inicio de sus funciones en 1996¹⁶. Sin embargo, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 1230-2002-HC/TC se reiteró la interpretación a contrario del término “proceso regular” contenida en el artículo 6,2 de la Ley N° 23506 aplicable al inciso b del artículo 16 de la Ley N° 25398, considerando que procederían las demandas de hábeas corpus en las que no se haya respetado el debido proceso o tutela judicial efectiva. Del mismo

14 Cfr. Rubio y Bernaldes. *Constitución y sociedad política*. 3° edición. Lima, Mesa redonda, 1988.p. 455
Ortecho Villena, Victor, *Derechos y garantías constitucionales*, 2 edición, Trujillo, Marsol 1990, p. 328-9. Borea, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*. Lima, JVC ediciones, 1992 p. 74-5.

15 Cfr. Abad Yupanqui, Samuel., op cit.

16 564-96-HC/TC ; 583-96-HC/TC , 228-97-HC/TC , 836-99-HC/TC.

modo procedió respecto de la restricción prevista en el inciso “c” del artículo 16 de la Ley N° 25398 referido a la improcedencia de la demanda de hábeas corpus cuando esté cumpliendo pena privativa de libertad señalando que ello no obsta el control constitucional de dicha sentencia:

“Idéntico criterio sostiene en relación con el inciso c) del artículo 16° de la Ley N.º 25398, cuando establece que “No procede la acción de hábeas corpus”: [...] c) “En materia de liberación [...] cuando [...] “esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces”.

Efectivamente, no puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos y que, como es la determinación de la responsabilidad criminal, son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y no para revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal son las más adecuadas conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo” (fundamento 7).

En posteriores sentencias ratificó este criterio y lo aplicó al inciso “a” del artículo 16 de la referida Ley que imposibilitaba el hábeas corpus “...cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía (...)”. Al respecto, el Tribunal, a través de una lectura concordada con el artículo 7,6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad “a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o su detención fueran ilegales”, entendió que dicha restricción legal al hábeas corpus solo resultaba de aplicación cuando la detención judicial no era arbitraria¹⁷.

Como se ve, el control constitucional de las resoluciones judiciales es algo relativamente nuevo en nuestro país, producto de una evolución que data de los últimos treinta años.

17 0740-2003-HC/TC (Caso Borelina Bargelata) 1091-2002-HC (Caso Silva Checa).

2. Reglas procesales

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional¹⁸ establece como requisitos de procedencia del hábeas corpus contra resolución judicial, la firmeza de la resolución cuestionada¹⁹, que el acto u omisión que es materia de la demanda afecte negativamente la libertad individual²⁰ y que se atente contra la tutela procesal efectiva²¹. A su vez, el artículo 5, inciso 1 del mismo cuerpo normativo establece una causal de improcedencia genérica aplicable a todos los procesos de protección de derechos fundamentales, relativa a la exigencia de que la demanda deje entrever un conflicto en términos constitucionales²². En este sentido, los requisitos de procedibilidad de una demanda de hábeas corpus contra resolución judicial son los siguientes: 1) que se trate de un asunto con relevancia constitucional 2) que el acto cuestionado incida de modo negativo en la libertad individual 3) la firmeza de la resolución judicial cuestionada y, finalmente 4) la exigencia de que se alegue una afectación a la tutela procesal efectiva.

2.1 La relevancia constitucional del acto cuestionado

Como se sabe, la Justicia Constitucional tiene como finalidad garantizar la supremacía normativa de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales. Así, quedan excluidas de los procesos constitucionales de la libertad aquellas demandas que no se condigan con esta finalidad. Esto es, que en lugar de estar dirigidas a cuestionar actos u omisiones que violen o amenacen derechos constitucionales, postulen pretensiones referidas a controversias de mera legalidad o que en general pretenden que la justicia constitucional ejerza competencias exclusivas de la justicia ordinaria como dilucidar la responsabilidad penal. Es por ello que el artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional prevé que resultan improcedentes aquellas demandas en las que “(l)os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. A Continuación, se describirá los aspectos excluidos de tutela a través del habeas corpus contra resolución judicial por carecer de relevancia constitucional.

18 Artículo 4.- Procedencia respecto a resoluciones judiciales (...)

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

19 “El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme (...)”.

20 “(...) vulnera en forma manifiesta la libertad individual (...)”.

21 “(...) y la tutela procesal efectiva(...)”.

22 No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

2.1.1 No es posible ventilar aspectos relativos a la valoración probatoria llevada a cabo por la justicia ordinaria

La gran mayoría de demandas de hábeas corpus contra resolución judicial cuestionan actos procesales derivados de un proceso penal. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que se trata de procesos con objetos distintos. En efecto, mientras el proceso penal tiene como fin el determinar la responsabilidad penal del imputado, en el hábeas corpus, en cambio –en tanto proceso constitucional– su objeto consistirá en evaluar si en el caso se presenta una vulneración o amenaza de un derecho constitucional. Así, no se puede acudir al hábeas corpus alegando inocencia y mucho menos, fundamentar la demanda en una indebida valoración de los medios probatorios que han sido ofrecidos e incorporados en el marco de un proceso judicial²³.

Ahora bien, es preciso en este punto distinguir la valoración probatoria en sí misma de aquellos supuestos de violaciones o amenazas contra algún derecho fundamental que puedan darse en el marco de la actividad probatoria. En caso estemos ante una demanda en la que se alegue que los medios probatorios no han sido suficientes para arribar a la conclusión cuestionada, se tratará en realidad de una demanda que pretende que la justicia constitucional actúe como instancia de la justicia ordinaria, lo que determinaría su improcedencia. En cambio, a través del hábeas corpus puede controlarse válidamente la actividad probatoria si se alega que los medios probatorios fueron obtenidos en violación de un derecho fundamental y en tal sentido se reclama la aplicación de la regla de exclusión²⁴. También puede cuestionarse válidamente la motivación de la valoración probatoria, o casos en los que se alegue la indebida denegatoria de actuación de determinado medio probatorio.

2.1.2 No es posible acudir al hábeas corpus con el fin de determinar la correcta interpretación de una norma meramente legal

Los procesos constitucionales de protección de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data) tienen por finalidad proteger derechos constitucionales, no derechos legales. Es por ello que la justicia constitucional no es competente para dilucidar aspectos de mera legalidad: no tienen cabida aquellas demandas en las que el derecho invocado tenga sustento legal y no constitucional. Tampoco es posible someter a consideración de la justicia constitucional aquellas controversias sobre la interpretación de la ley que no se sustenten en consideraciones de constitucionalidad (más adelante abordaremos

23 Cfr. Las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: EXP. N.º 02827-2009-PHC/TC, EXP. N.º 02758-2009-PHC/TC, EXP. N.º 05943-2008-PHC/TC EXP. N.º 05692-2008-PHC/TC EXP. N.º 02383-2009-PHC/TC EXP. N.º 01452-2008-PHC/TC, entre otras.

24 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha adoptado el criterio consistente en que únicamente es posible cuestionar a través de la justicia constitucional la constitucionalidad de la obtención de la prueba únicamente cuando en el proceso penal se haya emitido una sentencia firme (Cfr. Exp. N.º 655-2010-HC/TC, 1994-2011-HC/TC).

el tema de la interpretación de la ley conforme a la Constitución), sino en la mejor interpretación de la ley conforme a la dogmática legal. A modo de ejemplo, resultaría improcedente aquella demanda de hábeas corpus en la que se pretenda determinar si el delito por el que el recurrente es procesado tiene la calidad de continuado conforme al artículo 49 del Código Penal²⁵, o aquella en la que se cuestione una resolución judicial bajo el entendido de que en un delito contra la administración pública en el que el sujeto activo es un funcionario público los particulares no pueden ser partícipes del mismo²⁶.

Ahora bien, cuando decimos que las controversias sobre la mejor interpretación (legal) de la ley están excluidas de los procesos constitucionales, no solo nos referimos a normas sustantivas, sino también a las procesales. Y es que no podemos confundir el debido proceso y la tutela judicial (que contienen a la totalidad de garantías procesales de índole constitucional)²⁷ con la observancia de todas las normas de procedimiento. Al respecto, ya el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones ha señalado que la protección del debido proceso en sede constitucional no consiste en dilucidar si las normas procesales fueron debidamente aplicadas. Es decir, no se trata de corregir errores in procedendo, sino de determinar si el acto cuestionado (al margen de si corresponde a una aplicación correcta o incorrecta de la ley procesal) vulnera o amenaza derechos constitucionales. A decir verdad la aplicación (conforme a ley) de las normas procesales podría devenir en violatoria de algún derecho constitucional si es aplicada una norma de procedimiento que resulte inconstitucional²⁸, en cuyo caso procedería el control constitucional de la ley violatoria del debido proceso.

De otro lado, cuando el artículo 139 de la Constitución Peruana prevé que “Ninguna persona puede ser (...) sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos” podría llevar a pensar que esta disposición constitucionaliza los procedimientos legales, de modo tal que una contravención a los mismos violaría el debido proceso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de este elemento del debido proceso en el sentido de que no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sino que establece que las normas con las que se inició un determinado procedimiento no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra²⁹. Así ha rechazado demandas en las que invocando el procedimiento preestablecido en realidad se pretendía cuestionar la indebida aplicación de determinada norma procesal³⁰.

25 Cfr Exp. N° 2320-2008-HC/TC.

26 Cfr Exp. N° 3895-2007-HC/TC.

27 Al respecto, resulta útil la concepción del debido proceso y la tutela judicial efectiva como “derechos conteniente” (Exp. N° 03271-2011-PA/TC, 01452-2009-PHC/TC, 03926-2008-PHC/TC, 00286-2008-PHC/TC, Exp. N° 4587-2004-HC, fundamento 25).

28 Cfr. Exps Ns° 3179-2004-AA fund 21,a, 2005-2006-PA/TC fundamento 3. Naturalmente es posible efectuar un control constitucional de normas procesales, ya sea este abstracto (Exp. N° 005-2001-AI; 0010-2002-AI; 024-2010-AI) o concreto (0516-2003-HC; 2526-2002-HC).

29 Cfr. Exps. Ns° 2928-2002-AA, 1593-2003-HC; 1594-2003-HC.

30 Cfr. Exps. Ns° 1759-2010-PA/TC; 4053-2007-PHC/TC, fundamento 4; 1160-2007-PHC/TC fund 2; 05307-2008-PA/TC, fund 5; 5627-2008-PA, fundamento 4.

Interpretación de la ley conforme a la Constitución y derechos de configuración legal

Hasta el momento hemos acudido a ejemplos bastante simples para explicar los supuestos excluidos de control por parte de la justicia constitucional. Así, resulta meridianamente claro que no se puede acudir al hábeas corpus para cuestionar la valoración probatoria efectuada por los jueces de la justicia ordinaria o para cuestionar la particular interpretación de la ley que hubiere hecho el órgano jurisdiccional. Sin embargo, la Ley y la Constitución no son compartimentos estancos. Por el contrario, la ley suele ser objeto de interpretaciones conforme a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria, así como muchas veces la propia ley se encarga de desarrollar el contenido de los derechos constitucionales.

Un ejemplo de interpretación de la ley conforme a la Constitución lo podemos encontrar en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente de inconstitucionalidad N° 010-2002-AI en el que se cuestionaba el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 que regulaba algunos aspectos del proceso especial para terrorismo:

“Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad”.

A través de una lectura concordada con el principio de presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional concluyó que esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de que el juez que abra instrucción esté obligado a dictar mandato de detención sino que el dictado de esta medida dependerá de si en el caso concurren los requisitos legales que la autorizan, lo que deberá ser evaluado por el juez caso por caso.

Otro supuesto de interpretación de la ley conforme a la Constitución nos lo da la misma sentencia del Tribunal Constitucional respecto del tipo base del delito de terrorismo. Según se afirmaba por quienes impugnaban la norma se trataba de un tipo penal que describe la acción delictiva de un modo abstracto, general e impreciso y en tal sentido resultaba violatorio del mandato de determinación o *lex certa* comprendido en el principio de legalidad penal³¹. En la sentencia antes referida, el

31 La garantía de la *lex certa* derivada del principio de legalidad penal exige constituye una exigencia al legislador para que el texto de ley penal sea preciso. Así lo ha reconocido el TC peruano: “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “*expresa e inequívoca*” (*Lex certa*). (exp. N° 0010-2002-AI; fundamento 45).

Tribunal Constitucional llevó a cabo una interpretación del tipo penal de modo tal que no resulte violatorio de dicha garantía³².

A su vez, no sólo la “interpretación conforme” constituye un punto de encuentro entre Constitución y Ley. También cabe mencionarse que el legislador lleva a cabo un desarrollo legal de ciertos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 2,24 de la Constitución, es objeto de desarrollo legal cuando el legislador, al regular el proceso penal, establece plazos máximos para la prisión preventiva (artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991-Decreto Legislativo N° 638; artículo 272° del Código Procesal Penal de 2004-Decreto Legislativo 957), fuera de los cuales la restricción de este derecho fundamental se torna *prima facie* ilegítima. En tales casos, los términos legales de la detención judicial servirán de parámetro para evaluar la constitucionalidad de la misma³³.

En suma, la línea divisoria entre Ley y Constitución se difumina sobre todo en casos de interpretación de la ley conforme a la Constitución y el desarrollo legal de los derechos constitucionales. A continuación veremos algunos otros casos en los que es difícil determinar si ostentan relevancia constitucional.

2.1.3 Casos que pueden resultar problemáticos para diferenciar la labor del juez penal del constitucional

a) Prescripción de la acción penal

Determinar si las controversias relativas a la prescripción de la acción penal pueden ser conocidas por la justicia constitucional puede resultar problemático. De un lado,

32 En consecuencia, el artículo 2° de Decreto Ley 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia: *“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.”* (exp. N° 010-2002-AI, fund 78).

33 Cabe señalar que en este caso aparte del desarrollo legal del derecho constitucional, también nos encontramos en un supuesto de interpretación de la ley conforme a la Constitución. En efecto, el Tribunal Constitucional interpretó las referidas disposiciones sobre plazos máximos de detención, entendiendo que para aquellos casos en que hubiera operado la dúplica automática de los plazos de detención por tratarse de procesos complejos o de delitos que hacen presumir complejidad (tráfico de drogas, terrorismo y otros) sólo operaría una posterior prolongación en caso de que la dilación procesal hubiera sido imputable al propio procesado (Cfr. Exp. N° 2915-2004-HC/TC). Este criterio posteriormente fue modificado para permitir la prolongación del plazo de detención más allá de los 36 meses cuando se trate de procesos complejos contra presuntos integrantes de redes internacional dedicadas al tráfico ilícito de drogas (exp. N° 7524-2005-PHC/TC) y más recientemente para casos de juzgamiento por delito de rebelión (exp. N° 2801-2008-PHC/TC).

resulta claro que una persecución penal ilimitada resulta *prima facie* desproporcionada. En efecto, ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el paso del tiempo puede desvanecer la necesidad de imponer una sanción penal y que resultaría inconstitucional el incoar la acción penal cuando esta estuviere extinguida³⁴. De otro lado, sin embargo, hay que tener en cuenta también que la prescripción es evaluada sobre la base de las reglas de contenidas en el Código Penal. Además, para determinar si la acción penal ha prescrito es necesario evaluar otros aspectos, como el momento en que se cometió el acto delictivo, si el delito tiene carácter permanente o instantáneo, o la existencia de concursos delictivos, los cuales constituyen, todos ellos, aspectos que, en principio, se entienden como reservados a la justicia ordinaria.

Ante ello, una solución que –sobre la base del hecho de que se trata de normas legales– considere que se trata de un asunto de mera legalidad y por tanto declare improcedente la demanda de hábeas corpus, sería tan arbitraria como aquella solución que –con la premisa de la relevancia constitucional de la prescripción– entre a determinar aspectos como la fecha de comisión del ilícito o el carácter permanente o instantáneo de determinado delito. En un caso se estaría olvidando la relevancia constitucional de una situación merecedora de tutela; en el otro, se estaría invadiendo competencias reservadas a la justicia ordinaria.

El propio Tribunal Constitucional peruano, hasta hace relativamente poco, no tuvo un criterio uniforme para determinar si las demandas relativas a la prescripción de la acción penal ostentan relevancia constitucional. Así, era común encontrar publicadas, durante el mismo periodo, resoluciones que desestimaban la demanda de habeas corpus sobre prescripción por constituir un asunto de mera legalidad³⁵, y sentencias de fondo sobre el mismo tema³⁶. No obstante, en la actualidad ya existe un criterio uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el particular. Actualmente, el Tribunal afronta esta problemática reconociendo la relevancia constitucional de la prescripción de la acción penal, y a la vez reconoce que no procede evaluar en sede constitucional aquellos elementos que son de competencia exclusiva de la justicia ordinaria –como la fecha de comisión del hecho delictivo, el carácter instantáneo o permanente del delito o la configuración de concursos delictivos–. De este modo, únicamente en aquellos casos en los que en el propio proceso penal se hubiera determinado tales aspectos, será posible emitir una resolución de fondo en el proceso de hábeas corpus, en cuyo caso el juez constitucional procederá a contabilizar el plazo prescriptorio. En caso contrario, la demanda deberá ser declarada improcedente³⁷.

34 Cfr Exps. Ns°1805-2005-HC, fundamento 10; 6063-2006-HC, fundamento 4; 616-2008-HC fundamento 8; 1912-2012-HC fundamento 4; entre otros.

35 Cfr Exps. N°s 3668-2007-HC; 1177-2006-HC; 3668-2007-HC.

36 Cfr Exps. N°s 3308-2006-HC; 2506-2006-HC; 4900-2006-HC.

37 Cfr, las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: Exp. N ° 03523-2008-PHC/TC, 02320-2008-PHC/TC, 02203-2008-PHC/TC, 00616-2008-HC/TC, 00371-2011-PHC/TC, 00835-2012-PHC/TC.

Sin embargo, hay otros supuestos de hábeas corpus por prescripción de la acción penal en los que no es necesario aplicar el referido criterio del Tribunal Constitucional, puesto que la dilucidación de la controversia no requiere efectuar un cómputo de los plazos legales, y tampoco que en el proceso penal se haya determinado la fecha exacta de comisión del delito. Este es el caso de las demandas contra procesos por comisión de crímenes de lesa humanidad³⁸. En estos casos la dilucidación de la controversia no requiere contabilizar plazos por cuanto se trata de delitos imprescriptibles.

b) Sustitución de pena por retroactividad benigna

Otros supuestos problemáticos de hábeas corpus contra resolución judicial se presentan en el marco de la sustitución de pena por retroactividad benigna³⁹. Esto es, el derecho que tiene todo condenado de, en caso de que con posterioridad a su sentencia haya entrado en vigencia una nueva norma penal con un marco penal menos gravoso, se le imponga una nueva pena concreta. Al respecto, resulta bastante claro que si bien la retroactividad benigna tiene base constitucional, el órgano jurisdiccional llamado a individualizar la pena es el ordinario y no el juez constitucional. En todo caso, cabría acudir a la justicia constitucional a través del hábeas corpus a fin de cuestionar negativas injustificadas de la justicia ordinaria de proceder a imponer una nueva pena concreta.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en alguna ocasión ha declarado improcedentes este tipo de pretensiones⁴⁰, pero en otros casos las ha estimado, por considerar que si la primera pena impuesta fue igual al mínimo legal, corresponde mediante sustitución de pena imponer nuevamente el mínimo⁴¹. Sin embargo, actualmente el Tribunal Constitucional ha ordenado su criterio sobre la procedibilidad de este tipo de demandas y ha considerado que en tanto la individualización judicial de la pena constituye un aspecto reservado a la justicia ordinaria, serán declaradas improcedentes aquellas demandas que pretendan que el TC lleve a cabo, cual instancia de la justicia ordinaria, la sustitución de pena. Lo que supone que el demandante, previamente al hábeas corpus, tiene que haber solicitado la sustitución de pena ante la justicia ordinaria. En tal sentido, será declarada fundada la demanda en caso de que el órgano jurisdiccional -desconociendo la retroactividad benigna prevista expresamente

38 Conforme al criterio expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el expediente N° 0024-2010-PI/TC, los crímenes de lesa humanidad resultan imprescriptibles.

39 Conforme a la retroactividad benigna de la Ley Penal (artículo 103° de la Constitución) en caso de que después de la comisión del hecho delictivo surja una norma penal más favorable, la pena deberá ser individualizada sobre la base de este segundo marco penal más favorable. Asimismo, el artículo 6 del Código Penal prevé que “Si durante la ejecución de una sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda”

40 Cfr. Exps. N°s 7719-2006-HC/TC y 04427-2007-PHC/TC, entre otros.

41 Cfr. Exp. N° 1194-2005-PHC/TC, fundamento 6 y Exp. N° 2656-2004-HC/TC, fundamento 7.

en la Constitución- no haya efectuado la sustitución de pena. En caso contrario, serán infundadas si el órgano jurisdiccional sí cumplió con sustituir la pena⁴².

El criterio reseñado, sin duda, resulta útil a efectos de delimitar los márgenes de este proceso constitucional. Sin embargo, hay otros supuestos sobre los que es preciso reflexionar como por ejemplo el caso de una persona que habiendo sido condenada a una pena por debajo del mínimo legal, en la nueva individualización –producto de la sustitución de pena– se le impone una penal igual al nuevo mínimo legal y no por debajo de él, como originalmente había sido considerado. Otro supuesto igualmente problemático sería el caso de que la primera pena impuesta sea igual al mínimo legal y la pena sustituida fuera superior al nuevo mínimo legal⁴³.

c) Legalidad penal (*lex stricta*)

Otro supuesto problemático para delimitar la labor de la justicia ordinaria frente a la Constitucional lo constituye el principio de legalidad, concretamente la garantía de *lex stricta*, según el cual, el juez penal debe condenar sobre la base de un supuesto de hecho que tipifica la infracción que se encuentra previsto legalmente y no recurrir a la analogía *in malam partem*. A diferencia de la *lex stricta*, las demás garantías que componen el principio de legalidad penal han sido abordadas sin problemas por la Justicia Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional ha emitido resoluciones de fondo en casos relativos a la *lex certa* o mandato de determinación⁴⁴, la *lex previa*, o interdicción de retroactividad⁴⁵. Sin embargo, ha sido la *lex stricta*, esto es, la obligación judicial de someterse al texto previsto en la ley no sancionar sobre la base de tipos penales inexistentes lo que ha generando problemas. Este componente del principio de legalidad penal desde luego ostenta relevancia constitucional, pero tiene la peculiaridad que para determinar si se ha producido su vulneración, es preciso entrar a evaluar la subsunción hecha por el juez ordinario, lo que genera dudas acerca de la posibilidad de postular su protección a través de la justicia constitucional.

El Tribunal Constitucional ha fijado su criterio a través de la sentencia recaída en el expediente N° 2758-2004-PHC/TC (caso Bedoya de Vivanco). En ella se reconoció

42 Cfr. Las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: Exp. N° 06406-2007-PHC/TC, 09810-2006-PHC/TC, 2389-2007-PHC/TC, 01043-2007-PHC/TC, 02283-2006-PH/TC, etc.

43 Al margen de la posibilidad de cuestionar la sustitución de pena mediante hábeas corpus, cabe señalar que la propia justicia ordinaria ya ha emitido criterios para resolver tales problemas. En efecto, mediante Sentencia Plenaria N° 2-2005/DJ-301-A la Corte Suprema de Justicia determinó que en caso de que si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y, que si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley.

44 Cfr. Exp. N° 0010-2002-AI/TC.

45 Cfr. Exp. N° 442-2007-HC (Caso Collantes Guerra), Exp. N° 2488-2002-HC/TC (caso Villegas Namuche), Exp. N° 3201-2003-HC/TC (Caso Rodríguez Vences).

que la garantía de *lex stricta* merece protección constitucional, pero que ello no puede implicar que el juez constitucional decida cuál es la mejor interpretación de la ley penal. De este modo, se reconoce que el enunciado contenido en la ley penal permite al juez un grado de discrecionalidad para optar por una determinada interpretación aplicada al caso concreto, y sólo cabría un control de constitucionalidad en caso de que “(...) el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores”⁴⁶. A pesar de que este criterio establece una posibilidad de control de las resoluciones judiciales a través de la *lex stricta*, lo cierto es que hasta ahora ha habido muy pocas sentencias en las que el Tribunal Constitucional haya declarado fundada la pretensión⁴⁷.

2.2. Incidencia negativa del acto cuestionado en la libertad individual

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional establece que es posible cuestionar por *habeas corpus* una resolución judicial cuando ésta “vulnera en forma manifiesta la libertad individual”. A fin de determinar qué tipo de resoluciones judiciales pueden ser controladas a través del *habeas corpus* comencemos por identificar lo que debemos entender por libertad individual y en segundo lugar, qué grado de intensidad configura esta vulneración manifiesta que exige la normativa procesal constitucional.

El término libertad individual es utilizado por la Constitución (artículo 200, inciso 1) y el Código Procesal Constitucional (artículo 25) para designar a los derechos protegidos por el *habeas corpus*. Sin embargo, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, cuando se refieren a los derechos de la persona no enuncian la libertad individual, sino la libertad personal⁴⁸. La misma confusión ha existido durante la vigencia de la Constitución de 1979, que en su artículo 2, inciso 20 reconocía el derecho a la “(...) libertad y seguridad personales”, mientras que el artículo 12 de la Ley 23506 enunciaba a la “libertad individual” como objeto de protección de este proceso constitucional. Ahora bien ¿podemos afirmar que los términos libertad personal e individual se refieren al mismo derecho? Atendiendo al consenso existente en el ámbito nacional podemos responder afirmativamente⁴⁹.

46 Cfr. Exp. N° 2758-2004-PHC/TC fundamento 8.

47 Cfr. Exp. N° 2022-2008-HC.

48 Constitución, artículo 2,24. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

49 Cfr Espinoza-Saldaña, Eloy. “Hábeas corpus contra resoluciones judiciales: entre la evolución del concepto proceso regular y la determinación del ámbito de acción del juez constitucional” en: *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: los tratados de derechos humanos y el habeas corpus contra resoluciones judiciales*, Lima, Justicia Viva, 2003; Donayre, Christian. *El habeas corpus en el Código procesal constitucional: una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, Cfr. p. 99 y 100; Huerta, Luis “El proceso constitucional de *habeas*

En cuanto al grado de afectación de la libertad personal que deben tener las resoluciones judiciales para poder ser controladas a través del hábeas corpus, cabe preguntarse cuándo se configura esta vulneración manifiesta a la que se refiere el artículo 4 del Código Procesal Constitucional ¿Únicamente situaciones de privación de libertad personal? ¿O es del caso considerar que el proceso penal en sí mismo, por las consecuencias que comporta, constituye una forma de intervención en la libertad de la persona? La regulación legal no da muchas luces al respecto. La determinación de qué resoluciones judiciales afectan la libertad con una intensidad suficiente como para poder ser cuestionadas a través del hábeas corpus ha sido el resultado de criterios jurisprudenciales que es del caso reseñar.

2.2.1 Resoluciones que suponen un grado de afectación de la libertad individual que permite su control a través del hábeas corpus

Seguidamente se describirá aquellas resoluciones que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que suponen una restricción de la libertad personal suficiente que permita su control a través del hábeas corpus.

a) Resoluciones que suponen una privación de libertad

Definitivamente las resoluciones que suponen algún tipo de privación de la libertad personal ostentan este grado de afectación en la libertad reconocido como para poder ser cuestionadas a través de habeas corpus. Por tanto, cabe cuestionar resoluciones que disponen un mandato de detención, una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad efectiva u otros mandatos de privación de libertad como la detención domiciliaria. Desde luego, también se entiende que procede el hábeas corpus contra aquellas resoluciones que sin necesariamente disponer la detención del procesado, ordenan su ubicación y captura.

b) Resoluciones que suponen una denegatoria de excarcelación

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha entendido que inciden en la libertad personal las resoluciones que deniegan la excarcelación. Así, son comunes los casos de demandas de hábeas corpus contra la resolución denegatoria de cesación (o variación) de prisión preventiva o denegatoria de libertad provisional para el procesado⁵⁰, así como supuestos de denegatorias de beneficios penitenciarios tales como la liberación condicional y la semilibertad⁵¹.

corpus” en: *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Ius et veritas, 2011. p.274; Pereira, Roberto “habeas corpus para la defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad personal”, en: *Actualidad jurídica*, mayo 2005, tomo 138, p. 143, Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. 2º edición, Volumen 2, p. 509.

50 Cfr. Exps. Ns° 04232-2011-PHC/TC, 03337-2011-PHC/TC, 01953-2010-PHC/TC, 00038-2010-PHC/TC, 02771-2010-PHC/TC, entre otras.

51 No obstante que el criterio reseñado resulta bastante claro, cabe hacer mención a que en las sentencias recaídas en los casos Dionisio Llajaruna Sare y Máximo Llajaruna Sare (ambas sumamente relevantes

c) Resoluciones que suponen una restricción menor de la libertad personal

Todas las resoluciones judiciales emitidas en el marco de un proceso penal que imponen al imputado una medida de comparecencia restringida o, en caso de sentencia condenatoria, una pena privativa de libertad suspendida, han sido consideradas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como resoluciones que pueden ser objeto de control a través del habeas corpus. En este rubro se puede cuestionar por ejemplo, el auto de apertura de instrucción (generalmente por cuestiones de debida motivación o ne bis in idem), o resoluciones que imponen medidas como el impedimento de salida del país, o la sentencia si es que ésta impone algún tipo de restricción de la libertad, por ejemplo, al imponerse una pena privativa de libertad suspendida.

d) Resoluciones de adecuación y sustitución de pena

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha considerado dentro de las resoluciones judiciales que pueden ser controladas a través del hábeas corpus aquellas en las que se deniega un pedido de sustitución o de adecuación de pena. Se trata de resoluciones que en sí mismas no suponen ni la imposición de una privación de libertad (que ya se habría decretado en la sentencia condenatoria) ni negativa de excarcelación, ya que la sustitución de pena supone simplemente reemplazar la pena por una menor.

por cuanto fijaron el criterio de aplicación de ley en el tiempo en materia de beneficios penitenciarios) el Tribunal Constitucional consideró un criterio sobre la procedibilidad de este tipo de demandas que nunca siguió. Según lo que se afirma en ambas sentencias, en tanto la libertad personal del condenado se encuentra restringida en virtud de la sentencia condenatoria y la excarcelación por beneficios resulta un derecho expectatio, la denegatoria de estos beneficios penitenciarios no comporta una violación de la libertad personal, por lo que no podrían ser cuestionadas por hábeas corpus sino en todo caso por amparo:

“Ahora bien, que los beneficios penitenciarios constituyan derechos subjetivos expectatios previstos en la ley, no quiere decir que ellos tengan naturaleza constitucional o, acaso, que se encuentren constitucionalmente garantizados en virtud del derecho a la libertad individual.

Como antes se ha expuesto, desde que se expide la sentencia condenatoria, el sentenciado se encuentra temporalmente restringido en el ejercicio libre de su libertad locomotora. Tal restricción constitucionalmente ha de prolongarse hasta que se cumpla con la totalidad de la pena impuesta, de manera que una evaluación judicial que considere que el interno no se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, antes de que venza la pena, a través de la concesión de un beneficio penitenciario, no puede considerarse como una violación de dicha libertad individual (...).

Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria dicha que sea fundamentación [Cf. STC 0806-2003-HC/TC], la resolución que deniega el beneficio penitenciario no constituye una violación del derecho a la libertad individual, sino, concretamente, del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, susceptible de protección mediante un proceso constitucional distinto al hábeas corpus. Y es que si se encuentra restringida temporalmente la libertad locomotora del sentenciado en virtud de una sentencia condenatoria firme, la denegación de tales beneficios penitenciarios no altera tal restricción”. (Exps. Ns° 1593-2003-HC; 1594-2003-HC, fundamentos 19 y 20).

Cabe señalar que el criterio esbozado en el citado párrafo fue dejado de lado desde el mismo momento en que fue publicada, por cuanto no hay una sola resolución del Tribunal Constitucional que haya declarado la improcedencia de la demanda de habeas corpus contra resolución denegatoria de beneficios por falta de incidencia en la libertad individual.

e) Resoluciones denegatorias de recursos

El derecho a los recursos, como elemento del debido proceso puede ser también tutelado a través del hábeas corpus, siempre que sea posible entender que existe conexidad entre este derecho y la libertad personal. En la gran mayoría de casos en los que el Tribunal Constitucional ha resuelto el caso por el fondo, la resolución judicial respecto de la que se cuestionaba la presunta violación del derecho a los recursos tenía las características de una resolución que (en los términos que maneja el Tribunal Constitucional) incide en la libertad. Esto es, se trataba de impugnaciones contra sentencias condenatorias a pena privativa de libertad (suspendida o efectiva)⁵² o resoluciones denegatorias de variación del mandato de detención⁵³. Un caso distinto parece ser el de la sentencia recaída en el expediente N° 4235-2010-HC (caso Fujimori Fujimori), en el que la cuestionada denegatoria del recurso se dio respecto de resoluciones que desestimaban recusaciones, esto es, resoluciones que en sí mismas no tendrían incidencia en la libertad. No obstante el Tribunal Constitucional justificó la necesidad de emitir sentencia de fondo en que se trataba de recusaciones contra los jueces supremos que confirmaron la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad⁵⁴.

2.2.2 Resoluciones que no tienen incidencia en la libertad individual

Conforme a los criterios ya revisados sobre las resoluciones que contienen una afectación de la libertad individual, contrario sensu podemos afirmar que no pueden

52 Cfr Exps Ns° 5019-2009-HC (caso Ysla Guanilo); 01976-2012-PHC/TC (caso Herrera Rodríguez)

53 Cfr Exp. N°1243-2008-HC(caso Bastidas Villanes); Exp. N° 0689-2011-PHC/TC (caso Mendoza Taboada).

54 “4. (...) Así las cosas, una primera consideración que salta a la vista es que en la eventualidad de que la demanda de hábeas corpus sea estimada, la consecuencia no sería la libertad del condenado Alberto Fujimori Fujimori, sino tan solo la obligación de la Corte Suprema de, actuando en segunda instancia, valorar el fondo de los recursos de nulidad interpuestos contra los autos que declararon infundadas las recusaciones planteadas. Ello hace dudar de la relación de conexidad que la pretensión guarda con el derecho fundamental a la libertad personal. No obstante, también es verdad que las recusaciones que en esta eventualidad tendrían que valorarse han sido entabladas contra los vocales supremos que declararon no haber nulidad en la sentencia que condena al referido beneficiario a 25 años de pena privativa de libertad, por lo que no resulta irrazonable sostener, desde esta perspectiva, una relación de conexidad entre la violación a la pluralidad de la instancia alegada y el derecho a la libertad personal del condenado.

5. Esta situación lleva al Tribunal Constitucional a apreciar una duda razonable en torno a la procedencia o improcedencia de la presente demanda, en mérito de lo cual, indefectiblemente, en razón de lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe inclinarse por ingresar a valorar el fondo del asunto. En efecto, conforme a lo previsto en el referido precepto “[c]uando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

6. En definitiva, a la luz de lo expuesto, encontrándose vigente y en ejecución una sentencia penal firme limitativa de la libertad personal, expedida en un proceso penal del que, a su vez, derivan los incidentes recusatorios en los que, según se alega, se ha producido la violación constitucional al derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito, *ratione materiae*, para analizar la cuestión de fondo planteada en el marco de un proceso de hábeas corpus”.

ser cuestionadas a través del hábeas corpus aquellas resoluciones que no generan restricciones en la libertad personal, es decir, aquellas que no contienen ninguna medida restrictiva de la libertad. En este sentido, resultan improcedentes las demandas de hábeas corpus contra la resolución que dispone la acumulación de un proceso⁵⁵, o el auto de enjuiciamiento⁵⁶, o que deniega la expedición de copias⁵⁷ o la resolución que fija fecha para lectura de sentencia, en tanto la misma no supone una restricción de la libertad, por cuanto la eventual orden de captura se emitiría posteriormente como consecuencia de la eventual inconcurrencia del imputado⁵⁸. Del mismo modo, tampoco proceden demandas de hábeas corpus contra el auto de apertura de instrucción que dispone la comparecencia simple⁵⁹, la sentencia que condena a una pena privativa de libertad suspendida cuya única regla de conducta consista en pagar la reparación civil o el pago de la multa⁶⁰.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tampoco incide en la libertad individual, y por tanto, no puede ser cuestionada mediante hábeas corpus, la sentencia en la que se condena a una pena de prestación de servicios a la comunidad⁶¹. Esto resulta particularmente controversial puesto que el cumplimiento de una pena limitativa de derechos (servicio comunitario) podría contener una intervención en la libertad similar o incluso mayor a ciertas restricciones que se impone en la comparecencia restringida. En efecto, el acudir al juzgado cada treinta días puede significar una restricción menor de la libertad que el ir a cumplir determinada labor (más veces en un mes).

Tampoco pueden ser cuestionadas por habeas corpus las resoluciones que se dictan en un proceso civil, a excepción de las emitidas conforme a la facultad prevista en el artículo 53 del Código Procesal Civil que autoriza al juez a ordenar la detención hasta por 24 horas de quien resiste una orden judicial⁶².

Conforme a los criterios jurisprudenciales reseñados, lo que resulta determinante según el Tribunal Constitucional para evaluar si en el caso estamos ante una resolución

55 Cfr. Exps Ns° 0985-2005-PHC/TC, caso Phillip Mofya; Exp. 7786-2005 PHC/TC caso Óscar Lizardo Benitez Linares Funds 2-3; Exp. N.° 6371-2006-PHC/TC caso Miguel Alberto Salas Sánchez, fundamento 2; Exp. N.° 02553-2007-PHC/TC caso Jorge Eduardo Olivares Del Carpio; Exp. N.° 03044-2007-PHC/TC caso Wilbert Elki Meza Majino.

56 Cfr. Exps. Ns° 04776-2011-PHC/TC; 730-2012-HC.

57 Cfr. Exp. N° 2193-2012-PHC/TC.

58 Cfr. Exps Ns° 4171-2010-HC; 959-2011-HC.

59 Cfr. Exps. Ns.° 0950-2011-PHC/TC; 00981-2011-PHC/TC.

60 Cfr. Exp. N° 5271-2008-PHC/TC.

61 Cfr. Exps. Ns.° 03339-2008-PHC/TC caso Luis Randinovich Borja Vigil; 04016-2007-PHC/TC caso Gloria Esther Rojas Arroyo y Otro.

62 Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.

En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede: (...)

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

judicial que contiene una afectación de la libertad que merece ser controlada a través del hábeas corpus es que la misma afecte la libertad individual (ya sea porque dispone la restricción, deniega la libertad, etc). y no necesariamente que en el mismo proceso se haya dictado una medida restrictiva o privativa de libertad. En este sentido, si en el marco del proceso penal la libertad personal se ve restringida en virtud de una resolución distinta de la que es materia del hábeas corpus, la demanda será improcedente⁶³.

Otro supuesto que puede ser materia de análisis es el relativo a los casos en que habiendo sido una persona sido liberada de toda restricción de su libertad personal a través de una sentencia absolutoria o de un auto de sobreseimiento, dicha resolución es anulada ¿cabe acudir al hábeas corpus para cuestionar dicha resolución anulatoria? Conforme con la opción asumida por el Tribunal Constitucional en el sentido de que ni la resolución que declara la nulidad del auto de apertura de instrucción ni la nulidad de sobreseimiento o absolución merecen control a través del hábeas corpus en tanto que dicha resolución en sí misma no contiene restricciones de la libertad personal⁶⁴.

2.2.3 Casos de omisión

Un supuesto que en estricto no configura habeas corpus contra resolución judicial son aquellos casos en los que no se cuestiona en estricto una resolución, sino una omisión de la judicatura. Caso tales como la prescripción de la acción penal, el plazo razonable del proceso, el exceso de la detención. En estos casos la jurisprudencia constitucional se ha decantado por no exigir firmeza a menos que se haya solicitado un pedido al interior del proceso y este esté en trámite.

2.3 Firmeza de la resolución judicial cuestionada

Conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad para la demanda de hábeas corpus, la firmeza de la resolución judicial cuestionada.

A diferencia del proceso de amparo -en el que de manera expresa se establece que es improcedente la demanda cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo- en el proceso de hábeas corpus se regula la exigencia de firmeza sin especificar si las resoluciones consentidas pueden ser cuestionadas a través de este proceso constitucional⁶⁵.

63 Cfr EXP N°s 1838-2011-PHC/TC; 3670-2010-PHC/TC.

64 Cfr. Exps. N°s 3540-2012-HC, fundamento 5.

65 Así lo prevé el Código Procesal Constitucional:

“El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

El Tribunal Constitucional ha tomado posición al respecto, considerando que la firmeza exigida en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional implica que se hayan agotado los medios impugnatorios. Es decir, que las resoluciones consentidas (que no fueron cuestionadas mediante ningún medio impugnatorio) no pueden ser consideradas como firmes⁶⁶.

La idea que subyace a la exigencia de firmeza radica en que son los órganos jurisdiccionales en general (y no solo la jurisdicción constitucional) los llamados a proteger los derechos. Sin embargo, hay ocasiones en las que el propio poder judicial incurre en excesivas dilaciones del trámite del recurso, lo que incluso podría tornar en irreparable la agresión⁶⁷, por lo que resulta factible introducir supuestos de excepción a la obligación de firmeza. Es así que el Tribunal Constitucional, basándose en los supuestos de excepción previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 46,2) que permiten recurrir al sistema interamericano de Derechos Humanos sin necesidad de agotar los recursos internos⁶⁸, a través de la sentencia recaída en el caso Villar De la Cruz⁶⁹, ha determinado que no resulta exigible el agotamiento de los recursos al interior del proceso en los siguientes casos:

- “a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia,
 - b) que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso,
 - c) que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión,
 - d) que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados para su resolución”.
- (Exp. N° 4107-2004-HC/TC, fundamento 8).

Sin embargo, han sido muy pocas las veces en las que el Alto Tribunal ha hecho uso de estas excepciones para resolver un caso. Acaso en parte por desconocimiento de las partes. Uno de los pocos casos en los que se utilizó esto es en el proceso de amparo

66 Esta posición ha sido adoptada a través de la sentencia recaída en el expediente N.º 4107-2004-PHC/TC fundamento 5 (Leonel Richi Villar De La Cruz), reiterado en constantes pronunciamientos de dicho Tribunal Cfr. Exps N.º 01768-2008-PHC/TC, 01916-2008-PHC/TC, 03743-2007-PHC/TC, 00431-2008-PHC/TC, 01986-2008-PHC/TC, 05236-2007-PHC/TC, 1238-2007-PHC/TC, 3141-2006-PHC/TC, entre otros.

67 Cfr. En el mismo sentido Castañeda Otsu, Susana, “El proceso de habeas corpus en el Código Procesal Constitucional” en: *Introducción a los procesos constitucionales*. Lima, Jurista, 2005.

68 El referido artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite acceder al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin necesidad de agotar los recursos internos siempre que:

- “a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y,
- c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

69 Cfr. Exp. N.º 04107-2004-HC/TC (fundamento 8).

recaído en el expediente N° 633-2007. En él, se utiliza artículo 134 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁰ para evaluar la dilación en resolver la impugnación.

Existen otros supuestos en los que podría ser también de aplicación la excepción a la firmeza por mora en el plazo. En efecto, a diferencia del Código del Procedimientos Penales que no contempla plazos para la resolución de los recursos, en cambio el Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo 957) contiene varias reglas concretas sobre este aspecto. Así, por ejemplo, establece de modo general que el plazo para resolver la apelación de los autos es de 20 días (artículo 420, inciso 7), que la transferencia de competencia será resuelta en tres días (artículo 40, inciso 2), y que en la apelación del mandato judicial de detención preliminar la resolución se dará el día de la vista o al día siguiente (artículo 267,2). Transcurridos dichos plazos sin que se dicte resolución que confirme la resolución impugnada, procedería interponer demanda de hábeas corpus, en aplicación de las referidas reglas establecidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Otro caso que puede constituir una excepción a la exigencia de agotamiento de los recursos, lo constituiría aquella demanda de hábeas corpus, mediante la que se pretenda cuestionar una detención preliminar dispuesta por autoridad judicial (artículo 261 del Código Procesal Penal; artículo 3 de la Ley N.º 27934). En ese supuesto cualquier apelación contra dicha resolución tardaría más tiempo que lo que se tardaría en terminar la ejecución de la detención (24 horas), por lo que, en caso de que se considere arbitrario dicho mandato judicial y se pretenda cuestionar mediante hábeas corpus operará también como un supuesto de excepción a la regla del agotamiento de los recursos. Desde luego, esta excepción sólo sería aplicable en caso de que la persona haya sido efectivamente detenida en virtud del mandato de detención -en cuyo caso la apelación sería resuelta después del cese de la detención- y no en aquél caso que dicho mandato haya sido dictado pero no ejecutado. Asimismo, debe tratarse de una detención preliminar por un delito común cuya duración máxima es 24 horas y no el caso de terrorismo o tráfico ilícito de drogas, cuya duración sería de hasta 15 días, por cuanto el plazo para resolver la apelación es de 48 horas conforme al Código Procesal Penal (artículo 267 del Código Procesal Penal). Ello también resulta aplicable a los casos en los que un juez civil ejerza la facultad judicial de detención por 24 horas prevista en el artículo 53 del Código Procesal Civil⁷¹.

70 Art. 134.- La Corte Suprema y las Cortes Superiores ven las causas en audiencias públicas, por riguroso orden de ingreso, dentro de los treinta días siguientes a que se hallen expeditas para ser resueltas. No es necesario que la designación de día y hora para la vista conste en resolución expresa. (...) Tratándose de *autos*, quejas de derecho, contiendas de competencia, procesos sobre alimentos, hábeas corpus, acciones de amparo y procesos con reo en cárcel, o que estén por prescribir, la vista de la causa tendrá lugar dentro del quinto día de hallarse expeditas.

En todo caso, *deben resolverse en un plazo máximo improrrogable de tres meses calendarios* sin perjuicio de la normatividad procesal expresa que señale un plazo menor, especialmente en las acciones de garantía (...) (énfasis agregado).

71 Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.-

En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede:

2.4 Sobre la exigencia de afectación a la tutela procesal efectiva

Cuando el Código Procesal Constitucional reconoce expresamente la posibilidad de efectuar el control constitucional de una resolución judicial a través del amparo o hábeas corpus exige una afectación de la “tutela procesal efectiva”. Se trata de un término acuñado por el propio Código Procesal Constitucional, y utilizado por primera vez en la jurisprudencia nacional a través de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso “Taj Mahal Discoteque”⁷². El propio artículo 4 del Código Procesal Constitucional la define señalando que engloba al acceso a la justicia y al debido proceso:

“Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...).

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Al margen de la posición que tomemos respecto de la relación entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, ambos derechos en su conjunto (ya sea uno dentro del otro o de manera independiente), en primer lugar 1) engloban la totalidad de garantías procesales del justiciable frente al servicio de justicia y es segundo lugar 2) deben ser entendidos como “derechos continente”, cuya labor ha consistido siempre en agrupar garantías, sin un contenido propio⁷³. En este sentido, conjugando ambos factores llegamos a la conclusión de que al margen de la relación existente entre ambos derechos,

(...)

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

72 Cfr. Exp. N° 3283-2003-AA/TC, publicada el 16 de junio de 2004

73 Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.° 4587-2004-PA/TC:

25. El Tribunal Constitucional (...) considera pertinente recordar su doctrina según la cual, en nuestro ordenamiento constitucional, la tutela jurisdiccional es un derecho “continente” que engloba, a su vez, 2 derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC) (...).

26. También tiene dicho este Tribunal que, al igual que lo que sucede con el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho al debido proceso es un derecho que tiene la propiedad de albergar en su seno una serie de derechos fundamentales de orden procesal (...).

el resultado será siempre el mismo: el legislador, al introducir el término “tutela procesal efectiva” ha querido comprender a todas las garantías judiciales de orden procesal.

Ahora bien, es preciso apuntar que para comprender la decisión del legislador de exigir una afectación de derechos procesales (tutela procesal efectiva) para admitir el hábeas corpus contra resolución judicial es preciso tener en cuenta la evolución que ha experimentado este proceso constitucional, desde un contexto en el que el habeas corpus contra resolución judicial se encontraba vedado hacia otro en el que se entiende que resulta necesario efectuar un control constitucional de todos los actos del poder público, incluida la función jurisdiccional. Conforme a lo ya reseñado en el punto 1 del presente texto, fue a través de una interpretación a contrario del término “proceso regular” –previsto en el artículo 6,2 de la Ley N° 23506 que había sido concebido con la intención de impedir el uso del amparo y el hábeas corpus contra resoluciones judiciales– como aquel supuesto en el que se respetaran las garantías de la Administración de justicia, que se llegó a entender que si no cabe el proceso constitucional contra proceso “regular”, cabe entonces contra proceso “irregular”, aquél que viole el debido proceso o la tutela judicial efectiva. Esta interpretación fue en su momento bien recibida en nuestro medio⁷⁴. Es sobre la base de esta idea que el Código Procesal Constitucional vincula el amparo y el hábeas corpus contra resolución judicial con la afectación de derechos de índole procesal. Así, exige una afectación a la “tutela procesal efectiva”⁷⁵. Llegado a este punto ¿Es posible tutelar derechos distintos a los estrictamente procesales a través de un hábeas corpus contra resolución judicial?

2.5 Sobre la posibilidad de tutelar mediante hábeas corpus contra resolución judicial, derechos distintos de la tutela procesal efectiva

Como ya se ha visto, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, parece limitar los derechos protegidos por el hábeas corpus contra resolución judicial a las

27. Por tanto, el Tribunal es de la opinión que, (...) el derecho a la tutela jurisdiccional no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden (...)."

Criterio que ha sido sostenido en la jurisprudencia del TC: Exp. N° 01452-2009-PHC/TC; 04614-2011-PA/TC; 01499-2011-PA/TC; 00286-2008-PHC/TC; entre otras.

74 Cfr. San Martín, César. “El Control Constitucional de la Subsunción Normativa realizada por la Jurisdicción Penal Ordinaria” en: *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional*. Lima, Palestra, Centro de Estudios Constitucionales, 2006. pp. 290-291. Del mismo modo, durante la vigencia de la ley N° 23506 se concebía proceso regular como “debido proceso”. Cfr. Sáenz Dávalos, Luis. “Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias” en: Castañeda Otsu, Susana (coord). *Derecho Procesal Constitucional*. 2° edición. Lima, Jurista, 2004 p. 741. En el mismo sentido de solo admitir el control de derechos procesales: Abad, Samuel ¿Procede amparo contra resoluciones judiciales?, cit. p. 45. Abad, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. 2° edición. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 353-358.

75 “Artículo 4.- Procedencia frente a resoluciones judiciales:
(...)

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

garantías estrictamente procesales, sin embargo, consideramos que una resolución judicial podría también resultar atentatoria de otros derechos. En efecto, si bien los casos más comunes de derechos conexos a la libertad personal afectados por una resolución judicial constituyen aquellos en donde ésta ha sido emitida en violación de un elemento del debido proceso (por ejemplo, debida motivación), cabe la posibilidad de que la misma resolución judicial sin atentar contra ningún derecho de orden procesal haya sido dictada en aplicación de una ley penal que restringe indebidamente un derecho de orden sustantivo (libertad de reunión, inviolabilidad de domicilio, libertad de expresión, etc.). Nótese que la Constitución no ha limitado los derechos que, por relación de conexidad pueden ser tutelados mediante el hábeas corpus.

Además, resultan pertinentes los argumentos que el Tribunal Constitucional esgrimió en la sentencia del caso Apolonia Ccolleca para sustentar la posibilidad de tutelar derechos sustantivos a través del amparo contra resolución judicial. En buena cuenta, conforme al criterio esbozado por el Alto Tribunal, de la eficacia vertical de los derechos fundamentales se deriva que dentro de los sujetos obligados para con el respeto de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, entre los cuales se encuentra, naturalmente, el Poder Judicial, el cual se encuentra vinculado a todos los derechos fundamentales (y no solo los procesales) cuando ejerce función jurisdiccional⁷⁶.

Un breve repaso por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano nos permite constatar que el Alto Tribunal ha reconocido al menos implícitamente que, a través del hábeas corpus contra resolución judicial, es posible ejercer la protección de otros derechos que exceden lo puramente procesal, por ejemplo cuando ha emitido pronunciamiento de fondo en algunos aspectos relativos al principio de legalidad penal, como lo es la *lex previa*⁷⁷ o la *lex stricta*⁷⁸. Al respecto, si un principio limitador del *ius puniendi*, como lo es la legalidad penal ha sido materia de múltiples pronunciamientos por parte de la justicia constitucional, no habrá inconveniente para que otros principios tales como la culpabilidad, lesividad, proporcionalidad merezcan también pronunciamiento de fondo en estos procesos. Asimismo, el Tribunal Constitucional también ha emitido pronunciamientos de fondo respecto de otros asuntos que tampoco se circunscriben en el marco de las garantías de orden procesal, como es el caso de la sustitución de pena por retroactividad benigna⁷⁹ o la igualdad en la aplicación de la ley⁸⁰.

76 Cfr. Exp. N° 3179-2004-AA/TC, fundamentos 17 y 18.

77 Cfr. Exps. Ns° 3201-2003-HC/TC, 0442-2007-PHC/TC, 0056-2004-HC/TC.

78 Cfr. Exp. N° 2758-2004-HC/TC.

79 Cfr. Exps. Ns° 06406-2007-PHC/TC, 09810-2006-PHC/TC, 2389-2007-PHC/TC, 01043-2007-PHC/TC, 02283-2006-PH/TC.

80 Cfr. Exps. Ns.° 02593-2006-PHC/TC; en el caso del amparo el Exp. N° 2039-2007-PA/TC.

LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

Algunos casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional

Vanessa Tassara Zevallos

Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Procesal
Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad ESAN

SUMARIO: 1.- **Introducción.** 2.- **El Tribunal Constitucional y su Derecho Procesal.** 2.1. El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado (la tesis de Peter Häberle). 2.2 El Derecho Procesal Constitucional como una implicación recíproca entre Derecho sustantivo y procedimiento (la tesis de Gustavo Zagrebelsky). 2.3 El principio de autonomía procesal y la configuración del Derecho Procesal del Tribunal Constitucional. 3.- **El Recurso de Agravio Constitucional (RAC).** 3.1. Fundamento normativo del RAC. 3.2 Naturaleza del recurso. 4.- **La procedencia excepcional del RAC. Algunos casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional.** 4.1 RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional (Resolución recaída en el Expediente N° 0168-2007-Q/TC, caso Banco Continental). 4.2 RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia estimatoria del Poder Judicial emitida en el marco de un proceso constitucional (Resolución recaída en el Expediente N° 0201-2007-Q/TC, caso Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno). 4.3 RAC a favor de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos (Sentencia recaída en el Expediente N° 2748-2010-PHC/TC, caso Alexander Mosquera Izquierdo). 4.4 Recurso de Apelación por Salto a favor de la ejecución de una Sentencia del Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2009-PA/TC, caso Roberto Allcca Atachahua). 4.5 RAC a favor de la lucha contra el terrorismo (Sentencia recaída en el Expediente N° 1711-2014-PHC/TC, caso Víctor Polay Campos y otros). 5.- **Conclusión.**

1. Introducción

En los últimos tiempos el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en pro de la defensa de los derechos fundamentales y de la institucionalidad democrática se ha constituido en una actividad jurisdiccional que no deja de llamar la atención. No obstante ello, la manera como el Tribunal Constitucional viene asumiendo y practicando su Derecho Procesal o Derecho Constitucional adjetivo, como lo califica Cruz Villalón, en aras de la defensa de dichos derechos, es una actividad que a pesar

de su relevancia no ha calado profundamente en la intención analítica de nuestra comunidad jurídica.

Para entender y reconocer la labor que despliega la judicatura constitucional y la concreción a la que arriba en sus sentencias, es necesario saber cuál es el punto de partida, vale decir, tener claro cuál es la concepción de norma fundamental, de Derecho constitucional y Derecho Procesal en el que se fundamenta. Y, esto, por cuanto muchas actuaciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional como las desplegadas en las Resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 0168-2007-Q y 0201-2007-Q, así como en las Sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 2748-2010-PHC, 0004-2009-PA y 1711-2014-PHC pueden tornarse incomprensibles e inoportunamente criticadas si es que no se conoce la manera como el Tribunal realiza la actividad interpretativa de la Constitución y de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional, en su Ley Orgánica, así como en su Reglamento Normativo.

A diferencia de la judicatura ordinaria, el Tribunal Constitucional goza de un amplio margen configurador de la actividad procesal especial que realiza, es decir, goza de una autonomía procesal que lo desvincula de las delimitaciones formales de acción propias de la Teoría General del Proceso, ya que la supremacía de la Constitución y la defensa efectiva de los derechos fundamentales en ninguna circunstancia pueden quedar subordinadas al respeto de las formas por las formas¹. Va a ser, por tanto, en el marco de su actividad interpretativa que el Tribunal, apoyado en el principio de autonomía procesal, configurará su Derecho Procesal.

Para el desarrollo del presente trabajo nos detendremos en el estudio de uno de los espacios donde está reflejado ese ejercicio de autonomía procesal al que aludimos. En particular nos referimos a los supuestos de procedencia excepcional del Recurso de Agravio Constitucional y la manera cómo el Tribunal Constitucional ha venido configurando la aplicación de dicho recurso.

2. El Tribunal Constitucional y su Derecho Procesal

2.1 El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado (la tesis de Peter Häberle)

En su artículo titulado “El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, que fuera publicado en 1976 por primera vez, Peter Häberle va a establecer que “el Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos

1 Cfr. STC recaída en el Expediente N.º 0005-2005-CC, F.J. 7.

sentidos: en que él mismo es un Derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental”².

Este doble contenido que plantea la definición del Derecho Procesal Constitucional delineada por el profesor alemán, puede ser entendida, a nuestro juicio, de la siguiente manera. En primer lugar, partiendo de la Teoría Constitucional, se plantea la idea definitoria de que el Derecho Procesal Constitucional es Derecho Constitucional concretizado. Y en segundo lugar, se postula el reconocimiento de un Derecho Procesal Constitucional provisto de una autonomía procesal particular que se legitima en la intención de dar contenido y vida a las normas sustantivas y procesales previstas en la Ley Fundamental.

Al parecer, no estaríamos ante una definición compleja, sin embargo, para los cometidos que persigue este artículo, debemos analizar con más atención cada uno de los dos contenidos referidos.

El Derecho Procesal Constitucional es Derecho Constitucional concretizado. Un análisis respecto a la naturaleza que ostentan las normas en un ordenamiento jurídico permite arribar a más de una característica. A nosotros nos importa aquella clásica particularidad referida al tipo de norma, vale decir, aquella que clasifica a las normas en sustantivas y procesales.

Todo Derecho sustantivo tiene su complemento en el Derecho adjetivo. Ello, por cuanto, el primero recoge las normas de contenido material, los principios o lo que metafóricamente podríamos llamar los puntos de partida; en tanto que el segundo, es decir el Derecho adjetivo, aparece para concretar esas normas materiales y para permitir su aplicación.

Por tanto, cuando se postula –como Häberle– que el Derecho Procesal Constitucional es Derecho Constitucional concretizado se reconoce, en primer lugar, que frente al Derecho Constitucional hay un Derecho Procesal, y, en segundo lugar, que las normas contenidas en la Constitución, en su mayoría principios de carácter indeterminado, van a ser complementadas y aplicadas por ese Derecho procesal³.

2 Häberle, Peter (1976). “El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima, Palestra Editores S.A.C y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004, p. 27.

3 “El alejamiento del Derecho Procesal Constitucional de las categorías clásicas del Derecho Procesal se basa en que las distintas áreas del Derecho tienen un ámbito sustantivo y adjetivo en paridad de condiciones, tal como sucede, por ejemplo, en el Derecho Civil, donde la regulación procesal tiene la misma jerarquía que la existente a la sustantiva, pues tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil tienen el rango de ley. Esto no sucede, por el contrario, en el ámbito constitucional. El Código Procesal Constitucional debe proceduralizar las cuestiones sustantivas que se encuentran en la Constitución, norma que tiene claramente un nivel jerárquico superior, motivo por el cual, y tomando en cuenta el principio institucional de la interpretación conforme a la Constitución (recogido, entre muchos, en el fundamento 4 de la sentencia del Expediente N.º 1679-2005-PA/

Y, en esta línea, es que el Tribunal ha reconocido que “la concretización de la Constitución en cada controversia constitucional, impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales’, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución”⁴.

El Derecho Procesal Constitucional goza de una autonomía propia que se legitima en el propósito de dar contenido y vida a las normas de la ley fundamental. Cuando los tribunales constitucionales buscan dar las mejores respuestas a los casos que se les plantean de cara a los derechos fundamentales, requieren de una herramienta eficaz para tal propósito. Es ahí donde aparece el Derecho Procesal Constitucional. El mismo que no solo complementará y aplicará las normas sustanciales contenidas en la ley fundamental, sino que también velará por la esencia de las normas procesales que lo constituyen como disciplina adjetiva.

Es decir, la tarea que despliega el Derecho Procesal Constitucional no solo supone una conversión de la ley fundamental al Derecho Procesal, sino que también supone preservar lo auténtico y especial del proceso constitucional, por lo que Häberle advierte con razón que “el Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales”⁵. Es decir, el Derecho Procesal constitucional adquiere autonomía para flexibilizar su aplicación, “de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). [Y, en la misma lógica,] el artículo III del Título preliminar del CPConst. establece la obligación del juez constitucional de ‘adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales’, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales”⁶.

2.2 El Derecho Procesal Constitucional como una implicación recíproca entre Derecho sustantivo y procedimiento (la tesis de Gustavo Zagrebelsky)

Consideramos que la tesis central de Gustavo Zagrebelsky en su artículo titulado “¿Derecho procesal constitucional?” se resume en el siguiente postulado: “la justicia

TC o en el fundamento 8 de la sentencia del Expediente N.º 0002-2003-AI/TC), el Código Procesal Constitucional debe ser entendido, comprendido y analizado de acuerdo los contenidos existentes en la Norma Fundamental”, STC recaída en el Expediente N.º 7873-2006-PC, F.J. 7.

4 Cfr. RTC de Admisibilidad recaída en los Expedientes N.ºs 0025-2005-PI, 0026-2005-PI (acumulados), F.J. 15.

5 Ibidem, p. 32.

6 Cfr. STC recaída en el Expediente N.º 1417-2005-PA, F.J. 48.

constitucional se encuentra constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aun cuando no solamente de ello. Aquella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. La justicia constitucional no debe ser concebida como una suma de estos dos elementos sino más bien como una unión, puesto que toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una implicación recíproca”⁷.

Es decir, en palabras de Zagrebelsky, el Derecho Procesal Constitucional es una implicación recíproca entre Derecho sustantivo y procedimiento. Las normas sustantivas inspiran las procesales y éstas materializan aquéllas. Empero, un hecho no completa al otro, sino que ambos forman parte de un solo fenómeno.

No obstante, si bien es cierto la postura de Zagrebelsky sobre lo que supone el Derecho Procesal Constitucional está sintetizada en las líneas precedentemente descritas, también lo es que el mismo profesor italiano ha esbozado algunas otras ideas relevantes que integran dicha tesis central. Las mismas que intentaremos recoger, sucintamente, a continuación.

Así, refiere Zagrebelsky que el Derecho Procesal Constitucional que aplican los tribunales o cortes constitucionales presupone la existencia de una diferencia entre Derecho Procesal y Derecho procedimental, y, esto por cuanto, toda controversia litigiosa tiene una traducción sustantiva (en el proceso), es decir, un detrás de posiciones subjetivas que buscan prevalecer en el proceso apelando a procedimientos (los que debe aplicar el juez) para lograr la tan ansiada tutela.

Señala también que el juicio constitucional tiene una doble dimensión: subjetiva y objetiva. Sin embargo, resalta su carácter objetivo por considerar que esta dimensión garantiza la coherencia normativa en relación con la ley fundamental.

Finalmente, analiza las relaciones entre una corte (o tribunal) constitucional y el gobierno y, al respecto, advierte que la justicia constitucional termina en la línea de tensión que surge entre las exigencias objetivas del gobierno (ley) y las exigencias subjetivas de las personas (tutela) por lo que deberá otorgar una respuesta (la misma que se materializa con el fin del proceso constitucional).

7 Zagrebelsky, Gustavo (2001). “¿Derecho procesal constitucional?” En: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 2, febrero 2008, p. 465. La primera vez que se publicó en el Perú este artículo fue en la *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 4, diciembre 2001, y su traducción al castellano estuvo a cargo del profesor Giovanni Priori Posada.

2.3 El principio de autonomía procesal y la configuración del Derecho Procesal del Tribunal Constitucional

La presencia del Tribunal Constitucional como parte de la estructura orgánica del Estado constitucional y democrático de Derecho se funda en dos principios definitorios de dicho modelo estatal, a saber: el principio jurídico de supremacía constitucional, que garantiza la primacía y carácter normativo de la Constitución y, el principio político de soberanía popular, como expresión de la democracia representativa. Es pues esta fundamentación justificatoria de la presencia del Tribunal Constitucional, la que torna compleja su propia naturaleza y obliga a entenderlo como un órgano constitucional de carácter jurisdiccional que también ostenta un cariz político.

Ahora bien, órgano constitucional porque es el propio constituyente quien deja establecido en la Constitución el status que lo define (funciones, competencias, composición, forma de elección de sus miembros, entre otros). Órgano político, no en los términos tradicionales sino que en el desarrollo de la labor jurisdiccional que despliegan sus decisiones, éstas pueden tener efectos de naturaleza política, más aún, cuando se somete a su análisis las cuestiones políticas (political questions). Finalmente, su naturaleza jurisdiccional se sustenta en el control de constitucionalidad que ejerce y que se ve materializado en sus pronunciamientos emitidos en el marco de los procesos de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo y hábeas data) y procesos orgánicos (inconstitucionalidad y conflicto competencial).

Detengámonos, pues, en la naturaleza jurisdiccional del Tribunal. Ello, por cuanto, la labor jurídica (aplicación de su Derecho Procesal) que este órgano desarrolla tiene como referencia algunos principios que no son propios de la Teoría General Procesal y, por ende, marcan una pauta de diferencia con ella. A nuestro juicio, el principio de interpretación conforme a la Constitución, el principio de autonomía procesal y el principio de doble dimensión que ostentan los procesos constitucionales.

Como sabemos, el primero de ellos, el de **interpretación conforme a la Constitución**, guarda estrecha relación con el carácter normativo de la Constitución y su consecuente efecto vinculante que se proyecta hacia todos los poderes públicos⁸. Carácter que tiene fundamentación en el principio de supremacía constitucional y que

8 Ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N.º 5854-2005-PA, F.J. 3 que “La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º) o de la colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente”.

en nuestro ordenamiento ha sido reconocido en el artículo 51° de la ley fundamental cuando se establece que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”, por lo que, en consecuencia, ninguna norma puede ser aplicada contraviniendo la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo⁹.

Por tanto, la Teoría General Procesal que informa –formalmente– el Derecho Procesal Constitucional no puede desvincularse de la eficacia y fuerza normativa de la Constitución, más aún, si es en ésta donde se encuentran reconocidos los derechos fundamentales procesales y es obligación del intérprete permitir su concretización en el proceso y velar por su garantía. Como ha afirmado el Tribunal, “la interpretación e integración de las normas procesales aplicables a [los] proceso[s] constitucionales], debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirven los procesos constitucionales –la Constitución–, debe realizarse atendiendo a la autonomía y supremacía que este representa respecto al resto del ordenamiento jurídico fundado en la legalidad. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución”¹⁰.

En lo que al principio de **doble dimensión que ostentan los procesos constitucionales** se refiere, éste supone que hay una dimensión objetiva y otra subjetiva en los procesos constitucionales y, ello, por cuanto, si bien es cierto que la finalidad inmediata del control concentrado de normas que realiza el Tribunal Constitucional es defender la supremacía constitucional, eliminando del ordenamiento jurídico aquellas que la contravengan; también es cierto, por otro lado, que su finalidad mediata es impedir que dichas normas sean aplicadas y produzcan afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de las personas.

En tal sentido, si como sostiene el profesor Zagrebelsky, “toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución. No existe [pues] un prius ni un posterius, sino una implicación recíproca”¹¹, para luego advertir en la misma lógica que las dos vocaciones del proceso constitucional (subjetiva y objetiva), son “mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno

9 En esta lógica el profesor De Otto refiere que “sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay Constitución y que la Constitución escrita es norma, la norma suprema”, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 6ta. Reimp. de la 2da. Ed., Barcelona, Ariel S. A, 1988, p. 15.

10 Cfr. STC recaída en el Expediente N.º 0023-2005-PI/TC, F.J. 18.

11 Zagrebelsky, Gustavo (2001). “¿Derecho procesal ...”, ob. cit., p. 465.

de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro”¹²; se constituye en una premisa para el juez constitucional reconocer que los procesos objetivos siempre tendrán en última instancia el deber subjetivo de garantizar los derechos fundamentales de los individuos¹³.

Ahora bien, los alcances de este principio dejan de lado la clásica división de los procesos constitucionales en procesos de la libertad (cuyo fin perseguido es de naturaleza subjetiva) y en procesos orgánicos (con un fin objetivo de persecución), y demuestra, por tanto, su incapacidad para explicar la real naturaleza que se deriva de los procesos constitucionales. No cabe duda que los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data tienen una marcada dimensión subjetiva, su esencia es proteger derechos fundamentales, sin embargo, a través de estos también se puede defender objetivamente la Constitución cuando, por ejemplo, en su seno se realiza control difuso de constitucionalidad o cuando se expide una regla precedente a partir del caso que plantean. Y lo mismo sucede con los procesos de inconstitucionalidad, competencial y de cumplimiento, que si bien tienen como primer objetivo defender la supremacía de la Constitución no descuidan el otro fin, también importante, como es el velar por el respeto de los derechos fundamentales.

Por tanto, a partir del contenido que promueve el principio en mención, cabe afirmar que los procesos de tutela de derechos se han objetivizado y los procesos orgánicos se han subjetivizado, a tal punto que las dos dimensiones siempre están presentes y se cumple con los dos fines que recoge el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional: “(...) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

Finalmente, haremos referencia al especial principio de **autonomía procesal** cuya presencia guarda, a nuestro juicio, una estrecha relación con las características propias del Derecho procesal constitucional y el status¹⁶²⁶ que el Tribunal Constitucional ostenta en nuestro ordenamiento.

En lo que a su fundamento normativo atañe, el principio de autonomía procesal tiene sustento en el artículo 201° de la ley fundamental, en la medida que este precepto reconoce al Tribunal como un órgano constitucional “autónomo e independiente” y hace referencia, por tanto, no solo a una autonomía funcional, competencial, normativa, presupuestal y administrativa, sino también a una autonomía en el ámbito procesal ya que es este el espacio natural donde el Tribunal debe ejercer su labor jurisdiccional. Asimismo, los artículos 51° y 139° inciso 8 de la Constitución también fundamentan jurídicamente la existencia del principio de autonomía procesal, toda

12 Ibidem, pp. 467, 468.

13 Véase STC recaída en los Expedientes N.ºs 0020-2005-AI, 0021-2005-AI (acumulados), F.J. 18.

14 Puede consultarse García Pelayo, Manuel (1981). “El “status” del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Volumen 1, Número 1, enero-abril 1981, pp. 11-34.

vez que a través del primero se reconoce la supremacía y fuerza normativa de la Constitución y, con ello, se advierte que los dispositivos constitucionales no estarán condicionados en su eficacia por los vacíos o deficiencias normativas de naturaleza procesal. Y con el artículo 139º inciso 8, que recoge el principio constitucional de “no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”, se faculta al Tribunal para que vía acción interpretativa se agencie de las reglas procesales que requiera a fin de dar la mejor respuesta al caso.

Pero también a nivel legal el principio de autonomía procesal encuentra sustento normativo. Así se tiene que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en su tercer párrafo, obliga al juez constitucional a adecuar las exigencias de las formalidades previstas con la intención de lograr los fines de los procesos constitucionales, por lo que el Tribunal Constitucional –en la misma línea de lo que se ha dicho en el párrafo precedente– queda legitimado para prescindir de algunas normas procesales y, por el contrario, está facultado para crear otras reglas que lo conlleven a lograr su cometido: velar por la vigencia de la supremacía constitucional y el respeto por los derechos fundamentales.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuál es el contenido de la autonomía procesal?, o ¿cómo ésta puede ser entendida?

Para Patricia Rodríguez-Patrón, la autonomía procesal puede ser calificada “como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el TC, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del Derecho (cuando éstos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el TC, en el seno de los procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad”¹⁵.

Por su parte, César Landa refiere que “si bien delimitar con precisión el contenido de lo que se ha venido a llamar ‘autonomía procesal’ no es una tarea sencilla, podemos considerar como rasgos característicos de la misma el que esté reservada al Tribunal Constitucional, en tanto intérprete supremo de la Constitución. En virtud de la cual, ante las antinomias y lagunas del Derecho, el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicionales de interpretación e integración del Derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio de sus funciones como Supremo intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del poder constituyente”¹⁶.

15 Rodríguez-Patrón, Patricia (2003). *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid, Ediciones Civitas, p. 141.

16 Landa Arroyo, César (2006). “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Lima, Año II, N° 4, julio - diciembre 2006, p. 76.

De lo expuesto por estos profesores se puede sostener entonces que la autonomía procesal podría ser entendida en dos sentidos: uno amplio, el mismo que supone que el Tribunal Constitucional goza de un margen discrecional que le permite jurisdiccionalmente configurar su propio Derecho Procesal a partir de la interpretación de disposiciones constitucionales y legales¹⁷; y, otro restringido, que actúa una vez que el Tribunal ha constatado que a pesar del análisis interpretativo del Derecho que se

17 En distintas oportunidades el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha interpretado y delimitado los alcances del artículo 200° inciso 4 de la Constitución, el mismo que establece un catálogo cerrado de las normas que pueden ser objeto de demanda de inconstitucionalidad, a fin de establecer su competencia para realizar el análisis de constitucionalidad de otras normas no contempladas en dicho catálogo. Así pues, se tiene que en la STC recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI, caso *Legislación penal antiterrorista*, el Tribunal advirtió en el fundamento 21 que “no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N.º 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 del mismo mes (Exp. N.º 007-96-I/TC). El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1° de la LOTC)”. En la RTC de Admisibilidad recaída en los Expedientes N.ºs 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI (acumulados), caso *Decreto Ley N.º 20530*, el Colegiado constitucional reconoció su competencia para revisar leyes de reforma constitucional cuando estableció “5. Que, (...) este Tribunal ha precisado anteriormente que la lista de normas contempladas en el artículo 200°, inciso 4 de la Constitución, como susceptibles de ser impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, tiene un carácter estrictamente enunciativo, mas no taxativo (STC N.º 0010-2002-AI/TC, Fundamento N.º 21). Un criterio distinto implicaría reconocer la existencia de normas eventualmente infractoras del ordenamiento constitucional y que, sin embargo, se encuentran exentas de ser sometidas a un juicio de constitucionalidad, lo que a todas luces resulta inaceptable. 6. Que conviene enfatizar que es deber de este Colegiado preservar la supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales –función valorativa–, expulsando la norma contraria a la Constitución –función pacificadora–, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional –función racionalizadora–. 7. Que, por otra parte, a pesar de que, como quedó dicho, las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad), este Tribunal considera que es posible asignar a tales leyes la calidad de fuentes normativas susceptibles de control de validez, debido a que, si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye. (...) 9. Que, por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad”. Finalmente, en la STC recaída sobre el Expediente N.º 0019-2005-PI, caso *Ley Wolfenson*, se admitió la posibilidad de analizar constitucionalmente una ley ya derogada, así se dijo en los fundamentos 5 y 6 que “5. (...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional). De ahí que el artículo 204° de la Constitución establezca: “La sentencia del Tribunal que declara la

realice, la tarea de llenar el vacío jurídico resulta imposible, por lo que deberá crear sus propias reglas procedimentales a fin de lograr el objeto último de los procesos constitucionales¹⁸.

Por último, el otro punto que merece atención en torno a la autonomía procesal es el referido a sus límites. La pregunta que cae de madura podría ser formulada en los siguientes términos: ¿hasta dónde alcanza el ejercicio de autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional sin que ello suponga una invasión de competencias?

Existen algunos principios que la propia Constitución reconoce –de manera expresa o implícita– y que constituyen justamente el parámetro o marco dentro del cual el Tribunal puede llevar a cabo su actividad jurídico-procesal de forma legítima. Estos principios son el de separación de poderes, recogido expresamente en el artículo 43°; el de prohibición de la arbitrariedad, que tiene su fundamento en el ya citado artículo 43° pero que, sin embargo, no está prescrito literalmente en la Constitución; el de seguridad jurídica que, al igual que el principio de interdicción de la arbitrariedad tampoco está regulado de manera expresa en la ley fundamental, pero dado sus alcances opera como un límite importante frente a la autonomía procesal; y, los principios de razonabilidad y proporcionalidad (artículo 200° in fine).

Ahora bien, los derechos fundamentales también constituyen un freno relevante en la actividad jurídico-procesal del Tribunal. Si bien es verdad que con la finalidad de alcanzar la plena realización de estos derechos la aplicación del principio de

inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.” (subrayado agregado). 6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia”.

- 18 A efectos de resolver adecuadamente algunos casos, el Tribunal ha incorporado a la palestra procesal constitucional la figura del partícipe, así pues en la RTC de Admisibilidad recaída en los Expedientes N.ºs 0025-2005-PI, 0026-2005-PI (acumulados), caso *Colegio de Abogados de Arequipa y otro*, se estableció que “El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos “partícipes” en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”. En la STC recaída en el Expediente N.º 0004-2006-AI, caso *Justicia Militar*, el Tribunal moduló los efectos de su fallo y para ello apeló a la figura de la *vacatio sententiae* al disponer “respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales”.

autonomía procesal queda legitimado, no menos cierto es que bajo ningún supuesto la adopción de reglas procesales puede significar una disminución en la garantía del núcleo esencial de esos derechos fundamentales.

No obstante lo dicho en relación a este punto, también resulta importante tomar en cuenta las precisiones que el Tribunal ha señalado respecto de los tres límites que operan frente a su propia autonomía procesal: “Primero, la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso constitucional, en este caso el artículo 200° de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que la complementación a la cual puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias. Segundo, se realiza en base al uso del Derecho Constitucional material, pero no de manera absoluta; es el caso, por ejemplo, de las lagunas existentes en las prescripciones procesales legales que se detectan y cubren mediante la interpretación que realiza el Tribunal, en el cumplimiento de las funciones que le están encomendadas por la Constitución, empleando para ello determinadas instituciones procesales –como la del litisconsorte facultativo a la que se recurre en la presente resolución. El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto. No obstante, esta aplicación analógica no debe entenderse como una mera traslación mecánica de instituciones. [Y, t]ercero, debe reconocerse el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal general, afirmándose la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan; lo contrario comportaría el riesgo de someterse a un positivismo jurídico procesal basado en la ley”¹⁹.

19 Cfr. RTC de Admisibilidad recaída en el Expediente N.º 0020-2005-AI, F.J. 3.

3. El Recurso de Agravio Constitucional (RAC)

El propósito que persigue el presente artículo busca exponer algunos supuestos excepcionales de procedencia del RAC ante el Tribunal Constitucional. Por ello, consideramos oportuno precisar algunos alcances sobre el fundamento normativo y la naturaleza jurídica del aludido recurso.

3.1 Fundamento normativo del RAC

Tal como está diseñado el modelo de jurisdicción constitucional en el Perú, no cabe duda que quien tiene el deber en primer orden de proteger los derechos fundamentales de la persona es el Poder Judicial. Sin embargo, debido a la importancia que profesan dichos derechos se puede entender que el constituyente haya querido conferir a sus titulares la facultad para hacer uso de un medio impugnatorio excepcional en aquellos supuestos donde la justicia ordinaria no haya sido capaz de reponer efectivamente sus derechos, por lo que en el artículo 202° inciso 2 de la Constitución se advierte que “corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”. Precepto que, como se sabe, ha sido traducido por el legislador en lo dispuesto por el artículo 18° del Código Procesal Constitucional que señala “contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional”²⁰.

Ahora bien, este medio impugnatorio también encuentra sustento normativo en el derecho a la pluralidad de instancias que está recogido en el inciso 6 del artículo 139° de la Constitución y que “garantiza –como dice el Tribunal– que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior”²¹, ello, por cuanto, dadas las complejidades propias de cada proceso y la naturaleza humana de los jueces, las causas no podrían estar a salvo del error. De ahí entonces la necesidad de buscar la intervención de un superior jurisdiccional que confirme o corrija los alcances de la decisión.

3.2 Naturaleza del recurso

Según lo precisado por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente N.º 2877-2005-PHC, “al haberse postulado en la novísima legislación

20 Su antecedente legislativo lo encontramos en el artículo 41° de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, cuyo texto señalaba: “El Tribunal Constitucional conoce el recurso extraordinario que se interponga en última y definitiva instancia contra las resoluciones de la Corte Suprema o de la instancia que la ley establezca, denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento”.

21 Cfr. STC recaída en el Expediente N.º 0604-2001-HC, F. J. 2.

procesal constitucional la figura del RAC, se está reconociendo un mecanismo de control del proceso a fin de tutelar en forma sumaria los derechos invocados por los demandantes. Este recurso circunscribe sus alcances dentro de la clasificación general de recursos excepcionales, dado que no puede invocarse libremente y bajo cualquier presupuesto, sino que la ley procesal constitucional delimita en forma excluyente las materias en las que procede”. Es decir a través del RAC, el Tribunal adquiere en los procesos de tutela de derechos fundamentales la competencia jurisdiccional para conocer, excepcionalmente, las pretensiones del recurrente que hayan sido denegadas por el juez de segunda instancia.

Pero bien, cuál es la verdadera naturaleza del RAC. El Tribunal frente a la conveniencia de ubicar a este mecanismo impugnatorio en su verdadero sentido como recurso, ha precisado lo siguiente:

“Los recursos son susceptibles de clasificación. Según sus efectos, la normatividad ha reconocido distintos tipos. Aparte de los recursos con efecto no devolutivo (la tramitación y la resolución corresponde al mismo tribunal que dictó la resolución que se impugna), con efecto diferido (cuando hay pluralidad de imputados o delitos o cuando se dicte sobreseimiento o cualquier resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal) y con efecto suspensivo (el tribunal dictará una resolución que sustituirá total o parcialmente la resolución recurrida), existen también los que gozan de efecto devolutivo. En este último supuesto, corresponde resolver al tribunal jerárquicamente superior del que dictó la sentencia o resolución, por lo que el inferior devuelve al ad quem la facultad del fallo para que, en segunda instancia, se encargue del reexamen y emita decisión final; por este efecto, la causa se eleva del órgano judicial que ha conocido (a quo) a uno jerárquicamente superior, lo cual provoca un lógico cambio de sede que, a consecuencia de la centralizada estructura jerárquica, ampliará el territorio jurisdiccional del segundo (ad quem). El RAC es un tipo de esta impugnación, al igual que la apelación, la queja y la casación.

Sin embargo, a colación del RAC, es necesario que se realice una clasificación que atienda al grado de urgencia y excepcionalidad del proceso, así como a la naturaleza del derecho a protegerse. De esta forma, se pueden encontrar los recursos ordinarios, los extraordinarios y los excepcionales, los cuales pasamos a explicar.

1. Los recursos ordinarios en el proceso constitucional

Estos recursos son aquellos que no exigen causas específicas para su admisión y, además, no limitan los poderes de los tribunales ad quem; es decir, se protegen normalmente en el proceso y, para su interposición, no necesitan motivos determinados por ley. Entre ellos encontramos la apelación, la queja y la reposición.

Respecto a la primera, cabe mencionar que el artículo 18° del CPCConst. hace referencia indirecta a la misma cuando señala que el RAC procede “contra la

resolución de segundo grado”. Más claro aún resulta lo dispuesto por el artículo 35° respecto al hábeas corpus y el artículo 57° respecto al amparo (y por supletoriedad, al cumplimiento y al hábeas data), en los cuales se resalta la existencia de apelación en estos procesos, siempre y cuando sea realizado en el plazo previsto.

El recurso de queja también se encuentra previsto en el CPConst. Específicamente, en el artículo 19° se desarrolla la posibilidad de presentar este recurso contra la resolución denegatoria del RAC.

2. Los recursos extraordinarios en el proceso constitucional

Frente a los ordinarios, los recursos extraordinarios son aquéllos que exigen motivos taxativos para su interposición. Limitan las facultades del tribunal ad quem. Proceden sólo terminado el trámite ordinario y contra determinadas resoluciones.

El ejemplo más claro de esto es el recurso de casación, que procede únicamente en caso de vicios procedimentales y que comportan un cierto razonamiento de margen procesal civil, en el análisis de errores de derecho material sustantivo o formal procesal. Según el artículo 384° del Código Procesal Civil, la casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema.

Regresando al proceso constitucional, el único recurso que reúne esta cualidad es el RAC, puesto que no procede contra cualquier resolución; vale decir, tan solo procede cuando existe una denegatoria en segunda instancia. Únicamente el demandante puede llegar al grado constitucional, nunca el demandado. Por tal razón, no es ilógico que en el pasado se haya llamado ‘recurso extraordinario’ al RAC, toda vez que ésta es su naturaleza, aunque ahora se le ha dotado de una denominación específica, lo cual configura un importante avance normativo.

3. Los recursos excepcionales en el proceso constitucional

Por último, se encuentran los recursos excepcionales; es decir, aquellos que se interponen contra resoluciones judiciales firmes y con calidad de cosa juzgada. La doctrina reconoce al recurso de revisión como uno de los pocos en esta categoría, ya que la naturaleza de este medio es la de no cuestionar la validez de las sentencias, sino examinar las circunstancias que no han sido tomadas en cuenta por el juzgador, y ver si a raíz de éstas la sentencia debe rescindirse por ser manifiestamente injusta, dando lugar, por consiguiente, a una revisión independiente al proceso, cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas²².

22 Cfr. STC recaída en el Expediente N.º 2877-2005-PHC, F. J. 12.

4. La procedencia excepcional del RAC. Algunos casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional

Como se advirtió en la introducción de este artículo, a diferencia de la judicatura ordinaria, el Tribunal Constitucional goza de un amplio margen configurador de la actividad procesal especial que realiza, es decir, goza de una autonomía procesal que lo desvincula de las delimitaciones formales de acción propias de la Teoría General del Proceso, ya que la supremacía de la Constitución y la defensa efectiva de los derechos fundamentales en ninguna circunstancia pueden quedar subordinadas al respeto de las formas por las formas. Va a ser, por ello, que en el marco de su actividad interpretativa el Tribunal, apoyado en el principio de autonomía procesal, configurará su Derecho Procesal.

En esta línea, los supuestos de procedencia excepcional del Recurso de Agravio Constitucional delineados por el Tribunal Constitucional constituyen un claro ejemplo de la manera cómo este Colegiado hace uso de la tan aludida “autonomía procesal” a fin de configurar su Derecho Procesal.

Por ello, en las próximas líneas, nos dedicaremos a describir y comentar algunos casos, a nuestro juicio, representativos de dicha realidad, como son las Resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 0168-2007-Q, caso Banco Continental y 0201-2007-Q, caso Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno; y, las Sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 2748-2010-PHC, caso Alexander Mosquera Izquierdo; 0004-2009-PA, caso Roberto Allcca Atachahua y 1711-2014-PHC, caso Víctor Polay Campos y otros.

4.1 RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional (Resolución recaída en el Expediente N° 0168-2007-Q/TC, caso Banco Continental)

El 27 de noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional publicó en su portal web la Resolución recaída en el Expediente N.º 0168-2007-Q. En esta oportunidad el Colegiado declaró fundado el recurso de queja presentado por el Banco Continental contra la resolución que desestimaba su recurso de agravio constitucional. La principal motivación para el Tribunal en esta decisión estuvo fundada en el deber de garantizar la eficaz ejecución de sus propios pronunciamientos.

4.1.1 Alcances del supuesto excepcional que habilita la procedencia del RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional

Según lo establecido en el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución, es un principio que inspira la función jurisdiccional y, a su vez, forma parte de las garantías del debido proceso, la prohibición de modificar sentencias y retardar su ejecución.

Como se sabe, este principio ha tenido eco en la normatividad del Código Procesal Constitucional, cuando en su artículo 22° establece que las sentencias que causen ejecutoria en los procesos de tutela de derechos fundamentales deberán actuarse conforme a sus propios términos por el juez de la demanda y deberán cumplirse bajo responsabilidad.

En esa línea normativa es que el Tribunal Constitucional ha recogido el supuesto excepcional que habilita la procedencia del RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional. Así ha señalado en el fundamento 7 de su Resolución que comentamos que:

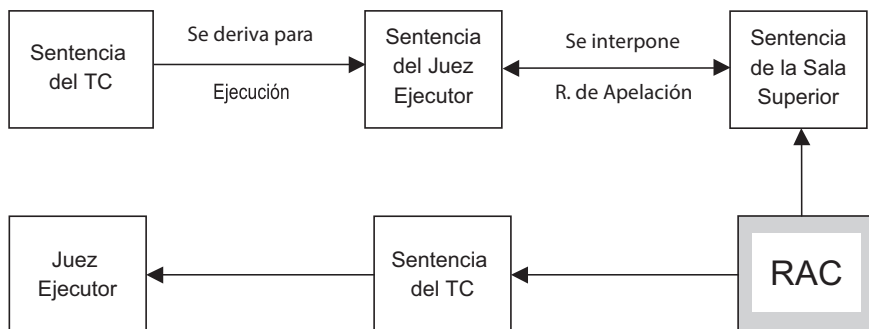
“este Colegiado no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión; frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional”.

Advirtiendo, por tanto, que para efectos de dicho cometido es imperiosa la necesidad de precisar algunos principios que sean aplicables a ese nuevo supuesto de procedencia del RAC frente al incumplimiento de sus fallos en los procesos de ejecución de sentencias. En tal sentido, investido de la autonomía procesal que goza para configurar su Derecho Procesal, el Colegiado ha establecido tres principios a tomar en consideración:

“Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.

Segundo. El Tribunal resolverá así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.

Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19° del CPCConst.” (fundamento 8).



4.1.2 Análisis del RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional

La regla procesal del RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional encuentra sustento en el derecho procesal a la ejecución de las sentencias, específicamente, en el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales²³. No obstante ello, el establecimiento de esta regla procesal guarda estrecha relación con uno de los principales problemas que afronta la judicatura constitucional: el incumplimiento de sus fallos por parte de las instituciones y funcionarios públicos o particulares demandados en procesos de tutela de derechos.

a) El principio de ejecutoriedad de las resoluciones judiciales

Uno de los principios esenciales que recoge todo Estado constitucional es aquel que propugna que las resoluciones emitidas por la judicatura deban ser cumplidas eficazmente, es decir, en un tiempo razonable y en sus propios términos. De no cumplirse los cometidos que busca este principio, se propiciaría una realidad llena de buenas intenciones donde la función jurisdiccional de los tribunales constitucionales quedaría reducida a la mera declaración de opiniones.

Por tanto, no hay espacio para la consolidación de un Estado constitucional si en él existen decisiones judiciales de naturaleza estrictamente dispositiva. Como ha referido el Colegiado español “el obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho”²⁴.

En nuestro caso, la ejecución de las sentencias emitidas por la judicatura constituye una garantía institucional del Estado constitucional de Derecho y, a su vez, un derecho

23 Al respecto, puede verse Huelin Martínez de Velasco, Joaquín (2000). “El derecho a la ejecución de las sentencias. El derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales”. En: *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, N° 10, mayo-agosto 2000, pp. 57-71.

24 STC de España 15/1986.

fundamental de naturaleza procesal que se desprende del inciso 2 del artículo 139° de la Constitución.

b) Las sentencias del Tribunal Constitucional²⁵

Una sentencia constitucional puede ser concebida como el producto de la conjugación de distintos elementos que le confieren una triple dimensión: “como acto procesal, como actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho, y como decisión política, respondiendo a los principios de congruencia, motivación, decisión colegial y eficacia”²⁶. Y, ello, por cuanto la sentencia constitucional constituye un acto propio del órgano constitucional que ejerce funciones tanto de orden jurisdiccional como de orden político.

Asimismo, las sentencias constitucionales responden a un conjunto de principios axiológicos cuyos contenidos se proyectan en los casos a través de las concreciones e interpretaciones que de la ley fundamental realiza el juez constitucional, por lo que estos contenidos hacen de la sentencia constitucional un fallo de mayor relevancia en comparación a otro que provenga de la judicatura ordinaria. En esa línea ha expresado García Pelayo que “dada la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse –y así lo demuestra la práctica de los tribunales de otros países– que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones”²⁷.

Finalmente, cabe señalar que los principales efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional son los de cosa juzgada, el de vinculación a todos los poderes públicos y el de fuerza de ley (sentencias de inconstitucionalidad y precedentes vinculantes).

c) Cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional

Como ya se refirió, uno de los principales problemas que afronta la judicatura constitucional en nuestro país es el incumplimiento de sus fallos por parte de las instituciones y funcionarios públicos o particulares demandados en procesos de tutela de derechos²⁸.

25 Sobre este punto puede revisarse la STC recaída en el Expediente N.º 0024-2003-AI, caso Municipalidad Distrital de Lurín, en la parte pertinente.

26 Garrarena Morales, Angel (1999). “Comentarios al artículo 164° de la Constitución: Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, Edersa, 1999, Tomo XII.

27 García Pelayo, Manuel (1981). “El “status” del Tribunal...”, Ob. Cit., p. 33.

28 El Tribunal Constitucional ha expuesto esta problemática en su Sentencia recaída en el Expediente N.º 0004-2009-AA (F. J. 12), caso *Roberto Allica Atachahua*, haciendo referencia a dos casos: “a. La sentencia recaída en los Exps. Acums N.º 01255-2003-AA/TC y otros que fue publicada en la página web el **22 de abril de 2005**. En dicha sentencia se ordenó a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que, en ejecución de la cobranza del Impuesto Extraordinario a los

Esta problemática, por tanto, coloca en entredicho la capacidad que tiene el Tribunal Constitucional para hacer efectiva sus decisiones expuestas en los fallos. La inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional requiere, en tal sentido, de un mecanismo que permita garantizar y concretizar el fin que persiguen los procesos constitucionales: el respeto por la dignidad de la persona, por la cosa juzgada y por el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales.

Por ello es que el Colegiado Constitucional apelando a su autonomía procesal determina, en la sentencia que se analiza, su competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones del juez de ejecución bajo el nombre de “RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional”, a fin de que se cumplan cabalmente sus pronunciamientos.

Activos Netos, se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios de todas las órdenes de pago contra las que se hubiera interpuesto recursos administrativos. En la etapa de ejecución la sentencia no fue actuada en sus propios términos, lo que originó que la parte demandante con fecha 2 de diciembre de 2005 le solicitara al juez de ejecución que cumpla con la orden de este Tribunal. La tramitación de dicho pedido de ejecución en primera y segunda instancia concluyó el 23 de setiembre de 2008, pues al día siguiente el expediente ingresó a este Tribunal. El pedido de ejecución de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.º 01255-2003-AA/TC y otros fue resuelto por este Tribunal mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 04878-2008-PA/TC, que declaró fundado el recurso de agravio constitucional por haberse incumplido la sentencia mencionada, toda vez que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en ejecución de la cobranza, no se abstuvo de considerar el monto de los intereses moratorios de todas las órdenes de pago cuestionadas en el proceso de amparo. El caso referido pone en evidencia que a nivel judicial la etapa de ejecución de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.º 01255-2003-AA/TC y otros se inició el 2 de diciembre de 2005 y concluyó el 23 de octubre 2009, es decir que duró más de 2 años y 9 meses, sin que haya sido posible que el mandato de la sentencia mencionada sea estrictamente cumplido en sus propios términos, pues finalmente el pedido de ejecución fue resuelto por este Tribunal.

b. La sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC fue publicada en la página web el 16 de abril de 2004. En dicha sentencia se ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura que le entregue a la demandante “a) copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, referente a su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; b) copia del acta de la entrevista personal y copia del video de la referida entrevista personal; y c) copia de la parte pertinente del acta de sesión del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura que contiene la decisión de no ratificarla en su condición de Magistrada del Poder Judicial”. En la etapa de ejecución, en vez de que los órganos judiciales cumplieran con actuar la sentencia en sus propios términos, emitieron resoluciones que la contravenían. Ello originó que la demandante interponga una demanda de amparo contra las resoluciones judiciales emitidas en el proceso de ejecución de la sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC, pues en dicha fecha no existía el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia de este Tribunal. La demanda de amparo se presentó el 11 de agosto de agosto de 2009 y luego de haber obtenido pronunciamientos desfavorables en primera y segunda instancia fue estimada por este Tribunal mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 02813-2007-PA/TC, que en su tercer punto resolutive ordenó “al juez ejecutor de sentencia proceda a emitir nueva resolución en consideración a lo expresamente ordenado por este Tribunal por medio de la sentencia recaída de expediente N.º 2579-2003-HD/TC, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional”. Desde la fecha de emisión de la sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC, esto es, el 16 de abril de 2004, hasta la fecha de ingreso del Exp. N.º 02813-2007-PA/TC, esto es, el 24 de mayo de 2007, transcurrieron más de 3 años para que este Tribunal tomara conocimiento de que el mandato de su sentencia no había sido cumplido en sus propios términos”.

4.2 RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia estimatoria del Poder Judicial emitida en el marco de un proceso constitucional (Resolución recaída en el Expediente N° 0201-2007-Q/TC, caso Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno)

A través de su Resolución recaída en el Expediente N° 0201-2007-Q, la misma que fuera publicada el 4 de diciembre de 2008, el Tribunal Constitucional atendiendo lo ya dispuesto en su sentencia analizada supra precisó la posibilidad de admitir el RAC a fin de garantizar la ejecución en sus propios términos de aquellas decisiones estimatorias de segundo grado que el Poder Judicial haya emitido en el marco de un proceso constitucional.

4.2.1 Alcances del supuesto excepcional que habilita la procedencia del RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia estimatoria del Poder Judicial emitida en el marco de un proceso constitucional

Como se sabe, aquellos supuestos de incumplimiento de lo ordenado en una sentencia o de ejecución defectuosa no pueden pasar inadvertidos para el Tribunal porque suponen una eventual modificación de sus decisiones y una alteración al orden constitucional que ya ha sido restablecido con su pronunciamiento. No obstante, a propósito del caso cuyos alcances se intenta precisar cabe formularse la interrogante de si este mismo razonamiento a favor de garantizar la ejecución de sentencias constitucionales puede ser trasladado al escenario de ejecuciones defectuosas de sentencias estimatorias de segundo grado expedidas por la judicatura ordinaria en el marco de un proceso constitucional.

En esta línea de cuestionamiento el Tribunal ha precisado en el fundamento 7 de su Resolución bajo comentario que una situación de ejecución defectuosa de sentencias estimatorias de segundo grado expedidas por el Poder Judicial

“(…) resultaría igualmente gravosa para el demandante, en su búsqueda de restitución de sus derechos vulnerados, (...), con la agravante que sería el propio órgano jurisdiccional que ha repuesto el orden constitucional –Poder Judicial– mediante la decisión estimatoria, quien desvirtúa la ejecución de sus propios pronunciamientos”

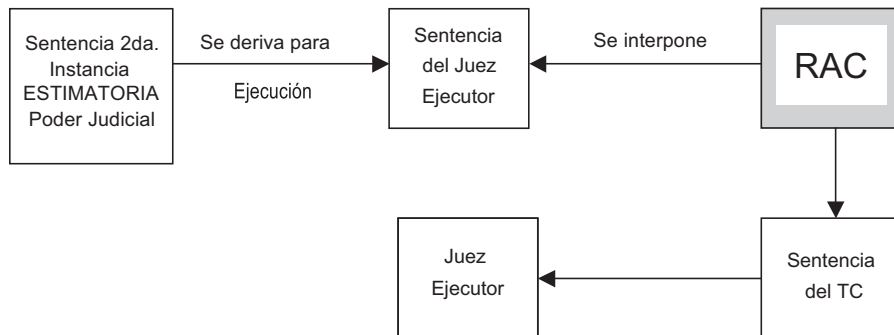
y que por ello

“se hace necesaria una interpretación acorde con la protección de los derechos fundamentales, de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente, que garantice la correcta ejecución de las sentencias estimatorias recaídas dentro de los procesos constitucionales, expedidas por el Poder Judicial” (fundamento 9).

con lo que queda claro entonces

“que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial” (fundamento 10).

Proceso Constitucional



4.2.2 Análisis del supuesto excepcional que habilita la procedencia del RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia estimatoria del Poder Judicial emitida en el marco de un proceso constitucional

La procedencia excepcional del RAC en el presente caso encuentra sustento constitucional directo en el artículo 139° inciso 2 de la ley fundamental.

En el apartado 4.1.2, vid supra, ya se han expresado las razones materiales que justifican la obligación de garantizar la eficaz ejecución de una sentencia –independientemente de quien sea el órgano emisor– vinculada a la tutela de derechos fundamentales. Por tanto, consideramos que no encuentra sentido mencionarla otra vez.

4.3 RAC a favor de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos (Sentencia recaída en el Expediente N° 2748-2010-PHC/TC, caso Alexander Mosquera Izquierdo)

Mediante Sentencia recaída en el Expediente N.° 2748-2010-PHC, la misma que fuera publicada el 17 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional recogió otro supuesto de procedencia excepcional del RAC. Esta vez, se trata de la interposición de dicho recurso por parte de la Procuraduría del Estado contra una resolución de segundo grado estimatoria, que haya sido emitida en el marco de un proceso constitucional que esté relacionado con la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos.

4.3.1 Alcances del supuesto excepcional que habilita la procedencia del RAC a favor de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos

El artículo 8° de la Constitución precisa la obligación del Estado peruano de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

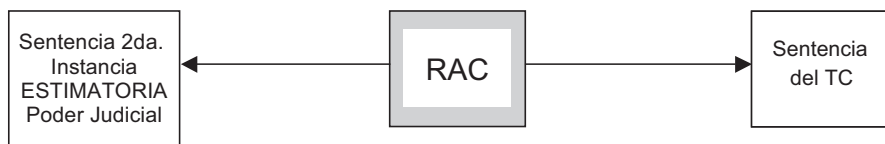
Al respecto, es preciso recordar que los delitos vinculados al narcotráfico, así como al lavado de activos, son ilícitos penales de naturaleza pluriofensiva toda vez que colocan a la sociedad en estado de zozobra y peligro, pero también amenazan la existencia del propio Estado. Por tanto, la obligación de prevenir y sancionar este tipo de delitos, según el Tribunal Constitucional,

“no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas [y sus derivaciones], con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello”²⁹.

En ese sentido, el Tribunal, a fin de concretizar el mandato constitucional contenido en el artículo 8° que referimos supra, ha dispuesto que:

“en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada –independientemente del plazo– para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá ser concedido por las instancias judiciales” (fundamento 15).

Proceso Constitucional



²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 4750-2007-PHC, F.J. 12.

4.3.2 Análisis del RAC a favor de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos

La procedencia excepcional del RAC ante el Tribunal Constitucional contra una sentencia de segundo grado estimatoria³⁰ emitida en el marco de un proceso constitucional vinculada a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos propicia la reflexión en torno a la interpretación que se le debe otorgar a la frase “resoluciones denegatorias” contenida en el inciso 2 del artículo 202° de la Constitución; fórmula de procedencia que el Código Procesal Constitucional también recoge cuando en su artículo 18° advierte que el RAC solo procede contra aquellas resoluciones que declaran infundada o improcedente una demanda de tutela de derechos fundamentales.

En esa línea, consideramos que el supuesto excepcional de procedencia del RAC bajo análisis encuentra justificación en tres razones de orden material como son el carácter normativo de la Constitución, el principio de igualdad, y, la obligación estatal de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

a) El carácter normativo de la Constitución

El paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho ha producido un cambio de paradigma en el constitucionalismo contemporáneo que se traduce en tres hechos esenciales. El primero es que la Constitución ya no es una mera norma política, sino también una norma jurídica; el segundo hecho, supone que los derechos fundamentales se han convertido en el principal límite al poder, y, el tercero, se funda en la tesis de que un Estado no puede ser reputado como democrático y constitucional de Derecho si en él no hay cabida para la justicia constitucional.

Sin embargo, de los tres hechos aludidos, el que guarda estrecha relación con la interpretación del inciso 2 del artículo 2° de la Constitución es justamente aquel que propugna que “la Constitución ya no es una mera norma política sino también una norma jurídica”. Este hecho que si bien es cierto puede ser entendido en un primer momento como uno de naturaleza baladí, se constituye en uno de los más gravitantes ya que se asienta en él una de las premisas básicas del pensamiento constitucional

30 Al respecto cabe recordar que la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de la procedencia del RAC contra una resolución de segundo grado *estimatoria* fue en su Sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-AA donde incluso dicha procedencia excepcional fue establecida como regla precedente aplicable siempre y cuando la decisión de segundo grado estimatoria hubiera sido expedida en abierto desacato de un precedente constitucional vinculante. Sin embargo, en mayo de 2009 a través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3908-2007-PA/TC, caso Provías, el Tribunal dejó sin efecto su precedente. Si se busca conocer más detalles al respecto puede revisarse Grández Castro, Pedro (2009). “El precedente a la deriva. Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 19, julio 2009, pp. 99-114.

de los últimos tiempos. Hoy la Constitución ya no solo es la norma organizadora y orientadora de los poderes públicos que se inspiraba en la necesidad de enterrar las conductas absolutistas como en el liberalismo clásico, sino que la Constitución es norma jurídica y su contenido vincula a todos los poderes y a toda la sociedad; y no solo eso, sino que al ser la norma suprema que preside todo el ordenamiento jurídico y lo fundamenta, determina la validez de los actos de los poderes públicos y de las actuaciones privadas, así como de las leyes.

Pero bien, que la Constitución sea norma jurídica suprema genera también algunas consecuencias acordes con su propia naturaleza, tales como la existencia de un mecanismo especial o agravado que dista del procedimiento legislativo ordinario para su reforma (rigidez constitucional)³¹ y de garantías o mecanismos de control destinados a la preservación de su contenido material o esencial.

Detengámonos en lo segundo, en la existencia de garantías o mecanismos de control que busquen salvaguardar la primacía constitucional y el contenido material de la Constitución.

Manuel Aragón ha sostenido con acierto que: “(...) el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida, de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”³².

Ahora, que la Constitución sea entendida como norma supone i) que ésta es fuente de Derecho; pero no cualquiera, sino la principal; ii) que, en esa medida, determina la producción y validez de las demás normas; iii) que es necesario un órgano que se encargue de interpretarla y resguardar su integridad; y, iv) que la tarea de vigilar la compatibilidad de las otras normas con la Constitución es una tarea que solo puede llevarse a cabo de manera efectiva a través de un control jurisdiccional.

Pero también supone dejar atrás la tesis que postulaba una soberanía del Parlamento donde la ley constituía la suprema expresión jurídica, para asumir que el principio de supremacía constitucional es el que fundamenta al Estado y, que en tal sentido, no existen poderes soberanos y absolutos exentos de control constitucional.

31 Al respecto, puede revisarse Ferreres Comella, Víctor (2000). “Una defensa de la rigidez constitucional”. En: *Doxa*, N° 23, pp. 29-47.

32 Aragón, Manuel (1986). “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, Número 19, enero-abril 1987, p. 16.

Como ya se sostuvo hace más de dos siglos, “¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos. (...). Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación. (...). Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes”³³.

Por tanto, no es posible afirmar que los poderes están sometidos a los contenidos que la Constitución contempla y a los derechos fundamentales que ella reconoce, si por otro lado se admite que los actos de los poderes están relevados de control constitucional a pesar de contravenir el texto constitucional y los derechos fundamentales. En efecto, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, “afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder”³⁴.

De ahí que el Tribunal haya optado por entender que cuando la Constitución le reconoce la competencia para conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; también lo hace respecto de las resoluciones estimatorias. Ello, por cuanto, una interpretación restrictiva del término denegatorias admitiría la posibilidad de que la judicatura ordinaria estime demandas de tutela de derechos en abierto desacato de la norma constitucional y que este hecho quede exento de control; provocando con ello que la fuerza normativa que proyecta la Constitución y su vinculación hacia los poderes públicos pierdan eficacia.

b) Principio de igualdad

Asimismo, hemos referido que la otra razón de orden sustantivo que habilita la posibilidad de que el Tribunal Constitucional excepcionalmente conozca sentencias de segundo grado estimatorias es el principio de igualdad.

No cabe duda que en el marco del Estado constitucional y democrático de Derecho, el asunto de la igualdad se presenta como un elemento natural y pacífico del sistema

33 Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso *Marbury v. Madison* (1803). Texto tomado de Beltrán de Felipe, Miguel y Julio Gonzáles García (2005) *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados de América*. Madrid, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 111-112.

34 Cfr. la STC recaída en el Expediente N.º 5854-2005-AA, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, F.J. 7.

que ya no genera mayor controversia en cuanto a su reconocimiento³⁵ (no obstante, su puesta en práctica es otro tema que no requiere ser abordado en el presente trabajo). Así el concepto de igualdad se presenta en una doble perspectiva: como principio que rige todo el ordenamiento estatal, por ser un valor fundamental que éste debe salvaguardar; y como derecho individual que le confiere a cada persona la facultad para exigir un trato igual ante la ley y a no ser objeto de discriminación alguna.

Por ello, cuando el Tribunal interpreta en el caso bajo comentario que ahí donde la Constitución señala resoluciones denegatorias también debe entenderse a las estimatorias, lo hace porque considera que la parte vencida en el proceso (es el Estado el perjudicado en este caso) debe estar en las mismas condiciones de igualdad que la otra parte para ejercer su derecho de impugnar una decisión que ha resultado lesiva a sus derechos fundamentales (o a su capacidad para cumplir con un deber constitucional como sucede en la causa bajo análisis). Si se le impide a la parte vencida interponer el RAC contra una resolución estimatoria de segundo grado no tendrá oportunidad de acceder, como lo tuvo la otra parte, a la última y definitiva instancia.

c) La obligación estatal de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas

No cabe duda que el delito de tráfico ilícito de drogas constituye un flagelo social que pone en entredicho la garantía que se debe proferir a la vida de las personas a fin de que ésta pueda ser llevada con dignidad y en pacífica armonía, toda vez que no solo incide en la salud física, psicológica y moral de las personas, sino que también daña a la sociedad y al Estado en su conjunto en la medida que contribuye al incremento de los índices de violencia y delincuencia, y fomenta, a su vez, la corrupción, el debilitamiento de la institucionalidad democrática y el desánimo de la inversión extranjera.

Por estas razones y por la propia obligación impuesta por el artículo 8º de la Constitución al Estado, es que el Tribunal Constitucional encuentra justificación razonable para habilitar la procedencia excepcional del RAC contra una sentencia de segundo grado estimatoria emitida en el marco de un proceso constitucional vinculada a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos.

Más aún porque como dice el propio Tribunal existen obligaciones internacionales asumidas

“(…) En tal sentido, resulta importante destacar que en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, el Estado asumió la obligación de considerar como delito todas aquellas actividades vinculadas al cultivo, producción y distribución de estupefacientes para usos no admitidos por la Convención, enfatizando que a los infractores se les debe castigar con penas privativas de la libertad.

³⁵ Eguiguren Praeli, Francisco (2002). “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”. En: *Estudios Constitucionales*. Lima, ARA Editores S.A., pp. 93-118.

De manera similar, en virtud del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, el Estado se comprometió a realizar acciones preventivas y represivas contra el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas contenidas en las listas anexas a dicho convenio. Asimismo, por imperio de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, el Estado se obligó a tipificar como delitos la producción, distribución y comercialización de la adormidera o amapola, la hoja de coca, el cannabis y cualquier otro estupefaciente. Cabe resaltar que esta última convención también atribuye carácter delictivo a la organización, gestión o financiación de las actividades antes mencionadas, así como a la conversión o transferencia de bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Por último, se encuentra la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, que reconoce como delito la acción de proveer o recolectar fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer en otro Estado un acto de terrorismo o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier persona que no participe en las hostilidades en una situación de conflicto armado y que dispone la obligación de cada Estado parte de sancionar estos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave” (fundamento 16).

4.4 Recurso de Apelación por Salto a favor de la ejecución de una Sentencia del Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2009-PA/TC, caso Roberto Alleca Atachahua)

A través de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0004-2009-PA, publicada el 15 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional precisó los alcances de su decisión vertida en la Resolución N.º 0168-2007-Q –analizada supra– y estableció el llamado “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”.

Si bien es verdad técnicamente esta sentencia no podría ser entendida como un ejemplo de supuesto excepcional de procedencia del RAC, merece nuestra atención porque a través de ella el Tribunal en ejercicio de su autonomía procesal ha diseñado un recurso procesal que otorga al justiciable la posibilidad de que se garantice el cumplimiento del resultado que obtuvo en sede de la justicia constitucional a favor de sus derechos fundamentales.

4.4.1 Alcances del supuesto que habilita la procedencia del Recurso de Apelación por Salto a favor de la ejecución de una Sentencia del Tribunal Constitucional

Ya hemos repetido en más de una ocasión que uno de los grandes problemas que afronta la justicia constitucional es el incumplimiento de sus fallos, o dicho en otros términos, la ejecución defectuosa o desnaturalizada y dilatada de los mismos. Es en

esa línea, que el Tribunal haya considerado en la sentencia bajo comentario que una forma de solucionar este problema debe partir

“por exonerar a las Salas Superiores del Poder Judicial de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de la sentencia de[l] Tribunal, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado”³⁶. Y, ello, por cuanto, “el trámite en las salas superiores, en vez de contribuir con la realización efectiva del mandato de las sentencias de[l] Tribunal, genera dilaciones indebidas y resoluciones denegatorias que, en la mayoría de casos, terminan siendo controladas y corregidas por [el] Colegiado [constitucional]”³⁷.

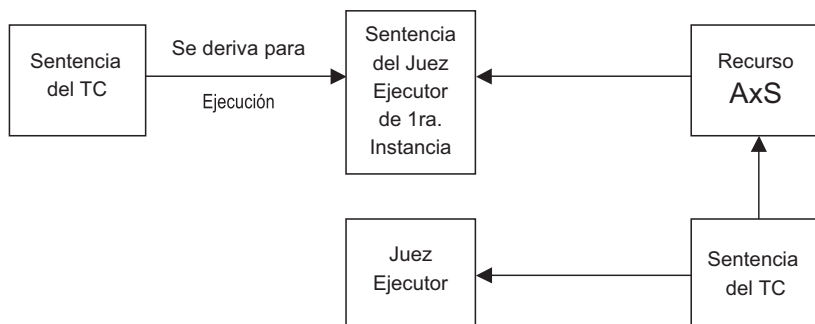
Ahora bien, si se libera a las Salas Superiores de la revisión del recurso de apelación interpuesto por el justiciable contra la resolución del juez de ejecución, la pregunta evidente ronda por determinar quién resolverá esa consulta. Frente a ello, el Tribunal inspirado en su objeto de garantizar y concretizar los fines perseguidos por los procesos constitucionales, el principio constitucional de cosa juzgada, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, ha planteado como solución la revisión en su propia sede del recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones del juez de ejecución. Puntualizando, además, cuáles serían los supuestos de improcedencia del denominado “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”:

“a) el cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; b) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo. En estos casos el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional previsto en la RTC 00168-2007-Q/TC, salvo en el supuesto b), supra”³⁸.

36 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0004-2009-PA, F.J. 14.

37 Ibidem, F.J. 14.

38 Ibidem, F.J. 14.



4.4.2 Análisis del Recurso de Apelación por Salto a favor de la ejecución de una Sentencia del Tribunal Constitucional

A este recurso especial creado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional subyace una razón de índole sustantivo, como es, el derecho que tiene toda persona a la ejecución de las sentencias, específicamente, el derecho a que el pronunciamiento judicial que le concierne no sea alterado y se ejecute oportunamente (artículo 139° inciso 2 de la Constitución).

En su oportunidad, cuando se analizó el supuesto excepcional que habilita el RAC para garantizar la eficaz ejecución de una sentencia constitucional se estudiaron las razones materiales que lo sustentaban (Vid. supra, apartado 4.1.2). Dichas razones son de pleno recibo para el presente caso y resulta innecesario hacer mención de ellas otra vez. No obstante, sí consideramos oportuno señalar que a las razones sustantivas aludidas se añade una más: la garantía de la primacía constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales como finalidades perseguidas por los procesos constitucionales. No puede aceptarse en un Estado constitucional de Derecho que la judicatura ordinaria en vía de ejecución distorsione una decisión definitiva y firme emanada de la justicia constitucional. De ahí que resulte legítimo que sea el propio Tribunal el encargado de velar por la eficacia y cumplimiento de sus sentencias a través del recurso de apelación por salto.

4.5. RAC a favor de la lucha contra el terrorismo (Sentencia recaída en el Expediente N° 1711-2014-PHC/TC, caso Víctor Polay Campos y otros)

En la Sentencia recaída en el Expediente N° 1711-2014-PHC/TC, publicada el 9 de abril del presente año, el Tribunal confirma su competencia para revisar vía RAC las sentencias expedidas en procesos constitucionales relativos a la comisión del delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda.

4.5.1 Alcances del supuesto que habilita la procedencia del RAC a favor de la lucha contra el terrorismo

Tomando en consideración los deberes primordiales del Estado recogidos en el artículo 44° de la Constitución de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, el Tribunal consideró oportuno extender los alcances de su doctrina jurisprudencial ya advertida en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2748-2010-PHC, caso Alexander Mosquera Izquierdo que también ha sido analizada en el presente artículo, y habilitar otro supuesto para la procedencia excepcional del RAC.

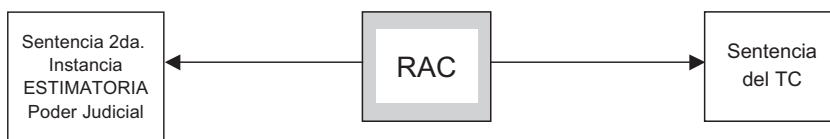
Así, pues, el Colegiado parte de la premisa de que

“(…) si la adopción del Recurso de agravio Constitucional para casos vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y lavado de activos se basó en instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, resulta a todas luces atendible que habiéndose aplicado el RAC para el delito fuente, deberá también ampliarse para el delito fin que constituye el terrorismo” (fundamento 5, subrayado nuestro).

para concluir que

“(…) atendiendo a la importancia para el mantenimiento del régimen constitucional y democrático que implica el combate contra el terrorismo, considera necesario complementar la regla jurisprudencial establecida a través de las sentencias N° 2663-2099-HC/TC y 2748-201-HC/TC, y en tal sentido entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la Constitución, este Tribunal es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias estimatorias expedidas en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda” (fundamento 7).

Proceso Constitucional



4.5.2 Análisis del RAC a favor de la lucha contra el terrorismo

La procedencia excepcional del RAC ante el Tribunal Constitucional contra una sentencia de segundo grado estimatoria emitida en el marco de un proceso constitucional vinculada a la comisión del delito de terrorismo que habilita el caso bajo comentario, retoma la discusión sobre la interpretación que se le debe otorgar a la frase “resoluciones denegatorias” contenida en el inciso 2 del artículo 202° de la Constitución. Cuando hemos analizado el supuesto de procedencia del RAC a favor de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos (Vid. *supra*, apartado 4.3.2) expusimos nuestra opinión sobre dicha discusión y a propósito de ello mencionamos dos razones de orden material como son el carácter normativo de la Constitución y el principio de igualdad. En tal sentido, consideramos que tales razones son de recibo también en el presente caso por lo que no será necesario desarrollarlas otra vez.

No obstante, consideramos que existe una razón material adicional que sirve de sustento a la habilitación del supuesto excepcional de procedencia del RAC que comentamos. Dicha razón es el deber constitucional del Estado de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad impuesto por el artículo 44° de la ley fundamental. Deber que se pone de manifiesto si la controversia guarda relación con la comisión del delito de terrorismo.

Con el ánimo de graficar el significado de la acción terrorista y de las consecuencias que suscita, el Tribunal ha tenido ocasión de señalar en su Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI que

“La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia. Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de ‘construir’, para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad” (fundamento 1).

De ahí que tenga razones de sobra para justificar la habilitación de procedencia excepcional del RAC a favor de la lucha contra el terrorismo, más aún, si como se sabe el Estado peruano ha asumido un compromiso internacional en dicha línea desde el momento que suscribió la Convención Americana contra el Terrorismo, la misma que en su preámbulo reconoce que

“(…) el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo, que (...) atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región”.

5. Conclusión

El Tribunal Constitucional, a diferencia de la judicatura ordinaria, goza de un amplio margen configurador de la actividad procesal especial que realiza, es decir, goza de una autonomía procesal que lo desvincula de las delimitaciones formales de acción propias de la Teoría General del Proceso, ya que la supremacía de la Constitución y la defensa efectiva de los derechos fundamentales en ninguna circunstancia pueden quedar subordinadas al respeto de las formas por las formas. Va a ser, por tanto, en el marco de su actividad interpretativa que el Tribunal, apoyado en el principio de autonomía procesal, configurará su Derecho Procesal.

La autonomía procesal puede ser entendida en dos sentidos: uno amplio, el mismo que supone que el Tribunal Constitucional goza de un margen discrecional que le permite jurisdiccionalmente configurar su propio Derecho Procesal a partir de la interpretación de disposiciones constitucionales y legales; y, otro restringido, que actúa una vez que el Tribunal ha constatado que a pesar del análisis interpretativo del Derecho que se realice, la tarea de llenar el vacío jurídico resulta imposible, por lo que deberá crear sus propias reglas procedimentales a fin de lograr el objeto último de los procesos constitucionales establecido en el art. II del TP del CPConst.

Grafican el ejercicio de dicha autonomía procesal, en ambos sentidos, aquellos supuestos de procedencia excepcional del Recurso de Agravio Constitucional que el propio Tribunal ha habilitado a fin de legitimar su competencia para conocer procesos de tutela de derechos fundamentales y garantizar así el orden constitucional, y cuyo análisis hemos realizado de manera sucinta en el presente artículo por ser a nuestro juicio decisiones paradigmáticas en la jurisprudencia constitucional.

Lima, junio de 2014.

Parte II

Dogmática de los derechos fundamentales

EL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL AMPARO AMBIENTAL

Marcela I. Basterra

Doctora en Derecho (UBA), Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP), Co-Directora de Posgrado de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA), profesora de grado y Posgrado en varias Universidades. Autora de varios libros y artículos de la Especialización. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, la Sociedad Científica Argentina y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Inst. de Política y Derecho Constitucional). Asesora de jefatura de Gabinete de Ministros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La constitucionalización del derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico argentino. 3. El amparo en materia ambiental en la Constitución Argentina. a. La legitimación procesal. a.1. El concepto de afectado. a.2. El defensor del pueblo. a.3. Asociaciones legitimadas. b. La acción de amparo en la Ley General del Ambiente. 4. La tutela del medio ambiente en América Latina. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En la evolución del derecho constitucional ambiental se pueden diferenciar distintas etapas¹: 1) Constitucionalismo democrático-liberal de la posguerra, 2) Las Constituciones mediterráneas de la década de los setenta, 3) La reforma de la Constitución Alemana y las nuevas Constituciones de los países de Europa del Este, y; 4) El Constitucionalismo ambiental Latinoamericano.

1 RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El Derecho Constitucional al Medio Ambiente*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 19/46.

Durante la primera etapa, los aspectos más acuciantes de la problemática ecológica apenas podían ser intuitos por los constituyentes de aquella época, de tal forma que las medidas protectoras tenían una significación fragmentaria, estática, negativa y abstracta².

En una segunda etapa, algunas Constituciones como la de Portugal de 1976, inaugura una técnica regulativa que se repetirá en adelante, al concebir al medio ambiente en una triple dimensión de derecho subjetivo, deber individual e imposición a los poderes públicos. En esta línea la Constitución griega de 1975 consagra una regulación pormenorizada de distintos problemas medioambientales –artículo 24–.

En la tercera etapa mencionada, la reforma de la Constitución alemana de 1994 “Grundgesetz”, ratifica la evolución del constitucionalismo hacia una ampliación de su espectro dogmático; incorporando disposiciones que sintetizan la importancia que cobra en la más alta esfera jurídica la tutela del medio ambiente. Dicha norma recepciona en el artículo 20.a, un enunciado esencialmente programático con preferencia al reconocimiento de un posible “derecho subjetivo”, adquiriendo un compromiso tanto respecto a la sociedad actual como hacia las generaciones futuras.

Las nuevas Cartas Políticas de los países del Este de Europa, han seguido en materia ambiental la metodología occidental, introduciendo en sus normativas materias ambientalistas con una connotación cultural-nacional, en forma conjunta con una estricta tutela sobre el medio natural. En este sentido han fundido dos principios, el cultural y el ecológico; con ello el patrimonio cultural y ecológico formaría parte de un solo bien jurídico constitucional.

Finalmente, a partir de 1972 el constitucionalismo ambiental latinoamericano comienza a desarrollarse, en consonancia con el fenómeno de expansión que se daba en todo el mundo, sobre la importancia a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Así, con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo; entre los años 1972 y 1999, dieciséis Estados Latinoamericanos redactaron nuevas Constituciones, mientras que otros países reformaron artículos constitucionales, incorporando disposiciones ambientales³.

2 PEREZ LUÑO, Antonio E., “Art. 45. Medio Ambiente”, AA.VV, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Director; O. ALZAGA VILLAMIL, Editorial Cortes Generales, T. IV, Madrid, 1996, p. 243.

3 Así ha ocurrido con las Constituciones de Panamá (1972); Cuba (1976); Perú (1979, reformada en 1993); Ecuador (1979, reformada en 1998); Chile (1980); Honduras (1982); El Salvador (1983); Guatemala (1985); Haití (1987); Nicaragua (1987); Brasil (1988); Colombia (1991); Paraguay (1992); Argentina (1994); República Dominicana (1994) y Venezuela (1999). Otras veces los principios fueron introducidos por medio de reformas específicas a tales efectos, tal es el caso de México (1917, reformada en 1987 y 1999); Costa Rica (1949, modificada en 1994); Bolivia (1967, reformada en 1994) y; Uruguay (1966, modificada en 1996).

Los principales cambios de la década del '90, incorporaron explícitamente la idea del desarrollo sostenible; el deber por parte del Estado, como de la sociedad en su conjunto, de proteger el medio ambiente. Introdujeron restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, con la finalidad de proteger al ambiente, incorporando simultáneamente el derecho a un medio ambiente apropiado, garantizando su pleno ejercicio. El siguiente paso, fue ocuparse de la conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, estableciendo las bases constitucionales para su regulación legal⁴.

A mayor abundamiento, es trascendental mencionar que en el ámbito internacional la evolución del derecho a un ambiente sano, está rodeada de varios hitos importantes. A principios de la década de 1970, se da a conocer un importante informe impulsado por el “Club de Roma” sobre los límites del crecimiento. Esta entidad le solicitó al MIT –Massachusetts Institute of Technology– la elaboración de un documento, que contemple y analice los problemas del ambiente y los recursos energéticos.

El escrito tomó en cuenta cinco temas principales: 1) incremento demográfico, 2) crecimiento industrial, 3) recursos naturales, 4) producción de alimentos y 5) contaminación del ambiente. La conclusión que arrojó la investigación demostraba que de continuar el sistema vigente de desarrollo económico, una catástrofe planetaria podría producirse a mediados del siguiente siglo. Por ello, se recomendó una detención inmediata del avance en esos términos, propugnando el “crecimiento cero” –“zero growth”–.

Poco tiempo después, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) convoca a una Conferencia Internacional sobre Ambiente Humano, que se desarrolló en Estocolmo –Suecia– en junio de 1972, en cuya declaración final aparece por primera vez el reconocimiento del derecho al ambiente sano, como un derecho humano básico.

En 1975 se publicó un segundo informe del “Club de Roma”, que ratificó las principales conclusiones del primero. Un año después –en 1976– se da a conocer el tercer informe del “Club de Roma”, en el que se advertía sobre la imperiosa necesidad de contar con un nuevo orden internacional que garantizara el fin de las grandes desigualdades entre países, y un sistema de planificación general de la utilización de los recursos naturales.

En 1982 la Asamblea General de la ONU aprueba la “Carta de la Tierra”, mientras que por resolución establece la creación de la Comisión Mundial del Medio Ambiente, a la que le solicita en un plazo de cinco años, la elaboración de un documento sobre la situación ambiental a nivel global. En 1987 la llamada “Comisión Brutland” publicó un ensayo titulado “Nuestro Futuro Común”, en el que se recomienda la elaboración

4 GUEVARA PALACIOS, Augusto M., *“Algunos aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado”*, El Dial DC 333.

de una nueva Carta o Declaración Universal sobre la protección ambiental y el desarrollo sustentable⁵. En el año 1992, tiene lugar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo humano, en la Ciudad de Río de Janeiro (Brasil), en donde se consolida un nuevo concepto; el de “desarrollo sustentable”.

Es en este marco que Argentina inicia el proceso de constitucionalización del derecho ambiental. En este trabajo se analizará el derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental, delimitándose con claridad el alcance y la finalidad del mismo desde la perspectiva constitucional. Con posterioridad abordaremos la garantía constitucional diseñada para tutelar este derecho; es decir, el amparo consagrado en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución argentina. Estudio que será complementado con las disposiciones pertinentes establecidas en la Ley General del Ambiente⁶. Por último, se realizará una breve referencia acerca de las acciones ambientales y sus particularidades, reconocidas por diferentes sistemas jurídicos de América Latina.

2. La constitucionalización del derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico argentino

El derecho a un ambiente sano fue expresamente incorporado con la reforma de 1994, en el artículo 41. Sin embargo, tal como se adelantara el desarrollo del derecho ambiental como categoría constitucional, tiene su punto de partida a principios de la década del '70, con una fuente primaria en el derecho internacional público y su creciente influencia en el derecho comparado. La constitucionalización del mismo, viene conjuntamente con el reconocimiento de los “derechos humanos de tercera generación”, en donde juega un papel preponderante la consolidación del valor “solidaridad” como criterio axiológico. Esta impronta genera un fuerte impacto en el Estado de Derecho, por cuanto los titulares de este nuevo derecho fundamental tienen una naturaleza colectiva e incluso intergeneracional⁷.

En la Constitución de 1853/60 había una ausencia de normas ambientales, como es lógico y habitual en todos los ordenamientos que formaron parte del denominado movimiento constitucional clásico, producido a fines del Siglo XVIII y principios del siglo XIX. No obstante, esta prerrogativa era considerada como una más, de las que estaban comprendidas en forma implícita dentro de los derechos no enumerados, de alguna manera preanunciados por el artículo 33 de la Constitución Nacional, que se encuadra en el ámbito de la salud y la dignidad de la persona, correspondiéndose, en

5 LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A., *El Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Consecuencias de la constitucionalización del ambiente en la reforma de 1994*, Editorial Eudeba, 2012.

6 Ley general del Ambiente, N° 25.675, publicada en el B.O. del 28/11/2002.

7 LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A., *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Depalma, 2012.

definitiva con los derechos que emergen del “principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”⁸.

Si bien algunos textos de principios de siglo XX preveían aisladamente normas ambientales, no lo hacían ni con los objetivos ni fundamentos con los que se desarrollarían en la década de los ‘70. Es a partir de aquel momento en que comienzan a tener importancia los estudios ambientales, la conservación del suelo, y surge el concepto de “delito ambiental”.

Finalmente en nuestro país, en 1994, se hace efectivo el reconocimiento del derecho al ambiente sano, consagrándose con la reforma constitucional, en forma definitiva a través del artículo 41 de la Carta Magna. Según el informe de la Convención Nacional Constituyente, la necesidad de plasmar específicamente en la Constitución los derechos ambientales, era una cuestión que pocos discutían, ya que el estado actual del planeta requería tomar medidas y acciones adecuadas para su protección.

El derecho a la preservación del medio ambiente, se sostenía entonces en uno de los derechos humanos conocidos como de tercera generación, que ya había sido reconocido en numerosos tratados internacionales de los cuales nuestro país formaba parte. Recuérdese que aún no se había incorporado –puesto que se hizo en el mismo movimiento reformador– la normativa del artículo 75 inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a los tratados de Derechos Humanos allí mencionados. Por lo expuesto, las normas de derecho ambiental, en la medida que integren el contenido de convenios internacionales de derechos humanos, tienen jerarquía constitucional, y aunque no formen parte del texto de la Constitución, se hallan fuera de él a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal.

A su vez, la mayoría de las provincias⁹ establecen en sus Cartas Políticas, el derecho al ambiente sano y a su preservación, incluso muchas de éstas con anterioridad a la

8 DALLA VÍA, Alberto R., *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994* (comentada), Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1º edición, 1994.

9 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículos 26, 27, 28, 29, 30 y ctes.; Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículos 28 y 200; Constitución de la Provincia de Catamarca, artículos 110 y 252; Constitución de la Provincia de Chaco, artículos 38, 50 y sgtes; Constitución de la Provincia de Chubut, artículos 109, 110 y 111; Constitución de la Provincia de Córdoba, artículos 11, 66, 68 y ctes.; Constitución de la Provincia de Corrientes, artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 y ctes.; Constitución de la Provincia de Entre Ríos, artículos 22, 83, 84 y ctes.; Constitución de la Provincia de Formosa, artículo 38; Constitución de la Provincia de Jujuy, artículos 22, 43 y 123, inciso 25; Constitución de la Provincia de La Pampa, artículo 18; Constitución de la Provincia de La Rioja, artículo 66, Constitución de la Provincia de Neuquén, artículos 54, 90, 91, 92, 93, 94 y ctes.; Constitución de la Provincia de Río Negro, artículos 84 y 85; Constitución de la Provincia de Salta, artículos 30, 166, inciso f y 176, inciso 9; Constitución de la Provincia de San Juan, artículo 58; Constitución de la Provincia de San Luis, artículo 47; Constitución de la Provincia de Santa Cruz, artículo 73; Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, artículo 35; Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, artículos 25, 31 inciso 8, 54, 55 y 105 inciso 24; Constitución de la Provincia de Tucumán, artículo 41.

reforma de la Constitución Nacional aunque con diferente alcance¹⁰. En la actualidad, solamente tres Textos Provinciales no contemplan disposiciones ambientales expresas; Mendoza, Misiones y Santa Fe.

Se proponía que el Congreso estableciera; 1) la legislación de base con los principios comunes, y 2) los niveles mínimos de protección del ambiente, sin que ello significara alterar las jurisdicciones locales y las facultades propias de las provincias. De este modo, el proyecto venía a incluir con el texto constitucional la modalidad de la legislación de base nacional, definidora de la política general del país en la materia; lo cual quedará expresado a tal efecto en «principios comunes», así como los «niveles mínimos de protección», lo que implica establecer una virtual modalidad de complementación legislativa entre la Nación y las Provincias. De esta forma se viabilizaba la posibilidad que en materia ambiental, funcionara un efectivo federalismo de concertación. El proyecto lo haría posible en tanto disponía que la fijación de bases legislativas por parte del Congreso “no alterarían las jurisdicciones locales y las facultades propias de las provincias (...)”¹¹.

Finalmente el precepto constitucional quedó redactado de la siguiente manera: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

El artículo 41 constitucional ha establecido en el párrafo primero el derecho de todos los ciudadanos al ambiente sano, y el deber de repararlo en caso de daño ambiental. Se trata de un derecho humano fundamental. Ferrajoli¹² enseña, que desde una definición formal o estructural, los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o individuos con capacidad de obrar. Entendiendo por “derecho subjetivo” a cualquier expectativa positiva –de

10 Los diferentes criterios que se observan en las leyes fundamentales locales responden al momento histórico en el que fue adicionada cada cláusula, dado que el proceso constituyente reformador provincial comenzó en el año 1986 y se extiende hasta el presente.

11 Informe de la Convención Constituyente de 1994, Sala de la Comisión Nuevos Derechos y Garantías, Santa Fe, 29 de junio de 1994.

12 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, España, 2004, p. 37/38.

prestaciones— o negativa —de no sufrir lesiones—, adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Es preciso recordar que la noción de “desarrollo sustentable” fue receptada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro (1992) con la siguiente fórmula; “(...) y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...)”. No obstante, la particularidad más relevante de la cláusula está dada por la expresión; “apto para el desarrollo humano”. La Carta Política argentina es la primera en el mundo que incorpora este concepto.

Otra característica de destacada importancia es la inclusión del daño ambiental. Explícitamente, la última parte del primer párrafo establece que el daño ambiental conllevará prioritariamente la obligación de “recomponer”, es decir que una vez que se produce el perjuicio, aparecerá el deber de recomposición; lo que significa que las cosas deberán volver al estado anterior en el que se encontraban, siempre que resultare posible. Lo que en modo alguno implica, excluir la reparación del menoscabo causado.

En igual sentido, la Ley General del Ambiente en principio exige recomponer, no obstante, puntualiza que si no fuera técnicamente viable, se aplicará una indemnización sustitutiva, determinada por la justicia ordinaria, la que será depositada en el Fondo de Compensación Ambiental creado por la misma norma.

En el segundo párrafo, la ley contempla las funciones estatales que son obligatorias y cuyo cumplimiento corresponde a cada nivel, según sus respectivas competencias. El Estado tiene el deber de proporcionar los medios necesarios para la protección de los valores enunciados en el precepto constitucional, es decir que deberá proveer a: 1) la protección del derecho al ambiente, 2) la utilización racional de los recursos naturales, 3) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica, 4) la información y educación ambientales.

El párrafo tercero, dispone la distribución de la competencia normativa en relación a esas funciones estatales, entre la Nación y las provincias. El gobierno federal tiene una competencia de excepción originada en la delegación expresa, hecha a su favor por parte de los Estados locales. Por su parte, estos últimos poseen una competencia general, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea todas aquéllas que no le han sido explícitamente reconocidas a la Nación. A mayor abundamiento, la Constitución prescribe que la competencia nacional tiene jerarquía superior a la provincial, por lo que se considera suprema¹³.

13 DI PAOLA, María Eugenia y SABSAY, Daniel Alberto, *El federalismo y la nueva ley general del ambiente*, LL 2003-A, p. 1385.

A partir de 1994, el Congreso Nacional está facultado para sancionar leyes de “presupuestos mínimos” de aplicación, que se extiende a todo el territorio del país. La definición de dicho concepto ha sido proporcionada por la legislación al puntualizar que; “Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”¹⁴.

Finalmente, prohíbe el ingreso al país de residuos tóxicos. Según Jiménez y García Minella¹⁵, este último párrafo de la Constitución, resulta ser una eficiente actuación de la regla ambiental de prevención en resguardo de los intereses nacionales, de tal modo que la República Argentina no pueda comprometerse a recibir desechos peligrosos o radioactivos no generados en el territorio Nacional.

3. El amparo en materia ambiental en la Constitución argentina

Al igual que lo que sucede con los restantes derechos que componen el plexo normativo, el reconocimiento constitucional no alcanza para hacer efectiva su tutela. A tal fin, es indispensable contar con mecanismos procesales aptos, susceptibles de ser interpuestos ante la posible lesión al ambiente. Se trata de cumplir con una de las reglas básicas del sistema jurídico, no hay derechos efectivos sin garantías idóneas¹⁶.

En materia ambiental, cuando el menoscabo es palmario y además exige una urgente solución para restablecer la indemnidad del ambiente dañado, el procedimiento eficaz será el de naturaleza constitucional. En estos supuestos, es donde aparece el amparo como medio de protección inmediato y efectivo del derecho que se presenta vulnerado. Luego habrá tiempo para incoar la pretensión por recomposición en la vía ordinaria posterior¹⁷. Por consiguiente, es la acción de amparo prevista por los constituyentes en el segundo párrafo del artículo 43, el recurso idóneo para tutelar la conservación del ambiente protegida por el artículo 41 de la Carta Magna.

En otras palabras, el amparo ambiental encuentra base normativa constitucional en el artículo 43, y es la acción de protección inmediata del derecho reglado en el

14 Ley N° 25.675, artículo 6°.

15 JIMÉNEZ, Eduardo y GARCÍA MINELLA, Gabriela, “Municipio y participación: El Partido de General Pueyrredón concebido como “zona no nuclear”, LLBA 1999, p. 275.

16 LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Las acciones ambientales”, AAVV., *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador; MANILI, Pablo Luis, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 209/228.

17 ESAIN, José A., “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, DJ 03/05/2006, p. 1.

artículo 41. Se trata de un mecanismo que tiene por objeto la defensa expedita de un derecho humano fundamental específico, es justamente esta situación la que permite categorizarlo como un proceso constitucional ambiental.

Actualmente con la sanción de la Ley General del Ambiente, el procedimiento que rige el amparo ambiental no puede ser ordinario, sino que tendrán que tenerse en cuenta los diferentes elementos que trajo la citada normativa. Entonces, el amparo ambiental surge de los artículos 41 y 43 de la Ley Suprema; pero a su vez, la acción ha sido complementada por las disposiciones de la ley 25675¹⁸.

Los procesos colectivos aparecen como los mecanismos adecuados para salvaguardar aquella nueva categoría de derechos, introducidos al texto constitucional en la última reforma. Actualmente, el marco normativo de estos procesos se encuentra consagrado en el capítulo “Nuevos Derechos y Garantías”. Específicamente, en el segundo párrafo del artículo 43, que incorpora el amparo colectivo, o en otros términos, la tutela judicial efectiva para esos bienes¹⁹.

Esta protección o herramienta otorgada a través del amparo es, sin duda, un correlato de la jerarquía constitucional que se confiere a los derechos colectivos. Ello, para cumplir con una de las reglas básicas del derecho constitucional, que es: “no hay derecho sin garantía”. De nada sirve reconocer prerrogativas a los individuos en la Ley Fundamental, si no existe un instrumento adecuado que pueda válidamente esgrimirse, cuando éstas son lesionadas o cercenadas.

Recientemente, el Alto Tribunal en ocasión de dictar sentencia en el fallo “Halabi”²⁰, describió tres categorías de derechos que se encuentran protegidos a través de la acción de amparo. En primer lugar, los derechos individuales tutelados por el primer párrafo del artículo 43 de la Ley Suprema; es decir la protección de derechos divisibles, no homogéneos, caracterizados por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual. Vbgr. el derecho de trabajar, el de propiedad, etc.

En segundo lugar, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o comunes. Se trata de bienes que no son susceptibles de apropiación individual, ya que por pertenecer a toda la comunidad resultan indivisibles; por ejemplo, el derecho al medioambiente sano, o al patrimonio cultural de la humanidad.

18 ESAIN, José A., “Las acciones ambientales en Derecho Argentino y Comparado”, AAVV., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, t. II, Director; MANILL, Pablo L., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 193.

19 BASTERRA, Marcela I., “Procesos Colectivos. Legitimación procesal y efectos de la sentencia”. En AAVV, “*Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagiús*”. Coordinador; Dr. Gerardo Eto Cruz, Editorial Adrus -Centro de Estudios Constitucionales-, Arequipa, Perú, 2011., Tomo II, p. 381/409.

20 CSJN, Fallos 332:111, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04”, (2009).

Se denominan bienes colectivos universales (BCU), por poseer la doble característica de ser; no distributivos y no excluyentes.

Finalmente y en tercer lugar; los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, amparados por el segundo párrafo del artículo 43 Constitucional. En estos supuestos no hay un bien colectivo, toda vez que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. No obstante, existe un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto, es identificable una causa fáctica uniforme. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable, la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño, el que deberá ser individualmente considerado. Sirven de muestra los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios, que hayan sufrido una lesión con identidad de situaciones de hecho y de derecho. Son los que hemos denominados bienes colectivos grupales (BCG).

El 2º párrafo del artículo 43, contempla la posibilidad de iniciar esta acción “contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Al referirse el artículo 43, 2º párrafo, a la salvaguarda del ambiente en forma concreta como uno de los derechos comprendidos por la garantía del amparo colectivo, está haciendo una directa remisión al artículo 41 de la Constitución que prescribe; “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano (...)”. Ambas cláusulas, forman el núcleo duro de la tutela efectiva del bien jurídico protegido; el medioambiente. Procederá el amparo, cuando los particulares o el Estado afectaren tanto la sanidad, como el equilibrio ambiental. El término “sano” no está exclusivamente ligado a la preservación o no contaminación de los elementos que integran el ambiente; por el contrario, el concepto es utilizado de una manera más amplia, extendiéndose a los ámbitos contruidos por el hombre, los que deben cumplir determinados requisitos mínimos de bienestar.

Es necesario tener en consideración, que de conformidad con lo establecido por la norma constitucional el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de “recomponer”; no es el caso típico del perjuicio por el que se deberá solamente indemnizar. Ello encuentra su fundamento en la magnitud de los problemas ambientales, que en su mayoría trasvasan fronteras y persisten en el tiempo. Es justamente esta situación, la que pone en evidencia la imperiosa necesidad de contar con normas homogéneas, al menos regionales. Este es el criterio seguido por los constituyentes, que garantizaron la concordancia entre el artículo 41 y las distintas normas ambientales vigentes.

Los objetivos trazados a partir de la protección tuitiva del ambiente en la Ley Suprema son: a) asegurar la preservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de nuestros recursos ambientales, naturales y culturales; b) asumir como prioridad, la promoción del mejoramiento de nuestra calidad de vida, así como de las generaciones futuras; c) promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; d) mantener tanto el equilibrio, como la dinámica de los sistemas ecológicos; e) asegurar la conservación de la diversidad biológica; f) promover, fomentar y organizar la educación, información y participación en materia ambiental; g) prevenir los efectos nocivos o peligrosos de las actividades humanas, para posibilitar el desarrollo económico y socio-cultural de manera sustentable; h) establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas a escala nacional y regional; i) crear los procedimientos y mecanismos para minimizar riesgos ambientales, para prevención, mitigación de emergencias y recomposición de daños causados por contaminación²¹.

El derecho constitucional va dando respuestas desde su óptica, a una amplísima gama de intereses generales públicos, aunque fraccionados; pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental²².

Existen herramientas de diversa naturaleza, orientadas a la tutela de este bien jurídico. Cada una de las formas procesales jurisdiccionales de protección del ambiente, se presentan como diferentes en cuanto a la inmediatez del resguardo. Ahora bien, cuando el menoscabo es palmario, exigiendo además una solución urgente para restablecer la indemnidad del ambiente dañado, el procedimiento eficaz será de naturaleza constitucional. Es en estos supuestos, donde aparece el amparo como medio de protección, inmediato y efectivo del derecho que se presenta vulnerado.

Resulta conveniente realizar alguna mención sobre la conceptualización del ambiente, dado que aún presenta altos niveles de disidencia. En primer lugar, una tendencia restrictiva incluye los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros, en este término. En segundo lugar, una postura más amplia abarca, asimismo a los bienes culturales, como el patrimonio histórico. En tercer lugar, pude visualizarse una versión más extensa aún, comprensiva de una política social en la materia y temas afines, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, una cuarta visión concluye en la noción de calidad de vida, como abarcativa del conjunto de cosas y circunstancias que rodean la vida del hombre.

Es evidente que coexisten conceptos, principios y valores, que deben diferenciarse. Una definición puede abordar un listado de elementos que integran el vocablo, lo cual

21 BASTERRA, Marcela I., "La protección del medio ambiente a diez años de la incorporación de artículo 41 en la Constitución Nacional, AAVV, *A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Advocatus, 2005, p. 497/524.

22 DALLA VÍA, Alberto R., y BASTERRA, Marcela I., *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Editorial Némesis, Buenos Aires, 1999, p. 29.

es bueno pero insuficiente, ya que siempre habrá algún aspecto no incluido u otro novedoso que se tiene que englobar. En esta categoría se encuentran las concepciones materiales que consisten en el siguiente listado; el ambiente es el agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora²³.

Sin embargo, entendemos que la caracterización más completa y que compartimos plenamente, es la que se refiere al medioambiente como “aquél sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”²⁴.

a. La legitimación procesal

Los sujetos legitimados para entablar una acción de amparo colectivo de conformidad con el precepto constitucional son: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones especiales.

a.1. El concepto de afectado

El término “afectado”, resulta totalmente extraño no sólo a la terminología jurídica clásica, sino a la utilizada en Argentina. La afectación de un derecho puede ser directa o indirecta; la primera, está relacionada con la vulneración o el daño directo a un derecho subjetivo, y la segunda; interesa a cualquier situación jurídica relevante que merezca tutela jurisdiccional.

Alcanza vital trascendencia desentrañar el significado de este vocablo, toda vez que es determinante respecto de la legitimación activa del amparista. Vale recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpreta el concepto de persona “directamente afectada”, reconociendo en esa posición además del titular del derecho fundamental lesionado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aun cuando no sea víctima. Se ha señalado, que el concepto de “persona directamente afectada” de conformidad con el artículo 162, 1) b.²⁵ de la Constitución española, hay que reconducirlo al de “interés legítimo”. Entonces, no solamente tienen legitimación activa para interponer acción de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en el proceso ha de discutirse; sino también, los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos.

23 LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 12.

24 LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, LL 1997-E, p. 1463.

25 Constitución de España, Artículo 162.-“1. Están legitimados: (...) b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

A partir de la reforma constitucional, en nuestro país, comenzaron las discusiones doctrinarias fuertemente controvertidas y aun totalmente opuestas, en cuanto a la interpretación de la palabra “afectado”. Básicamente, pueden distinguirse tres posturas:

1. En primer lugar, aquélla que ha sido denominada por la doctrina²⁶ como posición “restringida”. En la misma podemos advertir algunos argumentos muy claros, tal el caso de Barra²⁷, quien directamente señala: “la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el ‘daño diferenciado’ que menciona Scalia; tal como ocurre con la situación prevista en el primer párrafo de la norma. Es el mismo afectado del artículo 5º de la ley 16986. (...) no hay tampoco novedad en materia de legitimación para accionar, que siempre (...) queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo”.

Por su parte, Cassagne²⁸ expresa “que si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (artículo 43, 1º parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir de una persona que ha sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos (...)”. En similar sentido se pronuncia Silvia Palacio de Caeiro²⁹, cuando explica que “los legitimados activos reconocidos en la prescripción magna resultan ser: el afectado agraviado por algún acto u omisión que lesione en forma directa y concreta sus derechos subjetivos”.

Siguiendo esta línea argumental puede concluirse que para esta corriente, el “afectado” es la persona titular de un derecho subjetivo, es decir, aquél que sufre un daño directo, que recae exclusivamente sobre un sujeto determinado. No es ocioso señalar que algunos autores no tienen una postura tan estricta, pero tampoco los podemos situar entre los que adscriben a una posición amplia; tal es el caso de Gozáini³⁰, cuando sostiene “que el artículo 43 distingue en la procedencia del amparo las tres categorías de individuos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, (...) a) el afectado; b) el defensor del pueblo; c) las asociaciones registradas. Cada uno representaría las defensas del derecho subjetivo, el interés difuso y los intereses legítimos respectivamente”.

2. En segundo lugar, la posición “amplia” considera legitimados para accionar, a quienes son titulares de un derecho subjetivo de manera directa, pero también a quien

26 Amplíese de TORICELLI, Maximiliano, “Legitimación Activa en el art. 43 de la Constitución Nacional”, AAVV, *EL Amparo Constitucional -Perspectivas y Modalidades-*, Editorial Depalma, 1999, p. 50/58.

27 BARRA, Rodolfo C., “La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar”, LL 1994-E, p. 1088.

28 CASSAGNE, Juan C., “Sobre la protección ambiental”, LL, 04/12/1995.

29 PALACIO DE CAEIRO, Silvia, “La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial”, ED, 01/08/1997.

30 GOZÁINI, Osvaldo, “La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (ombudsman)”, LL, 1994-E, p. 1380.

sufre una afectación indirecta o refleja. Esto es, aquéllos que tengan un interés mediato, sin que sea necesaria la existencia de un interés inmediato o directo. Bidart Campos³¹ apuntaba, que afectado es aquella persona que en forma conjunta con muchos otros, padece un perjuicio compartido. Como lo señala el texto del artículo 43 de la Norma Fundamental, “merece concederle legitimación individual, bien aisladamente a éste, bien en litisconsorcio activo con los demás, o con una asociación”.

Sagüés³² formula que el segundo párrafo del artículo 43, estatuye dos casos peculiares de legitimación activa “(...) para esta gama de situaciones, (...) la CN da legitimación a tres sujetos: a) al afectado (ésta es una palabra indulgente, que puede abarcar tanto a quienes tengan derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple (...)).”

En suma, esta posición –a la que me adscribo plenamente– puede ser sintetizada de la siguiente manera; con la voz “afectado”, se hace referencia a la legitimación para tutelar cualquier derecho de incidencia colectiva en general. Debiendo acreditarse únicamente un mínimo de interés razonable y suficiente, sin caer en el extremo de tener que demostrar un derecho subjetivo lesionado o un daño directo; así tampoco caer en las antípodas de suponer que con esta palabra, se abren las compuertas de una acción popular –al menos en la terminología de la Constitución Argentina–.

3. Por último y en tercer lugar, la denominada teoría “amplísima” entiende que los márgenes de la legitimación del afectado se ensanchan de tal manera, que toda persona puede interponer una acción de amparo, invocando la defensa de la legalidad constitucional o una disfunción socialmente relevante. En esta perspectiva se enrola Jiménez³³, quien reconoce la legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva, a aquél que revista la calidad de “habitante”, es decir, una acción popular para los casos en que se defienda la legalidad constitucional y el patrimonio social. Entendiendo que el dispositivo de la norma del artículo 43, segundo párrafo, no sólo limita exclusivamente la legitimación al “afectado”, al defensor del pueblo y a las asociaciones; sino que es justamente a los “habitantes” como destinatarios de los derechos constitucionales, a quienes especialmente habilita.

Cabe destacar que el artículo 43 constitucional no programó al amparo como acción popular, lo que no es óbice para que una ley pueda hacerlo, ya que se encontraría habilitada para ampliar o desarrollar el “piso” constitucional, coadyuvando a un mayor nivel de protección de los derechos constitucionales en juego. En cambio, no podría válidamente restringir la aptitud procesal que establece la citada cláusula de la Ley Suprema³⁴.

31 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 318 y ss.

32 SAGÜÉS, Néstor P., “Amparo, hábeas data y hábeas Habeas en la reforma constitucional”, LL, 1994-D, p. 1157.

33 JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “El Amparo colectivo” en AAVV, *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinada por MANILI, Pablo, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 79/85.

34 SAGÜÉS, Néstor P., “El amparo ambiental (ley 25.675)”, LL 2004-D, p. 1194.

Con anterioridad a la reforma, la jurisprudencia reconocía una legitimación muy amplia, incluso con ribetes claros de acción popular; en tal sentido pueden destacarse dos “*leading case*”. El primero de ellos es el fallo “Kattan”³⁵; en el caso, el magistrado entendió que “todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico”, debido a que se trataba de una prerrogativa derivada de los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 33 de la Constitución.

El segundo, está constituido por el famoso precedente “Ekmekdjian c/ Sofovich”³⁶, en el que la Corte Suprema de la Nación legitima al actor, a pesar que no había sido mencionado ni individualizado (el agravio). Ello, en el entendimiento que el efecto reparador del derecho de réplica, comprendía a cualquier persona que pudiera sentirse ofendida.

En el año 1994 se impone un límite concreto a tan amplia legitimación, ya desde la convención constituyente al prever taxativamente las personas individuales o jurídicas con aptitud procesal. También desde la jurisprudencia, al establecer estándares en algunos casos claros, tales como; en razón de la vecindad, supuesto que no se discute actualmente como posible causa de legitimación, la que fue genéricamente aceptada a partir de los precedentes “Schroder”³⁷ y “Seiler”³⁸. En este último, la Alzada sostuvo

35 Juzgado de 1ra. Inst. en lo Cont.-Adm. Fed, N° 2, “Kattan, Alberto E. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional”, (1983). En el caso, los actores interponen acción de amparo contra una autorización administrativa que ordenaba la captura de catorce toninas overas. Manifiestan que la fauna marina es un recurso natural, y como tal debe ser preservado conforme lo establece la ley sobre fauna silvestre. A su vez, explican que estas acciones depredatorias atentan contra la vida humana, por lo que han elegido la vía del amparo con la finalidad que se prohíba tal actividad, hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental. El magistrado de grado decidió hacer lugar a la acción, y aplicando el principio “*iura curia novit*”, decretó la nulidad de las resoluciones que autorizan la captura y exportación de las toninas overas. Para así resolver, se basó en los siguientes argumentos; 1) el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat; 2) el reconocimiento de la facultad de los actores para accionar en defensa del medio ambiente, considerándolo uno de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional; 3) la ausencia de estudios de impacto ambiental, que resultan condición “*sine qua non*” para la validez de las resoluciones, y; 4) la carga de probar que el permiso no causará deterioro ambiental corresponde a la autoridad otorgante.

36 CSJN, fallos 315:1492, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, (1992).

37 CNCAF, Sala III, “Schroder c/ Estado Nacional- Secretaría de Recursos Naturales”, (1994). En el fallo, un vecino de la localidad de Martín Coronado -Partido de Tres de Febrero-, Provincia de Buenos Aires; inicia una acción de amparo con la finalidad que se declare la nulidad del concurso público internacional para la selección de proyectos de instalación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos, tipificados por la Ley N° 24051, según Decreto N° 2487/93. En primera instancia, se declaró la nulidad de la Resolución de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, que aprobaba los pliegos de bases y condiciones, por contradecir lo establecido en la Ley de Residuos Peligrosos. Por su parte, la Alzada expresamente reconoció al actor la legitimación para accionar, toda vez que se encontraba acreditada la condición de vecino de dicho lugar.

38 CNCIV, Sala D, “Seiler, M.L c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, (1995). La Señora Seiler –vecina del Barrio de San Telmo– interpone acción de amparo contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con el fin que se disponga el traslado de los ocupantes de un predio de la Municipalidad cercano a su propiedad, o que en su defecto se les proveyera a los mismos de los servicios sanitarios y eléctricos. Dispone que las personas que habitan en ese lugar, estaban

que; “Cualquiera sea la posición que se adopte frente al artículo 43 de la Constitución Nacional, no cabe duda que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentran ubicados a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no pueda negarse que lo que allí acontece la afecta, de un modo directo”.

Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto en el apartado correspondiente a las acciones de clase, no puede soslayarse que Quiroga Lavié³⁹ al interpretar el significado de “afectado” en el 2° párrafo del artículo 43, indica que “(...) en el debate se sostuvo que la legitimación del titular del derecho afectado ya se encontraba regulada en el 1° apartado del artículo 43 (amparo de los derechos individuales). La apreciación es correcta; pero ocurre que habiendo incluido esta legitimación –la del afectado– en el segundo párrafo, debe entenderse que la regulación constitucional no está reiterando una norma (...) dicha expresión está institucionalizando la ‘acción de clase’ en nuestro texto constitucional”.

En sentido contrario, consideramos que si bien la intención del constituyente no fue sólo “abrir las puertas” de un amparo encorsetado y sumamente restringido, hacia la legitimación del amparo colectivo; tampoco lo fue la de prever un instituto típico del common law, prácticamente desconocido para nuestro derecho en ese momento. Además no debe olvidarse que si bien con la reforma constitucional queda incorporada la categoría de “derechos de incidencia colectiva”, superando en buena medida las eternas disputas en relación a cuándo existe derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple; esta distinción es incorporada del derecho continental.

a.2. El defensor del pueblo

La tutela de los derechos de incidencia colectiva por parte del defensor del pueblo tiene doble habilitación constitucional; por un lado, en el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías”, artículo 43 y; por el otro, en la parte orgánica en el artículo 86, que en consonancia con la cláusula referida instituye que es misión de este funcionario “(...) la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración (...)”. Anotándose expresamente, que “El defensor del pueblo tiene

viviendo en condiciones infrahumanas, y que al no contar con las mínimas necesidades de higiene, generan un daño directo al medio ambiente, en atención a los desechos que producen. En primera instancia se admite el amparo, y se ordena al municipio que proceda a la limpieza, colocación de servicios sanitarios y eléctricos en el predio. Pronunciamiento que resulta apelado por la demandada. La Cámara confirma la sentencia, por entender que la legitimación de la actora era palmaria.

39 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Tercera Edición, Editorial Zavalia, Buenos Aires 1996, p. 256.

legitimación procesal”, por lo que resulta incomprensible la denegación de la misma en algunos casos.

La legitimación de este funcionario para accionar en nombre de la comunidad, deja nuevamente ver con claridad que el bien jurídico protegido, no es un derecho individual, sino derechos colectivos o grupales. La norma constitucional lo habilita para interponer acción de amparo, en nombre de un sector o grupo cuyos derechos han sido lesionados. La circunstancia de que se trate de “derechos de incidencia colectiva”, justifica plenamente que se otorgue aptitud procesal a determinados órganos para accionar en nombre de otros; en nuestra Constitución, es al defensor del pueblo.

En otros términos, el hecho de legitimar a un órgano en especial o a Asociaciones –como seguidamente veremos–, es la más rotunda demostración que esta dupla, más la categoría de afectado, forman una tríada que excluye de nuestro sistema la acción popular. Por el contrario, esta postura de los constituyentes guarda concordancia con las potestades y capacidades reconocidas en la figura del “ombudsman” en el derecho comparado⁴⁰. Ya con anterioridad al año 1994, aunque se le daba el nombre de “Controlador General Comunal”, se había legitimado al defensor del pueblo en el caso “Cartaña”⁴¹.

Si bien surge en forma categórica que el accionar de este funcionario, es en relación a todos los derechos constitucionales de incidencia colectiva, por lo que no se agota con la enumeración que se realiza en el 2º párrafo del artículo 43, toda vez que la misma es meramente enunciativa. Resulta difícil comprender sentencias del más Alto Tribunal, como la que recayó en autos “Colegio de fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional”⁴². En ésta, la Corte rechaza la petición, con fundamento en que “la acción de amparo había sido deducida respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional” (Considerando 3º).

Entendemos que no fue acertado en este fallo el rechazo a la acción colectiva y a la presentación del defensor del Pueblo. Incluso el Superior Tribunal, deja de lado precedentes con estándares más avanzados de protección -aunque provenientes de instancias inferiores-, como por ejemplo, la señera sentencia en “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur”⁴³.

40 BASTERRA, Marcela I., “Procesos Colectivos: La Tutela de los Derechos Colectivos en el Sistema Argentino”, Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional e Instituto de Derecho Procesal USAL, Coordinador; VALLE, Marcelo D., Editorial Lajouane, Pcia. de Buenos Aires, 2008, p. 91/121.

41 CNCIV, Sala K, “Cartaña, Antonio y otro c/ Municipalidad de la Capital”, (1991).

42 CSJN, Fallos: 326:2998, “Colegio de fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional”, (2004).

43 CNCIV y COM., Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur”, (2000).

Uno de los temas que suscitan en la doctrina grandes disidencias, es en relación al ámbito de actuación de este agente; el punto neurálgico del debate, radica en determinar si el funcionario puede intervenir en los ámbitos provinciales, o por el contrario, si los mismos quedan solamente bajo la órbita del defensor del pueblo de cada provincia. Otro de los aspectos a dilucidar, es si sólo se desempeña en el marco de la administración pública, vale decir Poder Ejecutivo o también en el ámbito del Poder Judicial.

La posición más amplia está encabezada por Quiroga Lavié⁴⁴, quien reconoce a éste facultades para actuar, tanto en relación a la administración, como al Poder Judicial; ya sea a nivel nacional o provincial. Hay autores más cautos, que circunscriben el accionar al ámbito exclusivo de la Nación; Bidart Campos⁴⁵ explica que “(...) el defensor del pueblo fue instituido en el artículo 86 como un órgano de control federal, circunscribe su competencia al ámbito exclusivamente federal, o sea, a las violaciones de autoría federal y a la fiscalización de funciones administrativas públicas de alcance federal (...) no puede intervenir en la zona que es propia de las provincias”.

Sin duda, se trata de un órgano de control federal instituido para la defensa de derechos humanos y garantías constitucionalmente otorgados. Sin perjuicio de lo expuesto, comparto las razones de Toricelli⁴⁶ cuando expresa que esta circunstancia no es óbice, a que en caso de no accionar en los Estados provinciales el defensor del pueblo de la provincia, no habría ningún impedimento para que lo hiciera el defensor del pueblo de la Nación.

En ese sentido, se expidió la Cámara 3º Criminal de General Roca, Provincia de Río Negro, al legitimar al defensor del pueblo para actuar en defensa de los prisioneros de la cárcel de esa ciudad, ante planteos de violaciones sistemáticas de derechos humanos; tales como el derecho a la salud y a la dignidad.⁴⁷ Como puede observarse, el pronunciamiento citado superó el ápice o reserva que podría haberse invocado; esto es, la competencia constitucional para tutelar derechos humanos afectados por una administración provincial. Con excelentes lineamientos, se ha considerado que no puede declinarse la actuación del funcionario nacional cuando un derecho humano básico reconocido por la Ley Fundamental, se encuentre afectado por cualquier autoridad.

El iter discursivo es completamente razonable, si se tiene en cuenta la competencia del Congreso de la Nación, para legislar las garantías procesales que posibilitan el

44 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Defensor del pueblo ante los Estrados de la justicia*, LL 1995-D-, p. 1059.

45 BIDART CAMPOS, Germán J., “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*”, Op. Cit., p. 318/319.

46 TORICELLI, Maximiliano, “*Legitimación Activa en el Artículo 43 de la Constitución nacional*”, Op. Cit., p. 85.

47 Cámara 3º en lo Criminal de General Roca, *Defensor del Pueblo de la Nación*, Dr. Jorge L. Maiorano, (1995).

ejercicio efectivo de derechos constitucionales; independientemente que la materia estrictamente procesal esté reservada únicamente a las provincias. Siguiendo esta línea argumental, es lógico que el defensor del pueblo haga valer su intervención tutelar, cuando se vulneran derechos fundamentales, sea quien fuere el agente de la violación. Se trata de una mutación *praeter legem*, es decir, ampliativa de la competencia federal de cara a la tutela de las prerrogativas cardinales de todos los habitantes de la Nación⁴⁸.

a.3. Asociaciones legitimadas

En la normativa en análisis aparece la legitimación colectiva a través del amparo para las asociaciones intermedias, que tengan un objeto específico; en términos legales, “que propendan a esos fines”. Se refiere a entidades en cuyo objeto social se describe la protección de los derechos, que a través de esta acción pretenden tutelar; entre otros ejemplos puede mencionarse a las asociaciones que resguarden derechos de consumidores y usuarios, de personas vulnerables a la discriminación, a las especies naturales, al sistema democrático y republicano, etc. La legitimación es otorgada para promover acción judicial de amparo colectivo, cuando se produzcan actos lesivos que afecten a los derechos de los asociados o de toda la comunidad, según los casos.

En el 2º párrafo *in fine* del artículo 43, los constituyentes han previsto que dichas asociaciones estarán “debidamente registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Es de público conocimiento que el Congreso no ha sancionado aún dicha norma; a casi dos décadas de la reforma sigue siendo una grave deuda pendiente. Sin embargo, y en atención a que se trata de una garantía constitucional, tiene carácter operativo. Por ello, si bien aportará mayores niveles de certeza jurídica, la inexistencia de una ley reglamentaria no constituye un obstáculo insalvable, para que igualmente las asociaciones que tengan como objeto la pública defensa de los derechos por los que reclaman, estén activamente legitimadas.

Esta situación tiene como consecuencia un mayor grado de discrecionalidad, dado que ante la ausencia de una norma regulatoria, son los jueces los que deben decidir en cada caso concreto si una determinada entidad cumple razonablemente con los requisitos, y si su objeto es afín con la legitimación solicitada. El poder judicial mientras tanto, suple al legislador⁴⁹.

En otro orden de ideas, es importante destacar la coherencia de la última reforma constitucional. Ello por cuanto es lógico suponer, que como contrapartida del reconocimiento con el más alto rango normativo de los derechos colectivos, se haya

48 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “El Defensor del Pueblo hace defender los derechos humanos en la alcaidía de la ciudad de General Roca”, LL 1996-A, p. 747.

49 BASTERRA, Marcela I., “El Amparo Colectivo, las Acciones de Clase, la Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2º parte de la Constitución Nacional”, AAVV *Garantías y Procesos Constitucionales*, Director: SAGÜES, Néstor, Coordinadora: ÁBALOS, María Gabriela, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 199/241.

otorgado aptitud procesal en la propia Carta Magna, a personas jurídicas que realizan una actividad destacada a los efectos del cumplimiento de fines comunitarios.

Recuerda Morello⁵⁰, que en el derecho comparado ha habido bastas experiencias en Europa, Japón y en otros países de América. Por ejemplo, en Alemania, la ley de 1976 exige que dichas asociaciones tengan setenta miembros como mínimo –cantidad que resulta obviamente arbitraria–. Destaca el autor, que el “matiz pluralista de las organizaciones multiplica los esfuerzos individuales, y disminuye los riesgos, afectando a todos la cosa juzgada”.

La cuestión a dilucidar, radica en determinar qué recaudos debe cumplimentar una asociación, a efectos de obtener legitimación para accionar en un determinado proceso. Ante la laguna normativa descrita, los estándares básicos en la materia fueron desarrollados a través de la jurisprudencia, con excelente criterio de amplitud. Generalmente, el parámetro adoptado es el de una adecuada correlación, entre el objeto social de la organización que solicita el amparo, y el derecho que pretende tutelarse⁵¹.

A modo de ejemplo se puede mencionar –entre muchos otros– algunos fallos en que se legitima a diferentes asociaciones en consonancia con este concepto; “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional - Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ Amparo Ley 16986”⁵², “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable v. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza-Riachuelo y otros”⁵³, “Asociación del Personal Legislativo -APL c/ EN- Honorable Congreso de la Nación -H Senado ley 23551 s/diligencia preliminar”⁵⁴ y “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16986”⁵⁵.

50 MORELLO, Augusto M., “Posibilidades y limitaciones del amparo”, ED del 22/11/95.

51 Amplíese de BASTERRA, Marcela I., *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Editorial Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006, p.113/135.

52 Juzgado de 1ra. Inst. en lo Cont. Adm. Fed. N° 5, “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional - Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de La Nación s/ Amparo Ley 16986”, (2001).

53 CNACAF, Sala I, “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable c/ Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza-Riachuelo y otros”, (2002). La fundación interpuso un amparo, contra el Comité Ejecutor del Plan Gaym de gestión ambiental y de manejo de la cuenca hídrica Matanza Riachuelo y el Ministerio de Infraestructura de la Nación –Secretaría de Obras Públicas Subsecretaría de Recursos Hídricos–, a efectos que se les ordene realizar una detallada y fundada descripción de todo el conocimiento que poseen sobre el origen de la contaminación de la cuenca, y en particular; el nombre de todas las empresas responsables de la misma, que debían haber sido publicados en razón del objetivo para el cual el Comité Ejecutor fue creado. En primera instancia, se declaró abstracta la acción. La Cámara confirmó la sentencia apelada, en el entendimiento que la información requerida aparecía suministrada adecuadamente satisfecha en autos.

54 CNACAF, Sala IV, “Asociación del Personal Legislativo -APL c/ EN -Honorable Congreso de la Nación -H Senado ley 23551 s/diligencia preliminar”, (2004).

55 CNACAF, “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16986”, (2005).

La propia Corte Suprema también adoptó el mismo criterio interpretativo; sirva de muestra lo decidido en “Asociación Benghalensis”⁵⁶, precedente en el que enfatizó que “(...) el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente legitimación para interponer la acción expedita y rápida de amparo sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva”. En virtud de este argumento señaló que, “Las asociaciones cuyos estatutos incluyen la protección y asistencia de los enfermos de SIDA están legitimadas para interponer la acción de amparo tendiente a obtener del Estado Nacional el suministro oportuno de medicamentos para aquéllos –en los términos de la ley de Lucha contra el SIDA 23798–, pues el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos a los directamente afectados”.

Siguiendo esta misma línea puntualizó en “Mignone”⁵⁷, que “una asociación civil que tiene por objeto estatuario la defensa de la dignidad humana, la soberanía del pueblo y el bienestar de la comunidad está legitimada para promover acción de amparo –encuadrada por la mayoría de la Corte Suprema como hábeas corpus– en representación de las personas detenidas dentro de las cárceles de la Nación a fin de que se les garantice el derecho a sufragar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”.

En idéntico sentido se pronunció en el caso “Verbitsky”⁵⁸, donde se legitima al Centro de Estudios Legales y Sociales para interponer una acción de habeas corpus colectivo en el entendimiento que efectivamente es una de las asociaciones que propenden a esos fines (art. 43, 2º párrafo). El Alto Tribunal subrayó que, “el CELS se halla legitimado activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires, de conformidad por lo prescripto por el 2º párrafo del art. 43 de la C.N.” Asimismo el Procurador General de la Nación, sostuvo que “reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio mas idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva”.

Los fallos mencionados con anterioridad constituyen sólo algunos ejemplos, dado que existen innumerables precedentes en los que el Máximo Tribunal utilizó estos argumentos para reconocer la legitimación activa de las asociaciones especiales; convirtiéndose este criterio en una doctrina judicial consolidada en la actualidad.

56 CSJN, Fallos 323:1339, “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado nacional”, (2000).

57 CSJN, Fallos, 325:524, “Mignone, Emilio F.”, (2002).

58 CSJN, Fallos 328:1146, “Verbitsky, Horacio”, (2005).

b. La acción de amparo en la Ley General del Ambiente⁵⁹

Este proceso constitucional, con razón, goza del más alto nivel de protección y apertura en materia ambiental. El mismo surge claramente del artículo 30 de la Ley General del Ambiente que prescribe; “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

El amparo ambiental según lo establecido por la ley, tiene una finalidad concreta; a través de esta acción se solicitará la “cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”. No obstante, de conformidad con el artículo 43 constitucional, estamos en condiciones de afirmar que procede también esta garantía con el objeto de recomposición del daño, rigiéndose en este caso por las disposiciones de la ley 16986⁶⁰, y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Es preciso destacar, que la conceptualización del daño ambiental colectivo surge con absoluta claridad de la mencionada legislación. En efecto, el artículo 27 expresa que “(...) Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. La norma distingue el daño ambiental per se, del perjuicio a los individuos a través del ambiente. La diferenciación es trascendental para analizar los elementos y características que definen a cada tipo de daño.

El daño al ambiente involucra una lesión al medio, porque se produce una alteración o destrucción que menoscaba la calidad de vida de los distintos seres vivos, los ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente. En estos supuestos, no debe necesariamente concretarse un perjuicio específico a las personas o sus bienes particulares. Por el contrario, en la órbita del derecho clásico de daños, el agravio es producido a las personas o sus cosas, por una lesión al medioambiente. En consecuencia, el ambiente es un medio a través del cual se ocasiona la vulneración a un individuo, en cualquiera de sus derechos o en su patrimonio⁶¹.

59 Ley N° 25.675, op.cit.

60 Ley N° 16.986, publicada en el B.O. del 20/10/1966.

61 DI PAOLA, María Eugenia y SABSAY, Daniel Alberto, *“El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”*, LL ADLA 2003-D, p. 4865.

En otro orden de ideas, no puede soslayarse el arduo debate doctrinario que suscitó el citado artículo 30 de la Ley General del Ambiente. A poco de sancionada la norma, comenzó a discutirse si a través de ésta se había consagrado una verdadera acción popular. Esta postura utiliza como argumento la amplitud de criterio con la que es abordada la legitimación para interponer una acción de amparo ambiental. Nótese que el dispositivo legal establece que toda persona podrá solicitarlo, y complementariamente el artículo 32 puntualiza que “el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”.

La respuesta doctrinaria a la pregunta –si el artículo 30 de la ley 25675 plantea una acción popular o una acción colectiva– no ha sido lineal, e incluso se ha puesto en tela de juicio la existencia de un “amparo ambiental”, como acción procesal autónoma.

López Alfonsín⁶², parte del criterio interpretativo que le otorga gran trascendencia a la postura asumida por el constituyente de 1994. Desplegando una mirada comparativa, encuentra que algunas provincias, por ejemplo Salta, incluyen en forma simultánea con la recepción constitucional del derecho al ambiente sano, una garantía específica en razón de la materia. En cambio, en la gran mayoría de las Cartas Provinciales se remite en cuanto a las acciones ambientales al género “amparo”, sin precisar la especie en cuestión –tal el caso de Río Negro–. Esta visión se repite al volver al dictamen de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, ya que en la redacción del hoy artículo 41 se incluía expresamente el amparo ambiental en los siguientes términos; “Toda persona está legitimada para interponer acción de amparo para la protección de este derecho”. Sin embargo, el “filtro” de la Comisión Redactora hizo que este último párrafo fuera reemplazado por el actual segundo párrafo del artículo 43, bajo la figura de la especie “amparo colectivo” del género en cuestión. Se adujeron para ello razones de mejor técnica legislativa, pero lo concreto es que no existe para este nuevo derecho de incidencia colectiva dos amparos en razón de la materia, sino una sola categoría común que es la contenida en la cláusula indicada.

Por ello, se considera importante resaltar esta voluntad como línea hermenéutica de estas herramientas procedimentales, aclarando que dicho instrumento no queda comprendido dentro del concepto de “presupuestos mínimos”. En estas coordenadas, concluye que el legislador ordinario confunde en su labor reglamentaria los alcances de cada una de las normas constitucionales en juego. La que se origina impulsando un amparo ambiental en razón de la materia, desconociendo que los parámetros del amparo colectivo consagrado en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, fueron incluidos dentro de sus límites procesales, junto con el amparo de los consumidores y usuarios.

No obstante ello, podemos afirmar que hoy coexisten diferentes acciones ambientales, según sean de jerarquía constitucional o infraconstitucional; a) La acción

62 LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Las acciones ambientales”, Op. Cit., p. 224/225.

de amparo colectivo, b) La acción de recomposición del ambiente, y c) La acción indemnizatoria civil.

Otros autores sí han entendido que del último párrafo del ya citado artículo 30, surge claramente un “amparo ambiental”⁶³ –postura que comparto–, al cual incluso califican de “acción popular”⁶⁴ –tesis que considero desacertada por las razones que expondré seguidamente–.

Sagüés⁶⁵ indica que la acción de amparo prevista en la Ley General del Ambiente, tiene el carácter de acción popular teniendo en cuenta que establece la posibilidad de que “toda persona” pueda interponerla. Sin embargo, aclara –con razón– que no sucede lo mismo en relación a la acción de recomposición, donde independientemente de la amplia textura procesal del dispositivo legal, que en parte remite al artículo 43 constitucional, no se consagra una acción popular. Esto, en el entendimiento lógico, que la norma específicamente alude al afectado, al defensor del pueblo, asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental; y, al Estado Nacional, provincial o municipal, como sujetos habilitados para articularla, al igual que al particular damnificado, respecto de la acción de indemnización y de recomposición.

Es decir que si a la expresión “toda persona”, hubiera querido atribuirse el carácter de acción popular; el legislador no hubiese tomado tantos recaudos en detallar exhaustivamente a las personas físicas y jurídicas con legitimación activa.

También se ha afirmado⁶⁶ que el artículo 30 de la Ley General del Ambiente, prevé la figura de la acción popular para alcanzar el cese del daño ambiental mediante el proceso de amparo. En otras palabras, la legitimación para accionar en defensa del medio ambiente, es de tal magnitud que adquiere la forma de acción pública, quedando habilitado a tal efecto cualquier habitante. El legislador otorgó distinto tipo de legitimación, de conformidad con la clase de pretensión que se persiga.

En efecto, si se reclama la indemnización pecuniaria del daño individual, la legitimación se restringe a su máxima expresión, es decir, a los individuos directamente damnificados. En cambio, cuando se demanda la recomposición frente al daño ambiental colectivo la habilitación para accionar se amplía al afectado, el Defensor del Pueblo, al Estado y a las asociaciones que tienen por finalidad la defensa del ambiente. Por último, si únicamente se peticiona el cese de la actividad lesiva, la legitimación se ensancha aún más en los términos de la normativa, aunque no da paso a una acción popular.

63 PRIERI BELMONTE, Daniel A., “El amparo ambiental”, *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* N° 22, Febrero de 2003.

64 PRIERI BELMONTE, Daniel A., “Los efectos erga omnes de la sentencia en la acción de amparo ambiental”, *JA*, 2003-III, p. 1284.

65 SAGÜÉS, Néstor P., “El amparo ambiental (ley 25.675)”, op. cit., p. 1198.

66 SDBAR, Claudia B., “Legitimación procesal para reclamar cese de la actividad dañosa y recomposición del daño ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, Director; CAFFERATTA, Néstor A., Lexis Nexis, Abril/Junio 2008, p. 49/50.

Entendemos que surge de la primera parte de la norma mencionada que una vez producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación por vía de amparo para obtener la recomposición del ambiente dañado concretamente; 1) el afectado; en el caso, el titular de un derecho de incidencia colectiva, toda vez que la norma se refiere al daño ambiental colectivo y no individual. Téngase presente que otorga legitimación distinta al “afectado” ante el daño ambiental colectivo, que al “afectado” en los supuestos de recomposición o de indemnización. En estos últimos casos será; la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción; 2) el defensor del pueblo; 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional y; 4) el Estado Nacional, provincial o municipal.

En síntesis, la normativa no ha establecido una acción popular. La circunstancia que una norma señale; “Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”, no implica conceder automáticamente una legitimación para que “cualquier habitante” la ejerza.

Esto es, tratándose el medioambiente de un bien colectivo universal, no distributivo y no excluyente, todos tenemos la titularidad del mismo por lo tanto todos los titulares están legitimados para iniciar una acción. La legitimación deviene de la titularidad, no de la habilitación para ejercer acciones si no se es titular del bien, como ocurre con la acción popular. Si se produce un daño ambiental, cualquier persona está sufriendo directa o indirectamente una afectación. Todos somos afectados, por lo que cualquiera estaría legitimado para peticionar por vía del amparo, el inmediato cese de la actividad generadora del daño; pero la legitimación estará dada por la amplitud de la afectación, y no por medio de una acción popular.

Justamente, el Máximo Tribunal sostuvo en la sentencia “Mendoza”⁶⁷; “En este estado de la causa corresponde al Tribunal delimitar las pretensiones con precisión a fin de ordenar el proceso, debiendo, a tales fines, distinguirse dos grupos. La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas que se detallan en el considerando primero, y que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente. La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente. En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30, ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento”.

67 CSJN, Fallos 329:2316, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, (2006).

En suma, si el ordenamiento jurídico prevé la tutela judicial efectiva de derechos individuales o colectivos a cualquier persona, aunque no tenga la titularidad del bien, estamos en presencia de una acción popular. No es este el caso del artículo 30, donde claramente se prevé una acción colectiva frente a un derecho de incidencia colectiva, a todos los titulares del mismo⁶⁸.

4. La tutela del medio ambiente en América Latina

En el derecho comparado, específicamente en el caso concreto de Latinoamérica, si bien coexisten diversas herramientas de tutela del derecho a un ambiente sano, también se observan diferencias en cuanto al alcance del amparo en materia ambiental.

En Perú por ejemplo, el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, está consagrado en el artículo 2°, inciso 22 de la Constitución Política. A su vez, el inciso 2° del artículo 200 prescribe; “La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...). Quedando exceptuados aquellos derechos que encuentran adecuada tutela en los procesos de habeas corpus y habeas data respectivamente.

Expresamente el Código Procesal Constitucional⁶⁹ peruano, contempla como una de las prerrogativas protegidas por este proceso constitucional, el derecho a un medio ambiente equilibrado –artículo 37, inciso 23–. En relación a la legitimación para interponer la garantía de amparo, el artículo 39 apunta que el afectado es quién está habilitado para iniciarla. Sin embargo, en forma complementaria, el artículo 40 del citado ordenamiento legal dispone que también podrán incoar la demanda cualquier persona, cuando se trate de una lesión al derecho al ambiente u otros derechos difusos reconocidos por la Ley Suprema. Así como las entidades sin fines de lucro que propendan a la protección de las prerrogativas involucradas, y la Defensoría del Pueblo. Como puede observarse, el amparo peruano guarda notorias similitudes con el del ordenamiento jurídico argentino.

La Constitución chilena asegura a todas las personas a través del artículo 19, inciso 8°, “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. El artículo 20 asimismo, prevé la procedencia del recurso de protección cuando esta prerrogativa sea afectada, por un “acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

68 BASTERRA, Marcela I. “El amparo ambiental, ¿acción popular o acción colectiva? El caso “Cirignoli””, LL 2006-D, p. 320.

69 Ley N° 28237, publicada el 31/05/2004.

La Ley N° 19300 sobre “Bases Generales del Medio Ambiente”⁷⁰, dispone que producido el daño ambiental, queda expedita la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado –artículo 53–. Los titulares de esta acción son; 1) el afectado –sean personas físicas o jurídicas–, 2) las municipalidades cuando el hecho se produzca dentro de sus comunas y, 3) el Estado por medio del Consejo de Defensa del Estado –artículo 54–.

La Ley Suprema colombiana en el Título II, “De los Derechos, las Garantías y Deberes”, dedica el capítulo III denominado “De los Derechos Colectivos y del Ambiente”, a la protección de este derecho fundamental. Específicamente el artículo 79 señala que, “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. El deber de Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

Sin perjuicio de ello, esta Carta Política incorpora el concepto de medio ambiente como patrimonio común, al imponer en el artículo 8° la obligación al Estado y a las personas, de proteger las riquezas culturales y naturales de ese país. Concepción que se refuerza a través de los artículos 58 que manifiesta, “(...) La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” y, 63 al señalar que “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. En consonancia, el artículo 95 contempla los entre deberes de las personas y del ciudadano, el de “Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano” –inciso 8°–.

En el Capítulo IV se establecen los mecanismos constitucionales de protección de los derechos fundamentales. A saber; en primer término, el artículo 86 consagra la acción de tutela que tiene por fin la protección inmediata de los derechos constitucionales, frente a las posibles lesiones o restricciones cometidas por autoridades públicas, siempre que no exista otro medio judicial de defensa. El mismo dispositivo le encomienda a la legislación infraconstitucional, determinar aquellos supuestos en los que procederá esta acción, contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, o de quienes el solicitante que se halle en estado de subordinación.

Para fijar la legitimación se emplea un criterio amplísimo, toda vez que se habilita a cualquier persona para iniciar esta acción. Esto es lógico si tomamos en cuenta, que guarda perfecta consonancia con el sistema de control de Constitucionalidad mixto que ese país tiene.

⁷⁰ Ley N° 19300, publicada el 09/03/1994.

En segundo lugar, el artículo 87 recepta la acción de cumplimiento como medio idóneo para hacer efectiva la observancia de una norma o un acto administrativo. Como puede advertirse, el objeto primordial de la misma es controlar la actividad de la administración.

Tampoco puede soslayarse que la Ley 99/1993⁷¹ por la cual se establecen los lineamientos generales de la política ambiental, denomina al Título XI “De la Acción de Cumplimiento en Asuntos Ambientales”, legitimando a cualquier persona para iniciar este proceso, ante el incumplimiento de normas que se relacionen directamente con la defensa del medio ambiente –artículo 77–.

Tercero; el artículo 88 le impone el deber al legislador de regular las acciones populares para el resguardo de los derechos colectivos, donde expresamente se menciona al ambiente. Mandato constitucional que se cumplimentó mediante la Ley 472/1998⁷².

En cuanto a la definición la normativa dispone, que las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” –artículo 2º–. El goce a un ambiente sano, queda expresamente encuadrado dentro de los derechos colectivos de conformidad con el inciso a del artículo 4º. Éstas proceden contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que vulnere intereses colectivos –artículo 9º–.

Por último, cabe mencionar que pueden ser titulares de estas acciones; 1) toda persona natural o jurídica, 2) las organizaciones especiales, 3) las entidades públicas con funciones de contralor, 4) el Procurador General, el Defensor del Pueblo y los municipios, y; 5) los Alcaldes y demás servidores públicos –artículo 12–.

Un caso de singular importancia es el de Ecuador, debido a la fuerte protección constitucional que otorga al ambiente. La Ley Suprema destina varias cláusulas a la defensa de este derecho. El artículo 14 reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, declarando a su vez de interés público la preservación del medio ambiente. El artículo 15 establece la obligación del Estado, de promover el uso de tecnologías limpias, y de energías alternativas no contaminantes de bajo impacto, tanto en el sector público como en el privado.

Asimismo tiene un capítulo sobre los derechos de la naturaleza, reconociendo expresamente a ésta como sujeto de derecho. En efecto, el artículo 71 prescribe; “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos

71 Ley N° 99/1993, publicada en el Diario Oficial N° 41.146 del 22/12/1993.

72 Ley N° 472/1998, publicada en el Diario Oficial N° 43.357 del 06/08/1998.

vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”. A través del artículo 72⁷³ se positiviza el derecho a la restauración de la naturaleza.

En relación a las garantías, el artículo 88 consagra la acción de protección que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y será procedente frente a: a) actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, b) políticas públicas que restrinjan el ejercicio de los derechos constitucionales, y c) cuando la violación proceda de un particular.

En tal sentido, la Ley 37/1999 de Gestión Ambiental⁷⁴ señala que; “Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédese acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicios de la acción de amparo constitucional previsto en la Constitución Política de la República” –artículo 41–.

Además, prevé la acción por incumplimiento que se interpone directamente ante la Corte Constitucional, que tiene por finalidad garantizar la aplicación de las normas vigentes; así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando éstas contengan una obligación de hacer o no hacer clara y exigible –artículo 93–.

El artículo 94 materializa la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional contra sentencias o autos definitivos que menoscaben derechos reconocidos por la Constitución, cuya admisibilidad queda supeditada al agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

Finalmente, la Carta Magna ecuatoriana para el caso concreto de daño ambiental, indica en el artículo 397 que el Estado actuará en forma inmediata y subsidiaria; para asegurar la salud y restauración de los ecosistemas. Apuntando en concordancia, que para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano, se compromete –entre otras cosas– a “Permitir a cualquier persona natural o jurídica,

73 Constitución de Ecuador, artículo 72.- “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”.

74 Ley N° 37/1999, publicada en Registro Oficial N° 245 del 30/07/1999.

colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

La acción de amparo, tutela, seguridad o protección se concreta como una herramienta procesal dentro de un procedimiento constitucional, custodio de los derechos fundamentales. El derecho de amparo de las personas a la tutela de las prerrogativas aseguradas por la Constitución, los Tratados Internacionales y por las leyes a través de un proceso expedito y efectivo; constituye sin duda, un derecho exigible en virtud del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁵, respecto de los Estados partes de la misma⁷⁶.

Nótese que independientemente del *nomen iuris* utilizado, la totalidad de los sistemas jurídicos mencionados con anterioridad cuentan con un proceso de naturaleza constitucional rápido y eficaz, que se torna oponible frente a la lesión o amenaza del derecho al ambiente sano, que también es reconocido por los ordenamientos como un derecho fundamental con la máxima jerarquía normativa.

5. Conclusiones

La concepción de los problemas ecológicos fue mutando de manera considerable en los últimos años, este cambio no sólo se evidencia en las organizaciones internacionales existentes en la materia y en los activistas de los distintos movimientos ambientales; sino que se ha extendido a la comunidad en general, y a los gobiernos que a través del diseño de políticas públicas, tienen el deber de otorgar una adecuada tutela judicial al derecho fundamental a un ambiente sano.

Como consecuencia de la constitucionalización del medioambiente, los diversos sistemas jurídicos tienden a positivizar una garantía adecuada frente a las posibles lesiones o restricciones a este derecho. Es aquí donde la acción de amparo adquiere un papel de destacada importancia, como un mecanismo procesal adecuado para resguardo de esta prerrogativa.

75 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25.- “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)*”.

76 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Acción Constitucional de Protección (Recurso de Protección) en Chile, AAVV, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Op. Cit., p. 345.

La preservación del ambiente constituye en la actualidad un tema sumamente complejo, que involucra un amplio catálogo de aspectos a ser tenidos en cuenta. Ello como una derivación directa de la naturaleza del bien jurídico protegido; el denominado derecho ambiental viene a impactar contundentemente sobre la visión clásica de los ordenamientos normativos, poniendo de manifiesto que los procesos tradicionales de protección de derechos resultan insuficientes frente a la problemática ambiental.

En efecto, cuando el bien protegido es de este tenor, se torna indispensable contar no sólo con una garantía que haga cesar la lesión una vez que ésta se ha ocasionado, sino que cobran vital importancia las políticas preventivas, la participación ciudadana; así como la información y educación ambiental. Es trascendental, desarrollar planes coordinados a nivel internacional, a fin de evitar catástrofes ecológicas, toda vez que el daño ambiental no reconoce fronteras geográficas.

Es imprescindible afrontar el desafío que actualmente se nos plantea, tanto desde el plano jurídico, como también en lo económico y social. Sin duda, para hacer frente a la problemática ambiental se requiere la acción conjunta de la sociedad civil y del Estado. Así fue diseñado por los constituyentes de varios países, ya que prácticamente en la totalidad de las Constituciones, se consagra el derecho a un medio ambiente sano como un derecho-deber, en cabeza de las autoridades públicas y de los habitantes.

Por supuesto que esta afirmación no tiene por objeto desconocer la importancia que adquiere el amparo en esta materia; simplemente se intenta dar cuenta que las acciones judiciales son a todas luces insuficientes para combatir los problemas naturales si no se modifican también las políticas públicas económicas, y se construye una mayor conciencia social colectiva en torno a los asuntos que involucran a la naturaleza.

Sin perjuicio de ello, tengo el convencimiento que la acción de amparo o tutela tiene frente al daño ambiental una tarea insustituible, en consonancia con el rol que ostenta en su categoría de derecho fundamental.

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ricardo Beaumont Callirgos
Ex Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú

SUMARIO: I. Definición. II. Normas internacionales. A. Instrumentos de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas. B. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. **III. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho a la Consulta en la legislación nacional.** Recomendaciones de la OIT al Estado Peruano sobre la aplicación del Convenio 169 en relación con el Derecho a la Consulta. **IV. Ley N° 29875 y su Reglamento. V. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. VI. Pronunciamientos de Tribunales Latinoamericanos:** A. Colombia. B. Bolivia. C. Costa Rica. D. Guatemala. **VII. Consideraciones finales.**

En su texto, nuestra Constitución Política reconoce a los pueblos indígenas u originarios. El inciso 19 del artículo 2° declara que toda persona tiene derecho “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”. En el artículo 89° se prevé que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas; la propiedad de sus tierras es imprescriptible. Asimismo, en el artículo 149° se otorga cualidades de órgano jurisdiccional a dichas comunidades en su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona; por último, el artículo 191° otorga rango constitucional al establecimiento de porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de las comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Todo ello es muestra de un nítido reconocimiento.

I. Definición

El derecho a la consulta es aquella facultad que tienen los pueblos indígenas u originarios para que en un proceso de diálogo intercultural, puedan escuchar al Gobierno sobre los proyectos –de carácter administrativo o legislativo, que se busca implementar y proponer alternativas de desarrollo; con el objeto de evaluar, estudiar

y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto traería sobre sus vidas y cultura. Consecuentemente, los pueblos indígenas y tribales podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado y participar o brindar observaciones y alternativas a fin de que el Estado –ente obligado a implementar dicho derecho–, considere las respectivas opciones de desarrollo de los pueblos consultados¹.

El ejercicio de este derecho, permite la participación de los pueblos indígenas en los proyectos concernientes a su desarrollo, y la garantía del goce de otros derechos colectivos e individuales.

La Consulta previa tiene una doble naturaleza: como derecho y como principio. Esto implica que por un lado, sea un derecho independiente y con contenido sustantivo propio basado en la dignidad de los pueblos y, de otro, que pretenda viabilizar otros derechos contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en base a la igualdad y a su propia capacidad.

Además, la consulta previa, libre, informada y de buena fe, constituye una herramienta adecuada para la gestión estatal, en contraste con las erradas concepciones que equiparan los procesos de consulta y participación², con esfuerzos innecesarios que sólo demoran el desarrollo del país. De otro lado, debe dimensionarse a la consulta previa como un medio para la prevención de conflictos.

Así por ejemplo, a lo largo de los últimos cinco años, la Defensoría del Pueblo registró el aumento de más del 300% en la frecuencia de conflictos sociales donde la mayor cantidad corresponde a conflictos por temática socio-ambiental. Así, por ejemplo, mientras que en el 2004 alcanzaban a 4 regiones del país, en el 2005 pasan a ser 7; el 2006, 12; durante el 2007, 15; en el 2008 alcanzaron a 19 regiones. En el 2009 a 23 y en el 2010 aumentó a 24 regiones; pero además, este incremento no solo corresponde al número de regiones, sino también a la intensidad. De la misma manera, hacia septiembre del 2011, los conflictos socio ambientales, entre activos y latentes, constituían el 41.7% del total de los conflictos registrados por la Defensoría del Pueblo. En segundo lugar se encuentran los conflictos por asuntos de gobierno local con 17%. En tercer lugar los conflictos laborales con 12.2%; y en cuarto lugar, los asuntos de gobierno nacional con 6.7%³.

1 Informe sobre la implementación del derecho a la consulta previa, libre, informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República. *Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afropereanos, Ambiente y Ecología Grupo de Trabajo “Reglamento e Implementación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República”*. Periodo Legislativo 2011-2012. P.16.

2 Artículo 31º de la Constitución.- Participación ciudadana en asuntos públicos. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

3 Defensoría del Pueblo del Perú. Informe Defensorial N° 156 “Violencia en los conflictos sociales”, pág. 37.

De allí, la necesidad de la implementación del derecho a la consulta, lo cual evitara, probablemente, el crecimiento en el porcentaje de los conflictos sociales y permitirá enfrentar con mayores posibilidades de éxito, los problemas, resolviendo o mitigando los conflictos sociales ya existentes. Esto, conllevará al afianzamiento de un Estado multicultural y pluriétnico, rasgo que ha sido recogido en nuestra Constitución y que ha merecido pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, en los términos siguientes: “el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado Social y Democrático de Derecho, establecido en el artículo 43º de la Constitución⁴.”

En ese sentido, podemos afirmar que el derecho a la consulta previa encuentra fundamento en el concepto de democracia deliberativa⁵, donde la comunicación, el diálogo y el intercambio de ideas son elementos imprescindibles en el proceso democrático. Este modelo de democracia, compatible con el modelo constitucional vigente, se apoya precisamente en las condiciones de comunicación bajo las cuales el proceso político puede tener a su favor la presunción de generar resultados racionales porque se efectúa en toda su extensión, en el modo y estilo de la política deliberativa. Este modelo democrático se sitúa en aquellas reglas de discurso y formas de argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento y, por tanto, en última instancia, de la propia estructura de la comunicación lingüística.

II. Normas Internacionales

A. Instrumentos de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU)

El último paso dado en el derecho internacional ha sido la adopción de la **Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**⁶, que refuerza y amplía el horizonte de derechos de los pueblos indígenas, fundándolos en la igual dignidad de los pueblos y su derecho a la libre determinación. Si bien se trata formalmente de una declaración⁷ y, por ende, no sujeta a ratificación, es una declaración sui generis pues incluye una cláusula para que los estados hagan efectivas

4 STC. 0020-2005-PI/0021-2005-PI (acumulados), Fundamento 99.

5 Habermas, J. 2005. “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”. *Revista de la Universidad Bolivariana*, 4 (10), pág. 5.

6 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

7 Una convención o tratado es un documento de obligatorio cumplimiento que entra en vigor tan pronto cuenta con la ratificación de determinado número de Estados; por el contrario, una declaración, no es un documento de obligatorio cumplimiento pero entraña una responsabilidad moral porque media la aprobación de la comunidad internacional.

las disposiciones de este instrumento. Además, al constituir varias de sus disposiciones parte del derecho consuetudinario internacional o de los principios generales del derecho, los Estados quedan por ello “obligados”, por decirlo de alguna manera, a cumplirlas⁸. Así, el deber de los estados de consultar con los pueblos indígenas las decisiones que los afecten se encuentra consagrado en el artículo 32.2 que establece:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Asimismo, el artículo 26.2 de esta Declaración garantiza a los pueblos indígenas el derecho:

“a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

El **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)** también ha resaltado el deber de consultar y ha elaborado diversas disposiciones alrededor del mismo. Los artículos 6.1.a y 6.2 señalan que los estados deben:

“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y que tales consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Además, el artículo 7.1 de este convenio señala que:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras

8 Al respecto véase: BOYLE. A.E. “*Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*”, *I.C.L.Q.* Octubre 1999, pp. 901-913, quien hace una interesante comparación de lo que en doctrina se conoce como *Hard Law* y *Soft Law*. Tradicionalmente, se relacionaba a la primera con las características de un tratado y a la segunda con las de una declaración, sin embargo el autor refiere que “un acuerdo que involucra Estados puede ser vinculante aún y cuando no sea un tratado, entonces la distinción entre Acuerdos Soft y Hard no es una simple similitud de la distinción entre tratados y no tratados”

que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Los artículos 15.1 y 15.2 del Convenio 169 enfatizan el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales provenientes de sus tierras aun cuando la propiedad de dichos recursos sea retenida por el Estado:

“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

El deber de consultar también está reconocido por el núcleo de tratados de las Naciones Unidas, incluido el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), ratificado por Perú en abril de 1978, así como en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por Perú en septiembre de 1971. El artículo 1° del PDCP, similar al artículo 3° de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos, que incluye el derecho a buscar su desarrollo económico, social y cultural, así como a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, al interpretar la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por Perú en 1971, hizo un llamado a los Estados Parte para que:

“Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; ... [y] que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus

tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos”⁹.

El artículo 32.3 de la Declaración de Naciones Unidas requiere a los estados:

“establecer mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa” de las comunidades indígenas por proyectos “que afecte[n] a sus tierras o territorios y otros recursos”.

B. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Con la ratificación de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), todos los Estados del continente han aceptado la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para conocer de violaciones de derechos humanos acaecidas en sus jurisdicciones y para emitir recomendaciones en caso de encontrar que dichas violaciones han sucedido y que el Estado es responsable¹⁰. Asimismo, los Estados han reconocido el catálogo de derechos consagrados en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Más aún, el 12 de julio de 1978, Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 21 de enero de 1981, aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conocer asuntos que surgen del incumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte IDH ha desarrollado una extensa jurisprudencia relativa a la protección de los derechos de los pueblos indígenas¹¹, producto de la interpretación y análisis extensivo de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como el PDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada recientemente en setiembre del 2007. Así, las decisiones de la Corte IDH que interpretan las obligaciones de los Estados, emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, son precedentes vinculantes para el Perú, por cuanto nuestro país aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH respecto de todos los asuntos relacionados con sus obligaciones bajo la Convención Americana.

9 Observación general No. 23 (1997) relativa a los pueblos indígenas. CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4, párrs. 4.d y 5.

10 Ver, entre otros: Caso 12.053, *Comunidades Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice*, Informe de fondo N° 40/04, 12 de octubre de 2004, Comisión Interamericana de Derechos humanos.

11 Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006; y Caso del *Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Cabe resaltar algunos pronunciamientos importantes de la Corte IDH, para el tema que nos ocupa. La Corte se ha pronunciado respecto a la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o la implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas o tribales, cuando tales planes, proyectos o concesiones afectaron los recursos naturales que allí se encontraban, afirmando que “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el simple hecho de su existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹².

En el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam¹³, la Corte IDH vuelve a aplicar la doctrina configurada anteriormente y desarrolla con mayor amplitud, algunos componentes del derechos de propiedad¹⁴, resaltando la obligación de no afectar los recursos que resulten necesarios para la supervivencia del modo de vida de la comunidad y para sus actividades culturales y religiosas, la consulta previa a la comunidad, con el objeto de obtener su consentimiento libre e informado, la participación de la comunidad en los beneficios de la explotación, y la realización previa de estudio de impacto social y ambiental.

A continuación destacaremos algunos aspectos importantes de la sentencia citada, en cuanto a la participación efectiva de los grupos indígenas o tribales y el deber del Estado de consultar activamente con dicha comunidad:

- ✓ El Estado debe consultar con el pueblo de que se trate, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso¹⁵.

12 *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 90, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 86.

13 *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

14 Si bien no se trata de un derecho absoluto, está sujeto a limitaciones. La Corte IDH, establece los parámetros bajo los cuales esas limitaciones son aceptables. Ver: *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., párr. 128 y 129.

15 *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., pág. 133.

- ✓ El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria¹⁶.
- ✓ En casos de planes de desarrollo o de inversión¹⁷ a gran escala (los denominados megaproyectos) que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas, el Estado tiene no solo el deber de consultar a la comunidad sino también el deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones¹⁸.
- ✓ La Corte IDH, aclaró que es el pueblo indígena o tribal y no el Estado quien debe decidir quién o quiénes lo representarán en cada proceso de consulta¹⁹.

III. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta en la Legislación Nacional

El Convenio 169 de la OIT²⁰, como único tratado en materia de derechos de los pueblos indígenas, sigue constituyendo el “núcleo duro” de los derechos de los pueblos indígenas, gracias a su exigibilidad para los países que lo han ratificado. El convenio 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro de los Estados donde viven. Este Convenio garantiza el derecho de los pueblos a definir sus prioridades de desarrollo, de ahí que se desprenda la necesidad de instaurar procesos de consulta previa y participación de los pueblos en todas las políticas o programas que los puedan afectar.

Se podría decir que este convenio, al reconocer la existencia de varios pueblos al interior de un mismo Estado y nuevas formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas –ya no basadas en la imposición sino en la consulta, la participación, y el respeto, inaugura una nueva política de trato y posibilita la construcción de Estados plurales²¹.

16 *Ibidem*, párr. 133.

17 La Corte IDH definió “plan de desarrollo o inversión” como cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [indígena o tribal], en particular cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras. Ver: *Caso del Pueblo Saramaka*, Cit., nota de pie de página 124.

18 *Ibidem*, párr. 134.

19 *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 18.

20 Adoptado en la Sesión 76va de la Conferencia de la OIT en Ginebra, el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de setiembre de 1991. Fue aprobado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, el 2 de setiembre de 1993, y ratificado el 17 de enero de 1994. Entró en vigencia para el Perú el 02 de febrero de 1995.

21 YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica”. En: *Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas en América Latina*. Lima, 2010. Ed. Gráfica Kuatro.

La primacía formal y material del Convenio 169 sobre la legislación nacional peruana responde a los principios de jerarquía de las normas señaladas en la Constitución de 1993. Esta primacía viene ligada a que el Convenio 169 prevalece sobre cualquier disposición legal peruana previa o posterior. Según la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados de 1969 –tratado ratificado por el Estado peruano y por ende, forma parte de nuestro derecho nacional–, señala que un Estado Parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento ratificado²².

Más aún, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”²³. En ese sentido, habiéndose ratificado el Convenio 169, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55° de nuestra Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, nuestra legislación nacional no ha tenido dificultades para dar un cabal cumplimiento a las disposiciones del Convenio 169 y a los parámetros establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH, así como también, a dar soluciones concretas en cuanto al respeto del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas y nativas. En muchos casos, en sus inicios, los intentos de la legislación nacional por desarrollar normativamente el derecho a la consulta, redujo al mismo, a un mero acto informativo, tal es el caso del Decreto Supremo N° 028-2008-EM²⁴, que reguló la participación ciudadana en el subsector minería y contempló la posibilidad de la participación, pero con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera, lo cual a todas luces no cumple con lo previsto por el Convenio 169.

La falta de cumplimiento de la obligación de consultar a los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169, ha tenido un enorme impacto negativo, dando como resultado la generación de muchos conflictos sociales que crean inestabilidad e inseguridad en el país.

Los conflictos sociales indígenas que tienen como su principal reclamo la ausencia del respeto del derecho a la consulta previa, evidencian la necesidad de desarrollar una

22 La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, fue adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Este Tratado fue ratificado por el Estado Peruano mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, y entró en vigencia en nuestro país el 14 de octubre de 2000.

23 STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33.

24 Publicado el 26 de Junio de 2008, Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero.

legislación que regule el derecho a la consulta previa y mejor aún que la consagre como un requisito previo en la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de estos pueblos, ello es parte vital para arribar a una solución sostenible y democrática²⁵.

III.1 Recomendaciones de la OIT al Estado Peruano sobre la aplicación del Convenio 169 en relación con el Derecho a la Consulta

El último informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en su Observación individual respecto del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, núm. 169, Perú, ratificación: 1994, publicación: 2010²⁶, contiene una serie de observaciones y recomendaciones al Estado peruano sobre la aplicación del convenio 169, de las que conviene resaltar aquéllas relacionadas con el derecho a la consulta y su desarrollo legislativo:

- ✓ La Comisión insiste sobre la necesidad de que los pueblos indígenas y tribales participen y sean consultados antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente, incluso respecto de la elaboración de disposiciones sobre los procesos de consulta, y que la normativa sobre la consulta refleje, en particular, los elementos contenidos en los artículos 6, 7, 15 y 17, párrafo 2) del Convenio.
- ✓ La Comisión insta al Gobierno a establecer, con la participación de los pueblos interesados, los mecanismos de participación y consulta que requiere el Convenio. Le solicita igualmente que proporcione información sobre la manera en que se asegura la participación y consulta de los pueblos referidos en la elaboración de la normativa concerniente a la consulta.
- ✓ La Comisión resaltó que el artículo 6 del Convenio dispone que las consultas deben tener la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Si bien el artículo 6 del Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se requiere, como lo subrayó esta Comisión en su observación general sobre el Convenio de 2008, que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta permitan la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados «a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso».
- ✓ La Comisión resaltó que el Convenio requiere que se establezca un diálogo genuino entre las partes interesadas que permita buscar soluciones concertadas y que, si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.

25 CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. "Implicancias del derecho a la consulta previa en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional", En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 18, junio 2009, Gaceta Jurídica, pp. 121-133.

26 Véase texto completo en: <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>

- ✓ Asimismo, la Comisión subrayó que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio.
- ✓ La Comisión solicitó al Estado Peruano a que:
 - i) suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;
 - ii) proporcione mayores informaciones sobre las medidas tomadas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, conforme al artículo 7, párrafo 4) del Convenio, incluyendo información sobre la coordinación entre el Organismo Supervisor de Inversiones en Energía y Minería (OSINERGMIN) del Ministerio de Energía y Minas y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) del Ministerio del Ambiente, y
 - iii) suministre copia del D.S. N° 002-2009-MINAM, de 26 de enero de 2009, que regula la participación y la consulta ciudadana en asuntos ambientales.

IV. Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N° 29785 y su Reglamento

Con fecha 23 de agosto de 2011, el Congreso de la República aprobó por unanimidad la Ley N° 29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Dicha ley fue promulgada por el Presidente de la República con fecha 06 de setiembre de 2011 y se publicó en el diario oficial El Peruano el 7 de setiembre del 2011.

Respecto a las etapas del Proceso de Consulta Previa, la Ley 29785 reconoce las siguientes:

i. Identificación de las medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar a los Pueblos Indígenas.

Establece la obligatoriedad, bajo responsabilidad de las entidades estatales, de identificar las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tengan relación directa con los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se procesa a una consulta previa respecto de tales medidas. De otro lado, las instituciones u organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas también pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les afecta directamente. Además establece el procedimiento en caso dicho petitorio sea desestimado.

ii. Identificación de los Pueblos Indígenas u originarios que podrían ser afectados por la medida legislativa o administrativa.

La identificación de los Pueblos Indígenas debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.

iii. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativas deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.

iv. Información a los Pueblos Indígenas de todos los aspectos relacionados a la medida legislativa o administrativa y sus posibles impactos.

Corresponde a las entidades estatales brindar información a los Pueblos Indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.

v. Evaluación interna por parte de los Pueblos Indígenas.

Las instituciones y organizaciones de los Pueblos Indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

vi. Diálogo entre representantes del Estado y los representantes de los Pueblos Indígenas u originarios.

El diálogo intercultural se realiza sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimientos de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta.

vii. Decisión.

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar

debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteadas por los Pueblos Indígenas u originarias durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos. El acuerdo entre el Estado y los Pueblos Indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, el Poder Ejecutivo aprobó el Reglamento de la Ley N° 29785, norma que fue publicada el 3 de abril de 2012 en el diario oficial. Ese dispositivo reglamenta la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT con la finalidad de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Su ámbito de aplicación se circunscribe a: (i) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; (ii) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos que se emitan conforme con el artículo 104° de la Constitución; y, (iii) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

Asimismo, se establece que si el proceso de consulta finaliza con un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, este acuerdo es de carácter obligatorio, vinculante. Sin embargo, en caso de que no se alcance un acuerdo, la entidad tendrá las facultades para dictar la medida objeto de la consulta, adoptando todas las medidas para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

V. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

A continuación citaremos los pronunciamientos del Supremo Intérprete de la Constitución en tanto abordan de alguna manera el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas y nativas, evidenciándose cómo es que en el devenir de su jurisprudencia ha ido efectivizando la aplicación del Convenio 169 de la OIT, las directrices de los instrumentos internacionales y los lineamientos desarrollados por la Corte IDH en su jurisprudencia.

A. Caso Cordillera Escalera: Exp. N° 03343-2007-PA/TC²⁷

En este caso, el recurrente sostenía que en el Lote 103 (área a explorar y explotar) se encontraba el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, establecida

²⁷ Publicada el 20 de febrero de 2009.

como tal, mediante Decreto Supremo N.º 045-2005-AG. En tal sentido, la actividad hidrocarburífera, tanto en su faz exploratoria como de explotación, implicaría una afectación al ecosistema del área protegida; por consiguiente, vulneraría el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.

“La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla²⁸”.

El TC, declaró FUNDADA la demanda y señaló que, quedaba prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y explotación dentro del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro²⁹, dándoles la posibilidad a los demandados, de reiniciar sus actividades una vez que éste haya sido elaborado y aprobado por la autoridad correspondiente. Asimismo, enfatizó que, en caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas.

B. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama I: Exp. N° 0022-2009-PI/TC³⁰

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089³¹, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. Los demandantes aducían fundamentalmente, que esta norma había sido promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, contraviniendo directamente lo ordenado por el Convenio 169 de la OIT, afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como son: el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral.

Este es un interesante pronunciamiento del TC, en el que por primera vez se aborda y desarrolla el contenido y alcances del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Así, expresamente, este Colegiado, señaló que

28 Fundamento 35.

29 Requisito indispensable para efectuar la exploración y la explotación dentro del área protegida.

30 Publicada el 17 de junio de 2010.

31 Publicada el 28 de junio de 2008.

“De la lectura del artículo 6° y 15° del Convenio N° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo [...]. [...] es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo³².

En esta línea de desarrollo el TC, estableció:

i) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta, el mismo que está conformado por:

- el acceso a la consulta;
- el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y,
- la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.

Asimismo, reiteró que, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

ii) Las características y/o principios orientadores del derecho a la consulta:

- la buena fe;
- la flexibilidad;
- objetivo de alcanzar un acuerdo;
- transparencia; e,
- implementación previa del proceso de consulta.

iii) Las pautas para configurar el proceso de consulta:

1. Determinar la medida legislativa o administrativa que pudiese afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
2. Determinar los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
3. Brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida,
4. Negociación propiamente dicha, dos opciones:
 - a. Si el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida, concluye la etapa de negociación.
 - b. Si el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación; la medida aún no podrá ser implementada.

32 Fundamentos 24 y 25.

5. Segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable, aquí pese a que no se pueda alcanzar consenso alguno, el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.

Sin embargo, respecto a la norma materia de cuestionamiento el TC concluye que, al no haberse determinado que las normas del cuestionado decreto legislativo sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas³³ –al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma–, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por tanto, declaró INFUNDADA la demanda por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089.

C. Caso AIDSESP I: Exp. N° 06316-2008-PA/TC³⁴

La Asociación recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas y contra las empresas que tienen Contratos de Licencia de Exploración y Explotación de los Lotes 39 y 67, ya que estarían vulnerando los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Solicitaron, se ordene a las referidas empresas, abstenerse de operar en las zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

En esta sentencia el TC reafirma su anterior pronunciamiento recaído en el caso Gonzalo Tuanama Tuanama, Exp. N° 0022-2009-PI/TC –comentada en el ítem anterior, sin embargo, cabe resaltar lo expuesto respecto del alegato de una de las empresas que aduce haber llevado a cabo talleres informativos a la población indígena afectada:

“Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta³⁵”.

33 Ya que el Decreto Supremo N° 032-2008-VIVIENDA, que reglamenta la norma cuestionada, especifica que el presente decreto legislativo no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas.

34 Publicada el 30 de junio de 2010. Presentada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de La Selva (AIDSESP), AIDSESP es una organización nacional y está presidida por un Consejo Nacional que se asienta en 6 organismos descentralizados ubicados en el norte, centro y sur del país. Tiene 57 federaciones y organizaciones territoriales, que representan a las 1,350 comunidades donde viven 350,000 hombres y mujeres indígenas, agrupados en 16 familias lingüísticas.

35 Fundamento 25.

Pese a lo expuesto, el TC consideró, que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. En ese sentido, el Tribunal dispuso que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas –que no verán paralizadas sus acciones–, y las propias comunidades y sus dirigentes, con la finalidad de que éstos no renuncien a sus derechos y que por el contrario, los mismos puedan ser restablecidos en el menor plazo posible.

Asimismo, se instó a que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC. N° 0022-2009-PI/TC (Caso Gonzalo Tuanama Tuanama), mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.

D. Caso AIDSESEP II: Exp. N° 05427-2009-PC/TC³⁶

La Asociación recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que éste, de cumplimiento al Convenio N° 169 de la OIT y, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional.

Cabe hacer alusión a que en este caso, El TC adecua y redimensiona el Proceso de Cumplimiento³⁷, para dar respuesta a la pretensión planteada por la Asociación demandante. Así refiere que, la obligación del ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, se encuentra dentro de la categoría de omisión normativa inconstitucional indirecta³⁸.

Respecto a la obligación que tiene el Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, este Colegiado refirió que

36 Publicada el 23 de Agosto de 2010. Presentada igualmente, por la Asociación Interétnica de Desarrollo de La Selva (AIDSESEP). Cabe resaltar que es en el seno de un Proceso de Cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas, que se demanda el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.

37 Artículo 66°.- Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

38 Aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional.

“el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas³⁹”.

Sin embargo, posteriormente se especifica que el deber de reglamentación del Ministerio de Energía y Minas sólo alcanza a lo referido con el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, puesto que, lo referido al derecho a la tierra, al territorio, al medio ambiente y a los recursos naturales, no competen ni directa ni exclusivamente al Sector Minería⁴⁰.

Finalmente, la demanda fue declarada FUNDADA, en tanto, los reglamentos emitidos hasta el momento por el Ministerio de Energía y Minas, no han logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. A su vez ordenó al Ministerio de Energía y Minas emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y exhortó al Congreso de la República a que en el plazo más breve posible, culmine el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁴¹”.

E. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama II: Exp. N° 0023-2009-PI/TC⁴²

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1079⁴³, en la que los demandantes referían que, “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue legislada y promulgada sin hacer ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

El decreto legislativo cuestionado establece principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas, tales como la presunción de la posesión inmediata

39 Fundamento 26.

40 Fundamentos 30 y 31.

41 La misma que fue aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010 y que a la fecha de publicación de la sentencia bajo comentario, había sido observada por el Presidente de la República.

42 Publicada el 19 de octubre de 2010.

43 Publicada el 28 de junio de 2008, expedido en ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento mediante la Ley N° 29157, siendo que su ámbito de regulación se vincula directamente una de las materias delegadas: el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (artículo 2.2. Ley N° 29157).

del Estado sobre todos los especímenes de flora y fauna silvestre así como productos o subproductos, que son partes de las Áreas Naturales Protegidas. Asimismo, estableció que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, precisándose que sin perjuicio de ello, en los casos de superposición de funciones o potestades con otra autoridad respecto de las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional, prevalecen las otorgadas al Ministerio del Ambiente.

El TC remitiéndose a lo expuesto en el Exp. N° 022-2009-PI/TC, señaló que, en principio, es necesario determinar si es que las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1079 son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas; puesto que, si se determina tal afectación sería exigible el derecho de consulta, con lo que la norma tendría que ser declarada inconstitucional; de lo contrario, si es que se determina que la norma no implica tal tipo de afectación, entonces la demanda tendrá que ser declarada infundada.

En el presente caso, la demanda fue desestimada, ya que el Colegiado consideró que las normas contenidas en el decreto legislativo bajo cuestionamiento no afectaban de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas. Sin embargo, se precisó que “cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado”; y citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, puntualizó que “Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros” (...) (considerando N° 149)⁴⁴.

F. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama III: Exp. N° 0024-2009-PI/TC⁴⁵

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 994⁴⁶, mediante el cual se promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.

⁴⁴ Fundamento 9.

⁴⁵ Publicada el 9 de agosto de 2011.

⁴⁶ Publicada el 13 de marzo de 2008, expedido en ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento mediante la Ley N° 29157, siendo que su ámbito de regulación se vincula directamente a dos de las materias delegadas: la mejora del marco regulatorio (artículo 2.1.b Ley N° 29157), y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria (artículo 2.1.h Ley N° 29157), con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (artículo 2.2. Ley N° 29157).

La norma cuestionada establece un régimen especial para promover la inversión privada, permitiendo que el inversionista que ejecute proyectos de irrigación en tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado, adquiera la propiedad de dichas tierras y pague la contraprestación a través de diversas modalidades que la norma preveía. Lo que pretendía la norma era promover la participación del sector privado, permitiendo cierta flexibilidad en la estructuración de los proyectos de irrigación, pues se posibilita que el inversionista no sólo pague en dinero el valor de las tierras, sino que también lo pueda hacer entregando en pago parte de las tierras habilitadas, la propia infraestructura hidráulica construida, entre otros. Asimismo, se imponía como un compromiso a cumplir por parte del inversionista, la prestación de servicios de asistencia técnica en agricultura y riego y de información agraria.

En ese sentido, los demandantes afirmaban que “el referido decreto promociona proyectos de irrigación en las tierras eriazas, con excepción de aquellas que tengan títulos de propiedad privada o comunal. De este modo, se desprotege a las comunidades que no cuenten con títulos de propiedad, las que aun con antecedentes de posesión ancestrales en dichas tierras, pueden ser desplazadas por los citados proyectos de irrigación que se promueven al amparo de la norma cuestionada”.

El TC declara improcedente la demanda; sin embargo, señala que los alcances del Decreto Legislativo N° 994 deben determinarse de conformidad con los fundamentos 14, 18 y 19 de la presente sentencia. Es decir, se deberá respetar y tener en cuenta la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural y libertad de religión. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos.

G. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama IV: Exp. N° 0025-2009-PI/TC⁴⁷

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos⁴⁸, en la que los demandantes cuestionaban entre otros aspectos, el que la aprobación y promulgación de la Ley impugnada se haya realizado sin respetarse el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de manera previa e informada, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y los artículos 19°, 30° y 32° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNU DPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

47 Publicada el 17 de marzo de 2011.

48 Publicada el 31 de marzo de 2009.

En este caso, el Tribunal señaló enfáticamente que lo que regula la Ley cuestionada, es lo concerniente al uso y gestión de los recursos hídricos, esto es, el agua superficial, subterránea, continental, marítima y atmosférica así como los bienes asociados a estas. Asimismo, se resalta que la finalidad la norma en cuestión es regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como los bienes asociados a ésta; es por ello, que se crea el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, estableciéndose que entre sus cometidos se encuentra el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos, así como el cumplimiento de la política y estrategia nacional de recursos hídricos y el plan nacional de recursos hídricos en todos los niveles de gobierno y con la participación de los distintos usuarios del recurso. Igualmente, la ley cuestionada crea la Autoridad Nacional del Agua (ANA) como ente rector de máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos y regula el uso de los recursos hídricos y los derechos de uso de agua.

Finalmente, el colegiado puntualizó que la Ley 29338 no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios, ni mucho menos que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos; puesto que, la Ley impugnada pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas. Es por ello, que la demanda de inconstitucionalidad es declarada infundada.

H. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama V: Exp. N° 0027-2009-PI/TC⁴⁹

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1020⁵⁰, mediante el cual se promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario.

Siguiendo la línea jurisprudencial citada, el Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda, aduciendo que la norma cuestionada no es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas; puesto que, establece el marco normativo para promover la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario, estableciendo los requisitos para la conformación de las Entidades Asociativas Agrarias, organizaciones de productores agrarios que únicamente gozarán de capacidad jurídica para actuar como personas jurídicas cuando se trate de la celebración de contratos de financiamiento o de garantía de dichos financiamientos, bajo cualquier modalidad, con cualquier empresa del sistema financiero nacional o persona jurídica. Asimismo, dicho decreto autoriza a cada Gobierno Regional a constituir fideicomisos, los cuales se orientarán a garantizar

⁴⁹ Publicada el 14 de abril de 2011.

⁵⁰ Publicada el 10 de junio de 2008.

las operaciones de crédito que las empresas del sistema financiero nacional celebren con los pequeños productores agrarios y con las Entidades Asociativas Agrarias.

En ese sentido se precisó que, lo previsto por el mencionado decreto gira en torno a un ámbito específico: el crédito agrario, es decir sobre una operación vinculada al ámbito del sistema financiero; materia que a entender del Colegiado del TC no constituye un aspecto relevante que implique una afectación directa a los pueblos indígenas.

VI. Pronunciamientos de tribunales latinoamericanos

A. Colombia

- i. Corte Constitucional: Sentencia SU-039/97, de 3 de febrero de 1997.
El Defensor del Pueblo, en representación de la comunidad indígena U'wa, interpuso acción de tutela –equivalente al amparo en Colombia–, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental del Colombia Inc., por no haber efectuado de manera completa y seria el proceso de consulta previa establecida para la explotación de hidrocarburos dentro de su territorio.

La Corte concluyó que no se llevó a cabo de manera completa e idónea el proceso de consulta previa de las comunidades indígenas U'wa con relación al proyecto de exploración de hidrocarburos, pues a las reuniones realizadas no asistieron los representantes de las comunidades. A su vez, ordenó suspender la licencia ambiental dada a la empresa demandada y a realizar la consulta debida.

- ii. Corte constitucional: Sentencia C-418/02, de 20 de mayo de 2002.
Acción de inconstitucionalidad dirigida contra el Código de Minas (Ley 685 de 2001), que establecía la facultad de la autoridad minera estatal de señalar y delimitar, dentro de los territorios indígenas, las denominadas “zonas mineras indígenas”.

La Corte Constitucional señala la protección reforzada del derecho a la consulta a los pueblos indígenas como mecanismo de preservación de la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, apoyándose para ello en normas constitucionales y en el Convenio 169. Así, refirió que la decisión de establecer y delimitar “zonas mineras indígenas” puede afectar los derechos e intereses de la comunidad, y por ende, le es plenamente aplicable el requisito de la consulta previa a la comunidad interesada, de acuerdo con el artículo 330° de la Constitución Colombiana y el Convenio 169.

- iii. Corte Constitucional: Sentencia SU-383/03, de 13 de mayo de 2003.
La Corte concluyó que el Estado tenía la obligación de consultar debidamente a las comunidades indígenas sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación

de Cultivos Indígenas que tienen efectos en sus territorios, y que la falta de realización de esta consulta afectó los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana. Ordena se consulte de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones relativas al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que los afecten.

B. Bolivia

- i. Tribunal Constitucional: Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RDL, sentencia de 2 de junio de 2006.

De acuerdo con la interpretación que hace el Tribunal Constitucional Boliviano del derecho a la consulta, las comunidades o pueblos indígenas no tendrían un derecho a vetar la explotación de hidrocarburos, sin embargo, refiere que la ley garantiza el pago de una indemnización equitativa, de modo que los intereses de las comunidades o pueblos no queden desprotegidos. Reitera el Tribunal, que si bien la obligación de realizar la consulta es constitucional, el carácter vinculante de su resulta es inconstitucional.

C. Costa Rica

- i. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-00007-CO, sentencia de 8 de setiembre de 2000.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema hace aplicación directa del Convenio 169, en cuyas normas se funda la anulación de la adjudicación de una licitación petrolera. La Sala considera de cumplimiento obligatorio la consulta a las comunidades indígenas ante la toma de decisiones que puedan afectar su territorio y recursos. La Sala interpreta el derecho de las comunidades a ser consultadas como un requisito necesario para la participación y respeto de las minorías en una democracia.

D. Guatemala

- i. Corte de Constitucionalidad: Expediente 199-95, Opinión relativa al convenio 169 de la OIT, 18 de mayo de 1995.

En Guatemala, el Presidente y el Congreso de la República tienen facultades para requerir a la Corte de Constitucionalidad opiniones consultivas. En este caso, el Congreso empleó ese mecanismo para requerir a la Corte de Constitucionalidad una opinión sobre la compatibilidad del Convenio 169 –cuya aprobación estaba sometida al Congreso–, con la Constitución. La Corte de Constitucionalidad ofrece en esta

opinión consultiva tanto una evaluación general del Convenio 169, como un análisis de cada una de sus partes, señalando la plena compatibilidad de ese instrumento internacional con la Constitución de Guatemala, que también contiene cláusulas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

VII. Consideraciones finales

Mediante la aprobación de la Ley de Consulta Previa, se reconocen los compromisos asumidos con el Convenio 169º de la OIT, después de 16 años, y se constituye en el punto de partida para la solución de los conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el respeto y garantía de sus libertades. Además marca el inicio del diálogo intercultural formal. Por su parte, el Reglamento, si bien busca de manera efectiva evitar conflictos sociales y que el Estado llegue a acuerdos con los nativos que serán consultados sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectar su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo; señala expresamente que el resultado de la consulta a los pueblos “no será vinculante”, lo que significa que el Estado tomará la decisión final en lo que concierne a la ejecución de un proyecto de inversión en jurisdicciones indígenas, aunque el resultado de la consulta a los pueblos determine la posición contraria.

En ese sentido, si bien consideramos un gran avance en la adecuación de nuestra normativa interna, con participación de los pueblos indígenas, para que la legislación infraconstitucional sea compatible y desarrolle los instrumentos internacionales –Convenio 169 y la Declaración ONU-, la jurisprudencia internacional y los textos más progresivos de las Constituciones; aún queda mucho por hacer, porque evidentemente, la finalidad de las Ley de la Consulta Previa y Reglamento, no se ha materializado a cabalidad. A la fecha, los conflictos socio ambientales entre activos y latentes, continúan en aumento.

Asimismo, es necesario que se garantice la existencia de herramientas para identificar a cabalidad la pertenencia étnica, grupo etario y de género de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas y nativas, así como la asignación de partidas, gasto público, cobertura de servicios e inversiones que se le destine, en todo el sector público. Igualmente, se hace imprescindible que las políticas públicas que afecten a los pueblos indígenas, se sustenten en el reconocimiento de sus derechos y en un modelo de sociedad democrática y plural. Es necesario que las políticas sectoriales de los servicios públicos (educación, salud, etc.) así como las de inversión y seguridad tengan en cuenta los derechos indígenas.

Todo ello, con el objetivo y finalidad de que puedan coexistir, por un lado, la explotación racional de los recursos naturales y por el otro, el respeto irrestricto de los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas y nativas, en nuestro país.

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

Miguel Carbonell
IIJ-UNAM

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La experiencia norteamericana. 3. La previsión constitucional de los derechos. 4. El reto de la aplicación judicial de la Constitución. 5. La Constitución viviente. 6. Retos del futuro para el constitucionalismo de América Latina. 7. Conclusión.

1. Introducción

Cualquiera que sea la noción que tengamos de lo que significa el activismo judicial, lo cierto es que habrá que considerarlo como un medio para alcanzar ciertos fines¹. Es decir, el activismo judicial, por sí mismo, no pasaría de ser una categoría meramente descriptiva, a menos que convengamos sobre su capacidad instrumental en relación a determinadas ideas, bienes o valores. Si esto es así tendremos que convenir también en que, en su calidad instrumental, el activismo judicial puede ser positivo o negativo. Aunque se suele identificar el activismo judicial con política judiciales progresistas, hay que reconocer que también puede haber un activismo judicial profundamente conservador.

Si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte activismo judicial se han dado sobre todo en relación a los derechos fundamentales. Los jueces activistas han concentrado su actuación en generar las

1 Ver el descriptivo libro de Aharon Barak sobre el tema: *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, así como la muy completa construcción conceptual de Richard Posner en su obra *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa (a veces incluso de carácter prestacional, dependiendo del caso²) a los derechos fundamentales.

El activismo judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos han denominado la “revolución de los derechos”, pero lo interesante (para la teoría general del derecho constitucional y, sobre todo, para la teoría constitucional mexicana), es que tal revolución ha sido acompañada por elementos adicionales sobre los que conviene reparar. En otras palabras, el activismo judicial ha sido una condición o elemento esencial para la revolución de los derechos si atendemos a la evidencia histórica disponible, pero no el único.

Si quisiéramos encontrar un caso paradigmático de activismo judicial seguramente tendríamos que mirar a la historia del constitucionalismo norteamericano. De eso trata el siguiente apartado.

2. La experiencia norteamericana

La historia constitucional de los Estados Unidos permite vislumbrar, aparte de un modelo de constitucionalismo que presenta muchas peculiaridades y que ha sido paradigmático para un número importante de países, las condiciones que son necesarias para realizar una revolución jurídica a partir de los derechos fundamentales, contando con fuertes dosis de activismo judicial.

En realidad, en Estados Unidos se han producido dos revoluciones de los derechos. La primera, a finales del siglo XVIII cuando en las constituciones de las colonias se comenzaron a “constitucionalizar” los derechos fundamentales, cumpliendo con la primera etapa del desarrollo histórico de los derechos³. Ese primer movimiento se completa con el establecimiento del *Bill of rights* a nivel federal en 1791 y con las enmiendas constitucionales expedidas al finalizar la Guerra Civil a mediados del siglo XIX⁴. Esa es la primera revolución de los derechos que se realiza en territorio norteamericano y, junto con la experiencia francesa de 1789, la primera en sentido moderno a nivel mundial.

La segunda revolución se inicia en la década de los 50. El disparo de salida, preparado durante años importantes movimientos cívicos en defensa de los derechos, puede fijarse convencionalmente en el año de 1954, cuando se emite la sentencia

2 La explicación de los derechos fundamentales sociales como derechos a prestaciones puede verse en Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Madrid, CEPC, 2007. Sobre el mismo tema, Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, LEGIS, 2005.

3 Sobre las etapas de desarrollo histórico de los derechos fundamentales y sobre el surgimiento de los derechos en el constitucionalismo norteamericano, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, 2ª edición, México, Porrúa, 2010, pp. 10-19 y 165-211, respectivamente.

4 Reed Amar, Akhil, *The Bill of Rights. Creation and reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998.

del caso *Brown versus Board of Education* para remover la segregación racial en las escuelas. Su realización completa se lleva a cabo desde ese año y hasta la primera mitad de la década de los 70, cuando las fuerzas conservadoras sustituyen en el estrado de la Suprema Corte a los jueces liberales que habían tenido un papel destacado en defensa de los derechos.

La decisión final de esta segunda revolución tal vez haya sido la sentencia del caso *Roe versus Wade* sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, dictado en 1973. Desde luego, con posterioridad a esa sentencia han habido otros casos de activismo de gran importancia, pero han sido más escasos, más repartidos en el tiempo y sin que el conjunto de todos ellos haya reproducido en extensión y en intensidad los múltiples pronunciamientos progresistas que en materia de derechos fundamentales fueron dictados entre 1954 y 1973, sobre todo mientras presidía la Corte Earl Warren. Volveremos más adelante sobre algunos de los casos más conocidos que fueron resueltos en el tiempo de la presidencia de Warren.

A partir de la experiencia histórica de los Estados Unidos tal vez sería interesante extraer algún tipo de reflexión de carácter general que nos permita identificar las condiciones de posibilidad de las revoluciones de los derechos y el papel que dentro de ellas juega el activismo judicial. Para ello nos resulta de mayor utilidad la segunda revolución estadounidense, ya que en la primera existían condiciones históricas, filosóficas y políticas muy distintas de las actuales. En cambio, la experiencia estadounidense de la segunda mitad del siglo XX presenta todos los rasgos que la teoría constitucional considera como necesarios para lograr una revolución de los derechos.

Como lo ha sintetizado Charles Epp⁵, los requisitos que se suelen identificar para que exista una revolución de ese tipo son: a) la previsión constitucional de los derechos, b) una judicatura progresista o al menos receptiva de la causa de los derechos, c) una cultura popular que se identifique con los valores que preservan los derechos, y d) un activismo social y organizativo que sea capaz de llevar hasta la mesa de los tribunales los casos por violaciones de derechos. Las cuatro condiciones mencionadas estuvieron presentes en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XX. Lo que nos podríamos preguntar es si existen actualmente en los distintos países de América Latina y, en su caso, el grado de desarrollo que tienen.

En las páginas siguientes se explora el alcance de algunos de los cuatro temas apuntados por Epp. Hacer una revisión completa de todos ellos es algo que debería formar parte de la agenda de investigación de muchos de nuestros centros universitarios, pero que excede con creces el contenido posible de un artículo como el presente.

⁵ Epp, Charles, *The rights revolution. Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, capítulo uno.

3. La previsión constitucional de los derechos

De acuerdo con Epp, la existencia de un catálogo más o menos amplio de derechos es una condición esencial para que pueda darse la revolución de los derechos. Si bien podemos estar de acuerdo con esta tesis, puesto que el desarrollo de los derechos fundamentales en general se ha dado a partir de la existencia de las declaraciones que los enuncian, lo cierto es que la experiencia histórica es ambigua. Recurriendo de nuevo al caso de los Estados Unidos, podemos observar que el *Bill of Rights* fue expedido en 1791 y las enmiendas posteriores fueron resultado, a mediados del siglo XIX, de la Guerra Civil⁶. ¿Cómo es posible entonces que la segunda revolución de los derechos no aconteciera sino hasta un siglo o siglo y medio después? La previsión constitucional de los derechos, por tanto, es una condición necesaria pero no suficiente para que se pueda dar una revolución de éstos.

Desde el primer nivel de análisis de los cuatro señalados por Epp, se puede observar en América Latina un proceso siempre creciente y (hasta el día de hoy) en términos generales imparable de expansión de los derechos enunciados por las Constituciones de la región. Este proceso está presente a todo lo largo de la historia de los derechos, comenzando por sus “cunas originales”, que fueron Francia y los Estados Unidos⁷. La expansión de los catálogos de derechos se ha producido por un doble fenómeno de universalización de los titulares de los derechos (como efecto de la aceptación ampliamente compartida de la universalidad de los derechos) y de la mayor especificación que van adquiriendo sus contenidos.

La universalidad es una característica que ha acompañado a los derechos fundamentales desde su nacimiento. De hecho, uno de los primeros catálogos de derechos –que además es, quizá, el más importante de todos los tiempos– ya contenía la aspiración a la validez universal de los derechos; en efecto, la lectura de los artículos que integran la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de agosto de 1789 (conocida simplemente como Declaración francesa), pone en evidencia que sus normas están dirigidas no solamente a los franceses, sino a todas las personas y que su ámbito de validez racional no se limitaba a Francia sino que pretendía ir más allá de sus fronteras, como efectivamente lo hizo.

Como lo explica García Manrique, la universalidad de la Declaración francesa tiene dos sentidos: uno textual y otro funcional; la universalidad textual se desprende de la forma en que están redactados sus preceptos, que no se dirigen solamente a los franceses sino a todas las personas; la universalidad funcional se proclama en virtud de que la Declaración expresa ideas que pretenden alcanzar una validez universal e intenta recoger los principios que deben servir para estructurar no solamente a la sociedad francesa, sino a cualquier sociedad:

6 Reed Amar, Akhil, *The Bill of Rights*, cit..

7 Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, cit.

“La Declaración puede considerarse universal en dos sentidos: textualmente y funcionalmente... En primer lugar, la Declaración es textualmente universal como efecto necesario del modelo iusnaturalista que inspira su forma y su contenido... expresa ideas que pretenden una validez universal... la Declaración es funcionalmente universal porque ha servido como referente ideológico en todo el mundo a lo largo de dos siglos. Ello se debe, por supuesto, al lenguaje universal de su texto, pero no sólo a él, sino también a dos circunstancias no imputables a la voluntad de sus redactores: una es que la Declaración refleja la filosofía moral, política y jurídica de la modernidad... y que ha alimentado de una u otra forma la mayor parte de los proyectos políticos de los siglos XIX y XX, hasta nuestros días: la otra es que la situación social y política europea de finales del siglo XVIII era lo bastante similar a la francesa como para que la Declaración tuviera impacto inmediato, profundo y duradero más allá de las fronteras de Francia”⁸.

La universalidad, además, es una consecuencia de la fuerte influencia iusnaturalista del primer constitucionalismo: si los derechos que entonces se enunciaban eran “naturales”, es obvio que tenían que ser reconocidos por igual a todas las personas, puesto que todas ellas comparten la misma “naturaleza”; en palabras de Stephane Rials, “si existe un orden natural racional cognoscible con evidencia, sería inconcebible que fuera consagrado con variantes significativas según las latitudes”⁹.

En términos generales la universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos distintos puntos de vista. Desde el punto de vista de la teoría del derecho la universalidad tiene que ver con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos. Si su forma de redacción permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas: lo importante es que esté adscrito a todas las personas que tengan la calidad establecida por la norma), entonces estamos ante un derecho fundamental universal.

Algunos autores han incluido la característica de la universalidad como requisito esencial para la identificación de los derechos fundamentales. Es decir, para ellos solamente serían fundamentales los derechos que sean universales. Es el caso de Luigi Ferrajoli, quien distingue entre los derechos fundamentales (asignados universalmente a todos los sujetos de una determinada clase) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de los demás); así por ejemplo, la libertad de expresión, al ser reconocida constitucionalmente como un derecho de toda persona, sería un

8 García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, pp. 247-248.

9 Citado por García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., pp. 247-248.

derecho fundamental; mientras que el derecho patrimonial sobre mi coche (derecho que comprende la posibilidad de usarlo, venderlo, agotarlo y destruirlo) excluye de su titularidad a cualquier otra persona¹⁰. En palabras del autor¹¹.

Los derechos fundamentales –tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales– son derechos ‘universales’ (omnium), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito– son derechos singulares (singuli), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás... Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica... Los otros son exclusivos, es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica.

Siguiendo desde la misma perspectiva de teoría del derecho hay que distinguir, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos¹². La primera consiste “en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”, con independencia de un título adquisitivo¹³. Los destinatarios (en cuanto que obligados por los derechos) serían no solamente los seres humanos en lo individual sino también los grupos y los Estados. En este último caso, de acuerdo con Alexy, hay que diferenciar los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los segundos –los relativos– solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado.

Alexy pone como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; un ejemplo de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un ejemplo de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación.

10 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2004, pp. 45 y ss.

11 *Derechos y garantías*, cit., p. 46.

12 Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000, pp. 24-26.

13 Alexy no acepta que puedan haber derechos de grupo, es decir, derechos que no sean asignados a cada uno de los seres humanos en lo individual, si bien reconoce que pueden existir “derechos de comunidades” o “de Estados” (derechos de tercera generación, derecho al desarrollo); tales derechos, sin embargo, no serían derechos humanos, con lo cual –reconoce el autor– se perdería la carga valorativo-positiva que tiene el término, pero se obtendría la ventaja “de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios”, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, cit., p. 25.

Aparte de la perspectiva de teoría del derecho, que es la que se acaba de explicar de forma muy resumida, la universalidad de los derechos debe también ser contemplada desde una óptica política, desde la cual dicha característica supondría la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren deberían tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos.

Desde luego, la forma en que ese núcleo básico podría plasmarse en los distintos ordenamientos jurídicos no tiene que ser uniforme para estar de acuerdo con los principios de justicia; la historia, cultura y pensamiento de cada pueblo o comunidad puede agregar, y de hecho históricamente ha agregado, una multiplicidad de matices y diferencias al conjunto de derechos fundamentales que establece su respectiva Constitución. En palabras de Konrad Hesse: "...la validez universal de los derechos fundamentales no supone uniformidad... el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos"¹⁴.

En la historia de los derechos hemos encontrado formas distintas de redactarlos, si bien es cierto que también se han dado claras influencias entre los distintos textos que los recogen; influencias ideológicas, desde luego, pero también influencias "textuales", por medio de las cuales los poderes constituyentes han redactado de forma muy parecida las normas que establecen ciertos derechos.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos "son normativamente de 'todos' (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados"¹⁵. Que no sean alienables o negociables significa, en otras palabras, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular), como pasiva (puesto que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado)¹⁶.

En este contexto, se puede afirmar que los derechos fundamentales, tomando en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental.

14 Hesse, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales" en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 85.

15 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 39.

16 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 47.

Tal como lo expresa Ronald Dworkin, “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”¹⁷; en el mismo sentido, Robert Alexy señala que “El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella...”¹⁸.

Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.

Ni siquiera el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli:

“Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil”¹⁹.

La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra, además de lo ya dicho, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia. El punto de partida de todas esas disposiciones –en sentido conceptual, no temporal, desde luego– es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Dicha Declaración, junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”²⁰.

17 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

18 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002 (reimpresión), p. 412.

19 *Derecho y razón*, cit., p. 859.

20 Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2008, pp. 397 y ss.

Norberto Bobbio sostiene que con la Declaración de 1948 se inicia una fase importante en la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación, haciéndolos pasar de “derechos de los ciudadanos” a verdaderos derechos de (todos) “los hombres”, o al menos “derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad”²¹. Tiene razón, pero solamente en cuanto que la Declaración de 1948 supone un producto acabado de la vocación universal de los derechos; en realidad la característica de la universalidad ya estaba presente, como lo explicamos con anterioridad, desde las primeras cartas de derechos.

Lo importante en este punto es que, a partir de la Declaración de 1948, los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de ese nuevo derecho, antes reservado solamente a la actuación de los Estados y no de los individuos, en la medida en que tienen asegurado un estatus jurídico supranacional; incluso, bajo ciertas circunstancias, pueden acceder a una jurisdicción internacional para el caso de que consideren violados sus derechos. Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados como exclusivamente domésticos adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos –como en tantos otros aspectos– vivimos en la era de la interdependencia. Más adelante volveremos sobre este tema, en referencia específica a la creciente “internacionalización” de los derechos en América Latina.

Todo lo que llevamos dicho sobre la universalidad adquiere una especial relevancia para el caso mexicano, puesto que la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 recoge expresamente al principio de universalidad en el nuevo párrafo tercero del artículo 1 de nuestra Carta Magna. De este modo, la universalidad adquiere un rango normativo de origen nacional, que se viene a sumar a lo que ya existía en el plano del derecho internacional de los derechos humanos y la perspectiva teórica que se ha descrito en las páginas anteriores.

Resumiendo lo que se ha dicho podemos afirmar que la universalidad de los derechos es un rasgo que puede ser analizado desde una doble perspectiva: desde el punto de vista en que está redactada una norma jurídica por lo que hace a sus titulares (lo que nos sirve para identificar a los derechos fundamentales, según el punto de vista de Ferrajoli, diferenciándolos de los derechos patrimoniales), y desde el punto de vista de su alcance geográfico (lo que nos indica que no serán universales aquellos derechos que se queden dentro de las fronteras de los Estados o estén asignados solamente –excludendi alios– a sus habitantes). Si lo primero tiene un significado estrictamente normativo, lo segundo encierra un enorme debate político y social, quizá uno de los más importantes de nuestro tiempo.

²¹ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., pp. 23-24.

Por su parte, el proceso de especificación de los derechos, como lo explica Norberto Bobbio, se ha dado en virtud del paso del hombre abstracto al hombre en concreto, del individuo considerado solamente como ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener en la sociedad. Para ese efecto se han tomado en cuenta diversos criterios de diferenciación: el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera, que merecen un especial tratamiento y protección²².

A partir de las primeras décadas del siglo XX se empieza en consecuencia a hablar de derechos de los trabajadores, de los campesinos, de los niños, de los ancianos, de las personas con discapacidad, de los enfermos, de las mujeres, de los indígenas, de los consumidores, de los inmigrantes, de las minorías sexuales, entre otros. La Constitución de Querétaro de 1917, por ejemplo, realizó un verdadero salto en el tiempo al constitucionalizar derechos para grupos en situación de vulnerabilidad, como los campesinos y los trabajadores.

Actualmente, se habla incluso de los derechos de las generaciones futuras, que se verían amenazados por los posibles efectos de una guerra nuclear o de la devastación ecológica producida por la destrucción que sobre el medio ambiente tienen algunos procesos productivos. Como apunta Giancarlo Rolla, “En el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas”²³.

Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a todas las personas, con independencia de su lugar de nacimiento o residencia, de sus características físicas, de sus preferencias y sus ideologías, la especificación quiere responder a las preguntas “¿qué hombre?” y “¿qué ciudadano?”²⁴.

La especificación se ha producido sobre todo en el campo de los derechos sociales, en la medida en que la igualdad y la libertad genéricamente expresadas no han sido suficientes para proteger todos los intereses de grandes grupos humanos marginados o que conviven en la sociedad de forma desventajosa.

22 Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, pp. 62 y 68, entre otras.

23 Rolla, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, número 3, Madrid, junio de 2000, p. 49. El mismo autor explica que “la tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone –quizá de forma optimista– codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por vía jurisprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales”, Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 35-36.

24 Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 62.

La especificación se refiere tanto a los destinatarios –es decir, a los sujetos– de los derechos, como a los bienes que protegen los derechos –es decir, al objeto de los mismos–; en consecuencia, de la misma forma en que hoy ya no se habla de ciudadano o de persona sin más, tampoco se regula la libertad o la igualdad sin más, sino que se ha avanzado en un proceso de determinación también de esos bienes, que se han ido haciendo cada vez más precisos.

En nuestra región, un primer momento especialmente importante dentro de los procesos que estamos analizando se observa ya con la Constitución guatemalteca de 1985, la que no solamente nos ofrece un largo catálogo de derechos, sino que también se ocupa de clasificarlos, ofreciendo al lector una primera clave de lectura de gran relevancia (una cuestión que merece ser discutida aparte es si esa clasificación resulta más o menos acertada, más o menos exhaustiva y más o menos comprensible). Pero son sobre todo las Constituciones de Brasil en 1988 y de Colombia en 1991 las que, con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos.

En Brasil el afán clasificatorio de los derechos fundamentales que se observa en otros documentos no preocupa demasiado a los autores de su texto constitucional, quienes decidieron redactar un extenso artículo 5 que cuenta con 78 fracciones, muchas de las cuales se dividen en distintos apartados; en el artículo 5 se encuentran tanto cuestiones sustantivas como procedimentales (es decir, tanto derechos como garantías). La misma Constitución brasileña pone aparte los derechos sociales (artículos 6 a 11), el régimen jurídico de la nacionalidad (artículos 12 y 13) y los derechos políticos (artículos 14 a 16).

Una visión más moderna, incluso terminológicamente, se observa en el texto colombiano de 1991, cuyo Título II se denomina “De los derechos, garantías y deberes”. En ese Título se encuentra una clasificación que separa los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, y los deberes y obligaciones (una distinción parecida puede observarse en la Constitución peruana de 1993).

Es probable que la distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos (como los sociales) provenga de la no muy acertada fórmula del artículo 53 de la Constitución española, que parece distinguir los derechos “plenos”, objeto de protección por todos los tribunales o mediante amparo ante el Tribunal Constitucional, de los simples principios que sirven para “informar” la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos²⁵.

La Constitución de Argentina, reformada en profundidad en 1994, contiene un capítulo segundo dedicado a “Nuevos derechos y garantías”, dentro del cual se

25 Un análisis de los alcances de dicho precepto puede verse en Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

encuentran interesantes desarrollos para su catálogo de derechos, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares (como el juicio de amparo, según el artículo 43 párrafo primero). Infortunadamente se trata de un capítulo poco sistemático, ya que mezcla cuestiones no muy homogéneas, lo que probablemente no aporte una adecuada guía de lectura para quienes quieran profundizar en su conocimiento.

La Constitución mexicana ha ido incrementando paulatinamente el espacio dedicado a la regulación de los derechos fundamentales, si bien es cierto que lo ha hecho con escasa técnica legislativa y sin ningún prurito por salvaguardar una mínima sistemática²⁶. De hecho, dentro del capítulo dedicado a los derechos humanos (denominación adoptada apenas en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011), se pueden encontrar cuestiones relativas a la economía nacional, a la planeación del desarrollo o incluso a los órganos constitucionales autónomos, los cuales deberían haberse previsto dentro de la parte dedicada a la división de poderes. Entre las reformas que han suscitado un mayor debate, podemos señalar una del año 2001 por medio de la cual se incluye una extensa regulación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y otra de junio de 2008 para introducir una detallada regulación de las bases del procedimiento penal²⁷.

Las constituciones más recientes (Venezuela, Ecuador y Bolivia) contemplan amplios catálogos de derechos, contruidos sobre la base de los ya señalados, aunque también expresan ciertas preocupaciones locales; en su tramitación y proceso de aprobación han sido objeto de intensos debates²⁸.

Como se puede ver, la renovación constitucional en América Latina ha sido intensa y extensa. Ahora bien, cabe destacar sobre todo no solamente la magnitud del cambio, sino sus cualidades. Y entre ellas está la de haber incorporado una buena cantidad de normas jurídicas redactadas como principios en nuestras constituciones.

Como se sabe, los principios (sobre todo los principios constitucionales que recogen o se refieren a derechos fundamentales) requieren de una específica técnica de aplicación, la cual también ha tenido un impacto profundo en el constitucionalismo de América Latina y en el quehacer de nuestros jueces constitucional.

26 Un estudio de tales derechos puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2011. Las críticas a su falta de sistematicidad y a la impropiedad de sus contenidos (así como las respectivas propuestas de reforma) en Carbonell, Miguel, *La constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, 2004 y en *idem*, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IJ-UNAM, CNDH, 2007.

27 Sobre la reforma penal de 2008, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008 y Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3ª edición, México, Porrúa, 2011.

28 Ver las contribuciones que, sobre tales constituciones, figuran en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, IDEA Internacional, AECID, IIDC, 2009.

4. El reto de la aplicación judicial de la Constitución

La presencia tan relevante de principios y de cláusulas abiertas en los nuevos textos constitucionales de nuestra región conlleva el reto de aplicar bien tales disposiciones, lo que supone al menos las siguientes dos cuestiones:

a) Dotar de sentido concreto, aplicable a casos concretos, a esas cláusulas abiertas, semánticamente vagas e indeterminadas²⁹.

Tomemos como ejemplo, nuevamente, el caso de la Constitución de Ecuador, que hoy en día es un buen ejemplo de las constituciones del neoconstitucionalismo en América Latina. Conforme avanzamos en su lectura nos encontramos con ese tipo de cláusulas indeterminadas y abiertas: hay referencias a un Estado de derechos y justicia (artículo 1), a un medio ambiente sano y equilibrado (artículo 14), a una comunicación incluyente y participativa (artículo 16), a una información oportuna, contextualizada y plural (artículo 18), a una vivienda digna y adecuada (artículo 30), a la atención integral a la salud (artículo 32), etcétera.

Lo mismo sucede con otros muchos textos constitucionales de la región. Por ejemplo, quien lea la Constitución brasileña de 1988 se encontrará con conceptos tan indeterminados como los de dignidad de la persona (artículo 1.III), pluralismo político (artículo 1.V), igualdad ante la ley (artículo 5), proporcionalidad en el derecho de respuesta (artículo 5.V), intimidad, vida privada y honor (artículo 5.X), derechos adquiridos (artículo 5.XXXVI), pena cruel (artículo 5.XLVII inciso E), debido proceso legal (artículo 5.LIV), etcétera.

La reforma constitucional mexicana de 2011 incorpora a nuestro artículo primero la figura de la “interpretación conforme”, el principio interpretativo conocido como “pro personae” y los principios generales de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esto desde un punto de vista de las normas comunes a todos los derechos; adicionalmente, hay derechos redactados en forma inequívocamente general: el derecho a la vivienda “digna y decorosa”, el derecho a un medio ambiente “adecuado”, el derecho de los adolescentes en conflicto con la ley penal a que se les respeten las normas del “debido proceso”, etcétera.

Obviamente, se podría hacer un ejercicio semejante respecto de casi todas las constituciones recientes y el resultado sería muy parecido.

Pues bien, el intérprete de esas normas debe ser capaz de dotarlas de un contenido concreto, de “aterrizarlas”, a partir seguramente de una adecuada teoría de la norma

²⁹ Sobre la ambigüedad y la vaguedad de las normas jurídicas en general, así como sobre las dificultades que comportan para la interpretación, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2004, pp. 57 y siguientes.

jurídica (dada la necesidad de trabajar con principios, como modelo normativo distinto al de las reglas, con las que se trabaja en otras ramas del conocimiento jurídico)³⁰.

b) La aplicación compleja tendiente a dotar de sentido a las normas abiertas, a la que acabamos de hacer referencia, presupone y exige construir una buena teoría de la argumentación. Una teoría que permita a los aplicadores de las normas jurídicas ser capaces de operar en la práctica con conceptos y técnicas interpretativas tan sofisticados como la proporcionalidad, la ponderación, el efecto irradiación, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el principio pro-personae, la aplicación prevalente de los tratados internacionales (sobre estos dos últimos puntos puede verse el interesante artículo 417 de la Constitución de Ecuador), el principio de coherencia, el principio de universalidad de los derechos, etcétera.

Todo lo anterior se debe hacer teniendo presente la idea general de la aplicación directa de las normas constitucionales, es decir, la no necesidad de que exista siempre y en todos los casos intermediación legislativa para poder aplicar una norma constitucional a un caso concreto (una idea que forma parte de lo que Riccardo Guastini ha llamado las “condiciones de la constitucionalización del ordenamiento jurídico”)³¹.

Otra idea general a tomar en cuenta en este contexto es el de la “interpretación conforme”, de acuerdo con la cual el intérprete (sobre todo en sede jurisdiccional), puede salvar la constitucionalidad de una norma legislativa, pero proporcionando a la vez la orientación para que sea correctamente interpretada, de conformidad con lo que señala la Constitución³².

Igualmente, es muy posible que los intérpretes constitucionales, al construir sus argumentaciones, deban tener una cierta apertura hacia el conocimiento científico³³. Algunos tribunales constitucionales del mundo están incorporando cada vez con mayor frecuencia las evidencias científicas a sus sentencias, de modo que se reconoce el lugar que la ciencia puede y debe tener en el proceso, incluyendo por supuesto al proceso constitucional.

30 La distinción entre principios y reglas, que es un tema central de las discusiones constitucionales contemporáneas, puede verse por ejemplo en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2004, capítulo I. Una discusión sobre el tema, pero aplicada al campo de la interpretación, en Guastini, Riccardo, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, pp. 119 y siguientes.

31 Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009, pp. 55-56.

32 Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, cit., pp. 56-57. Como ya se ha mencionado, el principio de interpretación conforme aparece recogido expresamente en el párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución mexicana a partir de junio de 2011.

33 Ver sobre el tema, de entre lo mucho que se ha escrito, el ensayo de Michele Taruffo, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Jueces para la democracia*, número 52, Madrid, marzo de 2005, pp. 63-73.

Tanto la concretización constitucional como la argumentación en la materia, dan lugar (o deben dar lugar) a jueces activistas. El activismo judicial no significa ni implica que el juez pueda sustituir con su criterio personal las decisiones que ha tomado el constituyente³⁴. Eso solamente sucede en las versiones caricaturizadas que hacen del activismo sus enemigos. El activismo judicial, bien entendido, significa simplemente que el juez toma todas las normas constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los derechos fundamentales. Precisamente, el activismo será más marcado en materia de derechos y mucho más moderado (o deferente) cuando se trate de cuestiones relativas a la división de poderes o al ejercicio de competencias públicas.

El activismo judicial no deviene o surge de una postura académica o ideológica, sino que –me parece– es parte del modelo mismo de la democracia constitucional, tal como se le entiende al menos desde el surgimiento del neoconstitucionalismo (al día siguiente del final de la Segunda Guerra Mundial).

La democracia constitucional debe contar con jueces vigilantes, custodios intransitables e intransigentes de los derechos fundamentales; jueces que estén dispuestos y bien preparados para llevar las normas que prevén tales derechos hasta sus últimas consecuencias, maximizando su contenido normativo³⁵.

Si revisamos los casos más conocidos de activismo judicial, podemos identificar claramente las enormes aportaciones que han hecho los jueces que lo personifican (y podemos también darnos cuenta que los riesgos sobre los que nos advierten sus críticos existen en su imaginación más que en la realidad).

Tomemos el ejemplo más conocido sobre un Tribunal activista, ya mencionado páginas arriba: la Suprema Corte de los Estados Unidos mientras fue presidida por

34 Una interesante exposición sobre el tema, realizada además por una persona con varias décadas de experiencia práctica, puede verse en Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, cit.; también es importante revisar lo que se afirma sobre el tema en Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, así como en la obra colectiva *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2008.

35 Desde luego, el activismo que es propio del modelo del Estado constitucional no es el “activismo cuantitativo” que Gustavo Zagrebelsky ha denunciado en una de sus elocuentes reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales; el activismo cuantitativo es la “mera productividad” del tribunal, en cuya consecución se ponen todas las energías de sus miembros, como si su tarea fuese la de sacar el mayor número de asuntos para poder presentar, a final de año, una estadística satisfactoria para quienes no entienden para qué puede servir la jurisdicción constitucional. Zagrebelsky apunta que hay que resistir siempre esta tentación por los números gruesos. Tiene razón, ya que las grandes épocas de la jurisdicción constitucional no son recordadas precisamente por el número de sentencias dictadas, sino por su impacto en la sociedad. La Suprema Corte de los Estados Unidos, que como quiera es un ejemplo del que mucho se puede y se debe aprender, no emite más de 70 u 80 sentencias al año. Pero el impacto de cada una de ellas no tiene parangón en casi ningún otro país del mundo. Ver sobre el “activismo cuantitativo” el apunte de Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008, p. 43.

Earl Warren, entre 1953 y 1969³⁶. ¿Qué fue lo que hicieron ese grupo extraordinario de jueces que no fuera estrictamente apegado al paradigma irrenunciable del Estado constitucional? Si revisamos sus más conocidas sentencias veremos que, lejos de asumir funciones que no les correspondían, los justices de la Corte Warren se limitaron a aplicar, pero con todas sus consecuencias, lo que con claridad se podía deducir del texto constitucional vigente.

En ese entonces se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso *Brown versus Board of Education* de 1954)³⁷, de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución (*Cooper versus Aaron* de 1958), de cateos y revisiones policíacas (caso *Mapp versus Ohio* de 1961)³⁸, de libertad religiosa (caso *Engel versus Vitale* de 1962)³⁹, de asistencia letrada gratuita (caso *Gideon versus Wainwright* de 1963)⁴⁰, de libertad de prensa (*New York Times versus Sullivan* de 1964)⁴¹, de derechos de los detenidos (*Miranda versus Arizona* de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres (*Griswold versus Connecticut* de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos)⁴².

36 Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación puede ser de utilidad revisar el libro de Tushnet, Mark (editor), *The Warren court in historical and political perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press, 1993, así como la narración que nos ofrece Powe, Lucas Jr., *The Warren court and american politics*, Cambridge, Harvard University Press, 2000. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en Newton, Jim, *Justice for all. Earl Warren and the nation he made*, Nueva York, Riverhead books, 2006; otra muy conocida es la de White, Edward G., *Earl Warren. A public life*, Nueva York, Oxford University Press, 1982.

37 Patterson, James, *Brown versus Board of education. A civil rights milestone and its troubled legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; Cottrol, Robert J. y otros, *Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

38 Long, Carolyn N., *Mapp v. Ohio. Guarding against unreasonable searches and seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

39 Dierenfield, Bruce J., *The battle over school prayer. How Engel v. Vitale changed america*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

40 Lewis, Anthony, *Gideon's trumpet*, Nueva York, Vintage books, 1989.

41 Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

42 Johnson, John W., *Griswold v. Connecticut. Birth control and the constitutional right of privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005; Tribe, Lawrence, *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. Con independencia de su valor e interés intrínseco, la sentencia *Griswold* es recordada sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: *Roe versus Wade* de 1973. En *Griswold* la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagradosprecintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”.

¿Quién se atrevería a sostener que la igualdad racial en las escuelas, la posibilidad de realizar críticas vehementes a los funcionarios públicos o el derecho a la asistencia letrada gratuita en materia penal no forman parte del corazón mismo del modelo del Estado Constitucional de derecho? ¿dónde está, por tanto, el exceso de la que se reconoce como la Corte más activista del mundo? No hay tal exceso ni mucho menos una situación de riesgo para los valores y derechos tutelados constitucionalmente, salvo en la imaginación de aquellos que objetan las tareas judiciales como una forma (poco) encubierta de denostar al modelo mismo, que es en realidad lo que les molesta, dadas las muchas exigencias y controles que de él derivan.

El activismo judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos (como el ya citado Charles Epp) han denominado la “revolución de los derechos”⁴³.

En otras palabras, el activismo judicial ha sido una condición o elemento esencial para la revolución de los derechos si atendemos a la evidencia histórica disponible, pero no el único. Hay que contar además con buenas declaraciones de derechos, con marcos institucionales que permitan “activar” la actuación de los jueces (acciones populares, legitimación activa amplia, *amicus curiae*, etcétera), con una fuerte conciencia social alrededor de los derechos, etcétera.

Me interesa detenerme en el último de los aspectos mencionados: la conciencia social alrededor de los derechos y la correspondiente existencia de un fuerte “activismo social” para su defensa. En efecto, al margen de los alcances que pueda tener una judicatura decidida a llevar hasta sus últimas consecuencias la interpretación constitucional, lo cierto es que los jueces no deberían ser los únicos y ni siquiera los más destacados intérpretes de las constituciones. La interpretación constitucional debe correr a cargo, como lo ha señalado Peter Häberle, de una “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”⁴⁴.

En este sentido, podemos constatar que las experiencias de fuerte activismo judicial suelen estar acompañadas de ciertas dosis de “activismo social”, mayor o menor dependiendo del contexto de que se trate, pero casi siempre presente; ese activismo social cancelaría las críticas que sostienen que la actuación garantista (o activista) de los jueces contiene riesgos anti-democráticos⁴⁵.

Para que tal activismo social se pueda dar es necesario no solamente que la sociedad o algunos de sus grupos se mantengan alerta en la defensa de sus derechos, sino también que el ordenamiento jurídico permita traducir en pretensiones procesales

43 Epp, Charles R., *The rights revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1998.

44 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2201, pp.149 y siguientes.

45 Epp, Charles R., *The rights revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, cit., p. 5.

esa vigilancia. Esto suena como algo muy obvio para lectores de países avanzados, pero supone un problema de considerables dimensiones en países que sufren de graves retrasos en la evolución de sus ordenamientos jurídicos, en los que no suele existir vía alguna para que desde la sociedad se emprendan acciones judiciales contra políticos corruptos o contra administraciones públicas que amparadas en la opacidad violan cotidianamente los derechos fundamentales de un buen número de ciudadanos.

Aparte del conocido caso de los Estados Unidos, otros casos de cortes o tribunales activistas pueden encontrarse, por citar solamente dos ejemplos adicionales, en España, con la primera integración del Tribunal Constitucional y hasta el retiro de la mayor parte de los grandes juristas que la conformaron (entre 1981 y 1992), y en Colombia, con la Corte Constitucional que se crea a partir de la nueva Constitución de 1991 (la Corte dicta sentencias verdaderamente emblemáticas por su progresismo sobre todo entre 1992 y 1996, cuando se da una formidable actuación de varios magistrados, entre los que cabe destacar a Carlos Gaviria)⁴⁶.

5. La Constitución viviente

En México y en otros países de América Latina estamos siempre ocupados (y preocupados) por las constantes reformas constitucionales, que sin pausa y sin tregua han ido modificando nuestra Carta Magna a un ritmo increíble durante las últimas décadas. En otros países, como por ejemplo en Estados Unidos, la preocupación surge precisamente por el motivo contrario: por la falta de movilidad de su texto constitucional, derivado de las dificultades que se tienen para llevar a cabo la reforma⁴⁷.

Cuando una constitución tan antigua en el tiempo como lo es la norteamericana no puede ser actualizada a través del mecanismo de reforma, lo que se impone es discutir hasta qué punto resulta indispensable una interpretación constitucional evolutiva, que permita dotar al texto del sentido de realidad y de contemporaneidad que logre evitar su natural desgaste.

A partir de que se reconoce la pertinencia de una metodología interpretativa de carácter evolutivo es que surge el concepto de “Constitución viviente” (“living constitution”, en inglés). Una Constitución viviente, dice David Strauss, es una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a que no es formalmente modificada a través del procedimiento de reforma constitucional⁴⁸.

46 Algunos de sus pronunciamientos más importantes se encuentran en Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, FCE, 2002.

47 Un estudio muy amplio sobre los problemas y dilemas de la reforma constitucional en los Estados Unidos puede verse en Levinson, Sanford (editor), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

48 Strauss, David, *The living constitution*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2010.

Se trata de un concepto plausible, considerando que todos deseamos que el derecho en general vaya acompasado con el cambio social, dadas las enormes desventajas que tiene el que el orden jurídico se quede atrás respecto a la realidad. Pero en Estados Unidos el concepto de “Constitución viviente” ha sido duramente contestado.

Dicen sus críticos que aceptar que una constitución pueda sufrir cambios por vía interpretativa, sin ser formalmente enmendada, genera enormes riesgos. La Constitución viviente, dicen quienes discrepan, permite que su texto sean manipulable. Además, la adaptación del texto constitucional a la realidad, ¿en manos de quién recae? ¿estamos seguros que quienes interpretan la forma en que la Carta Suprema debe cambiar lo hacen de buena fe o a través de interpretaciones adecuadas, o bien podemos pensar que –por el contrario– lo hacen con base en sus propias ideas y planes políticos?⁴⁹

Las tesis contrarias a la idea de la Constitución viviente se agrupan bajo la etiqueta del “originalismo”, que propugna interpretar la Constitución de forma estricta, según sus palabras o según la intención de los redactores del texto⁵⁰. Para los originalistas, no hay dilema alguno que resolver ya que la Constitución –a pesar de haber sido escrita hace más de 200 años– sigue ofreciendo respuestas adecuadas a los problemas del presente.

David Strauss analiza con detalle las posturas que defienden el originalismo y las confronta con las propuestas del constitucionalismo viviente. Lo que nos muestra es un fresco de gran calidad en cuyo fondo se encuentra el tema más importante de la teoría constitucional de nuestros días: la interpretación de las normas supremas.

Strauss parte de una evidencia: el procedimiento para reformar la Constitución de los Estados Unidos es tan complejo que, a estas alturas, resulta impracticable⁵¹. A partir de ahí la pregunta interesante es: ¿cómo reconciliar los límites que impone una constitución escrita (y por tanto estática en su texto, en ausencia de reformas al mismo), con una realidad dinámica y siempre cambiante, de forma que la Carta Suprema pueda ir acompañando a la sociedad a través de los múltiples cambios que experimenta?

Obviamente, si todas las cláusulas constitucionales fueran claras en su significado, los problemas serían mucho menores. Algunas de ellas desde luego que lo son, pues contienen mandatos específicos cuyo significado no da lugar a grandes debates. Pero la mayor parte, como lo vimos con muchos ejemplos en las páginas precedentes, de las

49 Sobre el razonamiento judicial, de entre las muchas obras que se podrían citar, quizá valga la pena revisar el libro de Posner, Richard, *How judges think*, cit.

50 El originalismo tiene entre sus defensores más conocidos al juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Antonin Scalia, de quien puede verse el libro *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1997 (en la obra se incluye la crítica que destacados profesores le hacen a Scalia).

51 No es algo que solamente suceda en Estados Unidos. Tampoco en España han logrado generar los cambios que, al parecer, requiere el texto constitucional de 1978. Sobre el procedimiento de reforma constitucional en España puede verse el clásico estudio de Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.

normas constitucionales están redactadas en forma de principios y, en esa virtud, su contenido preciso no es fácil de determinar⁵².

Para poder aplicar esas normas a casos prácticos, se debe necesariamente llevar a cabo una interpretación: ¿de qué tipo debe ser esa interpretación? ¿debe ser apegada al texto original y a los deseos de sus autores, o debe tomar en cuenta lo que ha cambiado la sociedad? Ese es el dilema que nos pone enfrente Strauss.

Lo cierto es que una interpretación originalista estricta chocaría con varios de los criterios jurídicos más asentados que existen en los Estados Unidos. Strauss señala que si el originalismo fuera la doctrina imperante, la segregación racial en las escuelas estaría permitida, el gobierno podría discriminar a las mujeres y a las minorías raciales, la declaración de derechos (*Bill of rights*) no se les aplicaría a las entidades federativas, los gobiernos locales podrían violar el principio de “una persona, un voto”, gran parte de la legislación laboral, ambiental y de protección de consumidores sería declarada inconstitucional, etcétera. Nada de eso es aceptable hoy en día para la sociedad de los Estados Unidos; el originalismo no es, por tanto, una teoría de la interpretación constitucional que ofrezca resultados positivos o constructivos.

Strauss señala que el originalismo tiene tres problemas fundamentales: a) en la práctica no siempre es fácil descubrir las intenciones de quienes redactaron un texto constitucional; b) aunque pudiéramos descubrir las intenciones originales de quienes redactaron la Constitución, tendríamos el reto de intentar aplicar esas intenciones a problemas de nuestros días, algunos de los cuales no pudieron ser previstos en su momento por la generación constituyente; y c) el tercer problema ya había sido avizorado hace mucho tiempo por Thomas Jefferson, cuando dijo que el mundo pertenece a los vivos y que las generaciones muertas no tienen derechos: ¿por qué deberíamos resolver problemas actuales siguiendo el criterio de personas que murieron hace muchos años? ¿qué ventajas obtenemos al hacerlo?

Es precisamente en una carta que Jefferson escribe al gran James Madison donde mejor se plasma su idea de que “la tierra pertenece a los vivos”. Escribiendo desde París, donde era embajador de los Estados Unidos, Jefferson le dice a Madison en una misiva del 6 de septiembre de 1789 que “los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad... ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo... toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años”⁵³.

52 Una caracterización muy conocida de las normas iusfundamentales redactadas en forma de principios puede verse en Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 63 y siguientes.

53 Jefferson, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 517-521. Una buena selección del pensamiento del autor puede encontrarse en Jefferson, Thomas, *Writings*, Nueva York, The Library of America, 1984 (hay reimpresiones posteriores).

En respuesta a Jefferson, también por medio de una carta, Madison expresa sus dudas sobre la conveniencia de reformar con tanta frecuencia un texto constitucional o de darlo por caducado por el simple relevo generacional. Se pregunta Madison en una carta del 4 de febrero de 1790: “¿Un Gobierno reformado con tanta frecuencia no se haría demasiado mutable como para conservar en su favor los prejuicios que la antigüedad inspira y que tal vez constituyen una saludable ayuda para el más racional de los Gobiernos en la más ilustrada era? ¿No engendraría tan periódica revisión facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar experiencia?”.

La supervivencia de una forma de gobierno debe hallarse, dice Madison, en la utilidad que le pueda suponer para las generaciones futuras; si dicha utilidad no existe, entonces habrá que cambiar la forma de gobierno, pero eso no es algo que se pueda predeterminar con una temporalidad acotada, como lo propone Jefferson. Sigue Madison: “Las mejoras introducidas por los muertos constituyen una carga para los vivos que sacan de ellas los correspondientes beneficios. Esta carga no se puede satisfacer de otra manera más que ejecutando la voluntad de los muertos que acompañaba a las mejoras”.

La conclusión de Madison es que una generación puede y debe obligar a las siguientes, siempre que de tales obligaciones se obtengan beneficios. Sus palabras son las siguientes: “Parece haber fundamento en la naturaleza de las cosas en orden a la relación en que está una generación con otra, en particular en cuanto al traspaso de obligaciones de una a otra. Lo exige la equidad, y de ello derivan beneficios para una y otra generación. Todo lo que es necesario en lo que hace al ajuste de las cuentas entre los muertos y los vivos es ver que las deudas deparadas a éstos no excedan de las ventajas creadas por los primeros”⁵⁴.

Respecto a la primera de las tres dificultades señaladas, Strauss nos recuerda algo muy obvio: indagar sobre las intenciones originales que tuvieron algunas personas que vivieron hace cientos de años es una tarea propia de historiadores. Si les pedimos a los jueces que lleven a cabo esa tarea lo más seguro es que consigamos un resultado muy pobre. Si comprender las intenciones de muchos actores políticos puede ser muy complicado en la actualidad; pero tal dificultad se multiplica y crece cuando lo que buscamos son intenciones de personas que habitaron la tierra hace mucho tiempo.

Ahora bien, en referencia a la segunda dificultad, si pudiéramos en efecto determinar el significado preciso que los autores del texto constitucional le quisieron dar a alguna de sus disposiciones, ¿cómo trasladamos esa intención a los problemas que nosotros tenemos que resolver en el presente? ¿qué pasa si descubrimos que las circunstancias

54 Todas las citas provienen de Madison, James, *República y libertad*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 102-103. El mismo documento y otros del mayor interés pueden verse en Madison, James, *Writings*, Nueva York, The Library of America, 1999.

del presente son tan radicalmente distintas a las de la época constituyente como para que resulte mejor no hacerle caso a la intención original de los redactores de la Carta Magna? ¿qué sucede si haciéndoles caso llegamos a soluciones que son negativas para las personas que hoy en día habitan la tierra?

Strauss señala que la preocupación de los originalistas para que los jueces no puedan manipular libremente la Constitución es legítima, pero la respuesta no es voltear al pasado en busca de significados remotos, como lo proponen los propios originalistas. La mejor respuesta para dicha preocupación está en la tradición histórica del *common law*, que le da una gran importancia al precedente. De hecho, la mayor parte de las sentencias de los jueces norteamericanos se apoyan en decisiones anteriores, sobre las cuales se van decantando las mejores respuestas a los casos concretos que deben irse resolviendo.

Los jueces están vinculados en principio a observar el precedente. Si deciden abandonar un criterio anterior deben hacerlo de manera expresa y dando las razones de dicho abandono. Ese sistema de precedentes genera una cierta estabilidad interpretativa y acota de forma muy significativa los posibles márgenes de discrecionalidad judicial (aunque no los elimina, desde luego).

Las técnicas interpretativas propias del *common law* combinan, dice Strauss, una actitud humilde frente al precedente, y una sabiduría práctica que lleva a los jueces a preguntarse: ¿qué solución nos ofrece mejores resultados prácticos? Los jueces en el *common law* no se preocupan por cuestiones teóricas o por la compatibilidad de sus puntos de vista con lo que señalan los teóricos en sus libros y sus conferencias: les interesa llegar a la justicia en los casos concretos, aportando bienestar a las comunidades a las que sirven.

La interpretación basada en los principios del *common law* es mejor que la postura originalista, afirma Strauss, ya que no requiere que los jueces intenten hacerse pasar por historiadores. Además, el *common law* permite ir destilando una cierta “sabiduría judicial”, a través de la confección, respeto y evolución del sistema de precedentes. Por otro lado, el *common law* permite resolver los problemas de hoy sin ir en busca de las intenciones que se tuvieron hace siglos, con lo cual demuestra una mayor razonabilidad frente al presente.

Ahora bien, ni la idea de la Constitución viviente ni las técnicas interpretativas propias del *common law* hacen a un lado u oscurecen la enorme importancia que tiene el texto constitucional escrito. Strauss defiende que la Constitución escrita aporta enormes ventajas, como por ejemplo la de crear un punto de encuentro, un terreno común, para discutir los problemas que van surgiendo en las sociedades a las que el documento pretende regir. En ausencia de ese terreno común una sociedad podría entrar en una espiral de desencuentros negativos y, en un supuesto extremo, autodestructivos.

En algunos casos, señala Strauss, la Constitución no ofrece respuestas a los problemas que tenemos. En otros solamente se limita a señalar el tipo de respuestas que serían aceptables desde el punto de vista constitucional. En otros más, cabe añadir, la Constitución sirve de marco para establecer el tipo de respuesta que **no** se le puede dar a ciertos problemas.

La combinación entre cláusulas específicas y cláusulas generales es parte de la genialidad de la Constitución de los Estados Unidos, según Strauss. La Constitución es específica cuando tiene que serlo, pero preserva márgenes razonables de apertura para que cada generación vaya ofreciendo sus propias respuestas a una serie de problemas que aparecen cada determinado tiempo. En los temas en que esa apertura existe es precisamente en los que los jueces y demás aplicadores del texto constitucional deben aportar argumentos para construir un terreno común de acuerdos y no de disensos. Las buenas constituciones sirven para construir respuestas valoradas por los ciudadanos y útiles al conjunto de la sociedad, no para dividirla y enfrentar a los grupos que la componen.

Desde luego, encontrar ese terreno común no es cosa fácil. Por eso la teoría contemporánea del derecho ha dedicado tantas y tantas páginas al tema de la interpretación jurídica en general y de la interpretación constitucional en particular. Es precisamente en vista de tales dificultades que tener un panorama claro de las distintas escuelas de interpretación, es muy importante. De otra manera es posible que terminemos extraviados, en la búsqueda de ese terreno común que nos debe suministrar el constitucionalismo moderno, para hacer frente a los grandes problemas que padecen muchos países alrededor del mundo.

6. Retos del futuro para el constitucionalismo de América Latina

Desde luego, en toda nuestra América Latina, los derechos fundamentales (y el régimen constitucional en su conjunto) siguen corriendo graves riesgos de retroceso, dada su precariedad. Tales problemas se proyectan, como es evidente, a todos los actores del sistema constitucional, pero afectan particularmente al ejercicio de la función judicial, dada la vulnerabilidad endémica de muchos aparatos judiciales en nuestra región.

Describir los riesgos del constitucionalismo en América Latina podría llevarnos cientos de páginas, pero creo que se deben apuntar al menos los siguientes:

a) El riesgo de subordinación de los derechos fundamentales al discurso de la seguridad.

La crisis de seguridad pública que se vive en muchos países de la región ha influido de forma importante en la percepción social alrededor de los derechos fundamentales.

Los habitantes de América Latina se preguntan ¿para qué deben servir los derechos humanos? ¿qué tipo de castigos merecen los responsables de cometer crímenes atroces? ¿cómo lograr que las autoridades sean eficaces en su combate contra la delincuencia organizada, sin que por alcanzar dicha eficacia terminen violando derechos? ¿qué autoridades deben participar en la lucha contra el delito? ¿requiere el Estado tomar medidas excepcionales, como la suspensión de derechos, para frenar la ola de delincuencia que afecta a una parte considerable de nuestros países?

Todas estas preguntas se intentan responder en la actualidad desde un contexto social y político marcado por el miedo. No es algo del todo nuevo, aunque quizá sí lo sea por lo que respecta a la dimensión del fenómeno dentro de las sociedades latinoamericanas, que han presenciado actos de una brutalidad inusitada en los tiempos recientes. La historia de la humanidad ha estado marcada por el miedo, como lo han reconocido destacados pensadores entre los que se suele citar a Hobbes. El miedo está presente en nuestras vidas desde la infancia. Ha incidido en el rumbo de algunas de nuestras decisiones desde tiempos remotos y, de alguna manera, lo sigue marcando en la actualidad.

De hecho, nunca como en nuestro tiempo ha existido una estrategia tan obvia y tan deliberada para extender el miedo entre la población y contribuir de esa manera a determinar la forma en que vivimos y las decisiones que tomamos.

El miedo de nuestra época se ha vuelto disperso, omnipresente y además es multicausal, pues lo mismo proviene de los riesgos que derivan del cambio climático que de factores vinculados con la inseguridad pública. Y por eso mismo es más efectivo, pues como señala Bauman: “El miedo es más temible cuando es difuso, disperso, poco claro; cuando flota libre, sin vínculos, sin anclas, sin hogar ni causa nítidos; cuando nos ronda sin ton ni son; cuando la amenaza que deberíamos temer puede ser entrevista en todas partes, pero resulta imposible de ver en ningún lugar concreto”⁵⁵.

El miedo determina nuestra conducta, afecta a la libertad al ejercer influencia sobre el uso que le damos a nuestra autonomía personal y, en esa medida, se proyecta sobre el ejercicio de nuestros derechos fundamentales. Las decisiones que tomamos en nuestra vida cotidiana están condicionadas por el miedo. En esa virtud, el miedo tiene que ser un componente explicativo de cualquier análisis moderno sobre el derecho constitucional y los derechos fundamentales.

La encuesta Latinobarómetro indica, en su edición correspondiente al año 2008, que la delincuencia es el principal problema de la región, seguida por el desempleo.

55 Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 10.

En América Latina están las dos ciudades más peligrosas del mundo, si tomamos en consideración el número de homicidios por cada 100,000 habitantes. Son Ciudad Juárez en México y Caracas en Venezuela, respectivamente. Ambas ciudades se ubican, en esa vergonzante clasificación, por delante de Bagdad⁵⁶.

La muy difundida percepción del peligro que supone la delincuencia hace que muchos jueces sean muy obsequiosos con los pedimientos de las autoridades policíacas o ministeriales, haciendo a un lado los límites y restricciones que imponen los derechos de seguridad jurídica establecidos en las constituciones y los tratados internacionales.

Hemos visto, en los años recientes, una verdadera devaluación de las garantías procesales en América Latina, sobre todo en los países que han sufrido con mayor intensidad la ola delincencial. De hecho, en algunos casos han proliferado las ejecuciones extrajudiciales, ya sea por parte de las autoridades o bien por medio de la propia población civil (linchamientos).

b) El retorno del autoritarismo.

En América Latina tenemos una larga historia de regímenes autoritarios y dictatoriales. En el pasado de todos nuestros países se encuentran interrupciones (a veces recurrentes) del orden constitucional por medio de la fuerza. La presencia de las fuerzas armadas en el escenario público también ha sido una constante.

La democracia, sin embargo, parecía estarse extendiendo sin discusión desde la década de los años 80 del siglo pasado. Hoy parece que esa tendencia no es tan sólida⁵⁷. Nadie puede negar que tenemos en general sistemas democráticos en la región (salvo el caso concreto de Cuba, que merecería un análisis por separado, pero que indudablemente no puede ubicarse dentro de la lista de países democráticos). Pero también es cierto que nuestras democracias tienen escasa “calidad” y que los ciudadanos desconfían profundamente de sus “representantes” populares⁵⁸.

Los datos de una encuesta aplicada en toda América Latina son por demás elocuentes. Tomemos por ejemplo los que aparecen en el Latinobarómetro 2004. A partir de 1996 la satisfacción con el funcionamiento de la democracia ha sufrido fuertes retrocesos en países como Perú, Ecuador, Paraguay y Bolivia. Se ha incrementado ligeramente (entre un 8 y un 14 por ciento) en países como Panamá, Brasil, Honduras,

56 Ver la nota de www.elpais.com/articulo/internacional/violencia/desangra/Caracas/elpepiint/20091006elpepiint_8/Tes

57 Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano” en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, cit., p. 10.

58 Sobre el tema de la calidad democrática lo mejor que se ha publicado en y sobre México, hasta donde tengo información, es la obra colectiva coordinada por César Cansino e Israel Covarrubias, *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, México, CEPCOM, 2007.

Venezuela, Colombia y Chile. Esta falta de satisfacción se demuestra muy crudamente cuando se les pregunta a los habitantes de la región si consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno.

De acuerdo con la misma encuesta, los más convencidos de las bondades de la democracia viven en Costa Rica, donde el 48% está a favor de esa forma de gobierno sobre cualquier otra. Existen altos niveles de aceptación democrática en Uruguay (45%), Venezuela (42%)⁵⁹ y Chile (40%). Por el contrario, la menor adhesión ciudadana al régimen democrático se produce en Perú (7%), pero le siguen muy de cerca Paraguay (13%), Ecuador (14%), Bolivia (16%) y México (17%).

Pese a estos datos, tan preocupantes, lo cierto es que la mayor parte de la población de América Latina considera que un gobierno militar no podría solucionar mejor los problemas que uno democrático, aunque también en esto las cifras son muy variables. Consideran más eficaz y mejor a un gobierno democrático sobre uno militar el 85% de los encuestados en Costa Rica, el 73% en Uruguay y el 71% en Panamá, pero solamente el 41% en Paraguay, y el 47% en Perú y Honduras. En lo que parece haber mayor consenso es en la necesidad de “aplicar más mano dura” en el país: están de acuerdo con esto el 85% de los paraguayos y el 78% de los guatemaltecos y salvadoreños. Pero solamente están de acuerdo con esa opción el 32% de los uruguayos y el 43% de los brasileños.

Se trata, pese a todo, de un dato inquietante, pues demuestra que hay un segmento de la población que podría sentirse atraído por una opción de “endurecimiento” del ejercicio del poder estatal, lo que podría tener consecuencias nefastas en el desarrollo democrático de alguna nación⁶⁰. Sin embargo, no debemos olvidar que estos datos suelen ser muy volátiles. Así por ejemplo, la adhesión a la democracia en México era del 45% en 1997 (año en el que el PRI pierde la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados) y todavía del 36% en el 2000 (cuando el PRI pierde la Presidencia de la República), pero desciende hasta un 26% en 2001 y hasta el 17% en 2002 y 2004⁶¹.

Como quiera que sea, no deja de resultar preocupante para el régimen de libertades y derechos el observar la involución militarista de Honduras (con golpe de Estado incluido), la persecución del pluralismo y los factores caudillistas en Venezuela, el coqueteo con la desaparición de poderes en Bolivia, la política de mano dura en Colombia, el discurso contra los medios de comunicación en Ecuador, el regreso de la tortura y otras violaciones masivas de derechos en México, etcétera. Muchos de esos fenómenos reflejan, de forma directa o indirecta, la persistencia de una pulsión autoritaria que parecía haber sido expulsada de la región, pero que todo parece indicar que sigue entre nosotros.

59 Aunque es probable que la presidencia de Hugo Chávez y su deriva autoritaria de los últimos años haya hecho disminuir notablemente esta cifra.

60 Es probable que este endurecimiento se haya plasmado de forma amplia (y del todo autoritaria), en el derecho penal y su correlativo derecho procesal penal; ver al respecto las reflexiones de Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

61 Se pueden encontrar estos datos, y otros más actualizados, en www.latinobarometro.org

c) La precaria cultura jurídica.

Hay un último factor de riesgo, de entre los muchos que podrían citarse, del que vale la pena dar cuenta. Se trata de la precaria o muy débil cultura constitucional. Desde luego, no se trata de algo específico del derecho constitucional, sino que se extiende por buena parte de los sistemas jurídicos del sub-continente. La anomia generalizada parece ser un rasgo hoy en día estructural, si bien es cierto que hay en esto grandes diferencias entre los países de América Latina⁶².

La falta de observancia de las normas jurídicas, la justificación de conductas ilegales, la tolerancia a todo tipo de discriminaciones, el apoyo popular a conductas a veces abiertamente delictivas, la extensión del fraude fiscal y la falta de cumplimiento en general de todo tipo de deberes cívicos, no aportan en modo alguno el mejor de los escenarios para exigir un escurpulooso cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de la autoridad⁶³.

No cabe duda de que debería ser precisamente en este tipo de contextos en los que mayor auto-exigencia pusieran las autoridades en la observancia del régimen jurídico que las vincula, aunque solamente fuera por la idea de ponerse como ejemplo de lo que deberían hacer también todos los ciudadanos. Infortunadamente no ha sido el caso, de modo que hemos visto y seguimos viendo amplias actitudes contrarias a la Constitución realizadas, amparadas, toleradas o auspiciadas por las autoridades que deberían ser las encargadas de garantizar el cumplimiento de las normas.

62 Un análisis que se ha vuelto todo un clásico en la materia es el de Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, 3ª edición, Buenos Aires, Ariel, 2005.

63 Ver las consideraciones al respecto en García Villegas, Mauricio (director), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

7. Conclusión

En las páginas anteriores hemos realizado someras reflexiones sobre los derechos fundamentales y el activismo judicial, desde distintos puntos de vista. Se hizo referencia a conceptos como el de universalidad y especificación de los derechos, se analizaron los derechos fundamentales en la historia (Francia y Estados Unidos) y la regulación que actualmente tienen algunas constituciones, se citaron casos concretos de cortes activistas, se mencionaron algunos de los riesgos que corre actualmente el constitucionalismo en América Latina, etcétera. ¿Qué panorama queda de todo ello?

No cabe negar que el constitucionalismo democrático y garantista se ha ido asentando paulatinamente en la región. Sin embargo, persisten graves asincronías entre lo que proclaman constituciones y tratados y lo que vemos cotidianamente en las calles de cualquier ciudad latinoamericana. Las grandes promesas constitucionales todavía están pendientes de ser cumplidas.

Una parte del esfuerzo para cerrar la brecha entre lo que ordenan las normas y lo que sucede en la realidad le corresponde a los guardianes de la Constitución: los jueces constitucionales. Pero solamente una parte, ya que ningún poder judicial puede –por sí solo– superar los graves problemas que tenemos.

Los jueces, lo mismo que los académicos, deben estar conscientes del papel que están llamados a jugar, el cual lo convoca a utilizar todas las herramientas que estén a su alcance para hacer realidad los derechos fundamentales. Eso no significa sustituir al legislador ni permitir que se vaya en busca de la solución más justa por encima del derecho vigente. Nada de eso. El activismo que se requiere es uno que esté rigurosamente enmarcado en la Constitución desde luego, pero que sea capaz de aprovecharla por completo y de llevarla hasta sus últimas consecuencias. Eso es lo que requiere, por otra parte, el modelo mismo en el que se basa la democracia constitucional.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE SERVICIOS DE REDES SOCIALES

María Cristina Chen Stanziola
Catedrática de la Universidad de Panamá y doctoranda
por la Universidad Santa María La Antigua de Panamá

SUMARIO: 1. Delimitación e Importancia del Tema. 2. Redes Sociales. 3. El Concepto de Derecho a la Intimidad. 4. Formas de Violación del Derecho a la Intimidad en Web. 5. Marco Jurídico del Derecho a la Intimidad. 5.1. Constitución Nacional y Convenios Internacionales de Derechos Humanos. 5.2. Código Penal. 5.3. El Habeas Data como Mecanismo Protector del Derecho a la Intimidad en Panamá. 6. La protección del Derecho a la Intimidad en el Derecho Comparado. 6.1. La Protección del Derecho a la Intimidad en Europa. 6.2. La Protección del Derecho a la Intimidad en Estados Unidos. 7. Proyecciones del Derecho a la Intimidad en Internet. 8. Reflexión Final.

1. Delimitación e importancia del tema

“Vivimos en un mundo plétórico de datos, frases e íconos. La percepción que los seres humanos tenemos de nosotros mismos ha cambiado, en vista de que se ha modificado la apreciación que tenemos de nuestro entorno. Nuestra circunstancia no es más la del barrio o la ciudad en donde vivimos, ni siquiera la del país en donde radicamos. Nuestros horizontes son, al menos en apariencia, de carácter planetario”¹.

Nos definimos como ciudadanos de un mundo sin fronteras y en el cual somos cada día más dependientes de las tecnologías.

¹ Trejo Delarbre, Raúl. “Vivir en la Sociedad de la Información Orden Global y Dimensiones Locales en el Universo Digital”. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Información. La Sociedad de la Información*, N°1, 2001.

Esa dependencia se manifiesta en una sociedad acostumbrada a comunicarse en tiempo real, a guardar su información personal en un chip y a interactuar constantemente.

La revolución que ofrece la nanotecnología, se evidencia en dispositivos de comunicación cada vez más pequeños, lo que garantiza su portabilidad, la multiplicidad de funciones que ofrecen y sobre todo, la posibilidad de estar en comunicación constante en cualquier parte del mundo, al mismo tiempo que envía documentos o accede a la banca en línea y paga sus cuentas. Por mencionar sólo algunas de las funciones que desempeñan los nuevos dispositivos de comunicación en nuestros días.

Es innegable que la penetración de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad, es mayor al 90% del mercado y es difícil encontrar a un ciudadano en suelo panameño sin un dispositivo de comunicación electrónica, que supera en número a la cantidad de habitantes del país, en proporción de 3% por cada habitante.

Estos fenómenos sociales de interacción constante, representan una seria amenaza para los ciudadanos, ya que al aumentar las formas de compartir información personal, aumentan las posibilidades de vulnerar el derecho a la intimidad sin que la persona siquiera lo advierta. Pues al interactuar e intercambiar información, en la autopista de la información denominada Internet, se acumulan una gran cantidad de datos personales, que pueden estar almacenados por años en una base de datos, sin que el titular pueda conocer; ni mucho menos, controlar los datos que sobre él o ella se encuentran almacenados, la finalidad del tratamiento y el acceso de terceras personas a dicha información, entre otras posibilidades.

Las graves amenazas que recibe nuestra intimidad son un hecho en nuestro mundo cibernético. Prueba de ello, son las noticias que a diario circulan en la red de redes.

Quien no recuerda el caso de Gary McKinnon, alias Solo, conocido también como el hacker del Pentágono, acusado de penetrar las computadoras del pentágono de los Estados Unidos y de quien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitara posponer su extradición, argumentando preocupación ante la posibilidad de que fuera encarcelado en condiciones que vulneraran su seguridad física y emocional. La noticia de que un tribunal de Milán, Italia, condenara a 6 meses de prisión por el delito de violación a la intimidad, a tres dirigentes de Google, Italia, por divulgar un vídeo con vejaciones a un joven autista en un centro escolar de Turín, en el año 2006 o la de un ciudadano chino que amenazó con degollar a una niña, si una mujer que había conocido en una red social, no le concedía una cita. El incidente terminó con la muerte del hombre a manos de un francotirador, con el consecuente aplauso de los presentes, por increíble que parezca. Definitivamente, estamos ante una grave crisis existencial de la humanidad.

Lo cierto es, que es muy fácil acceder a la web e investigar la vida de una persona con sólo hacer un clic. Una muestra de ello, son los constantes programas espías que

se ofrecen en Internet, algunos gratuitos y otros a bajo costo, que con sólo enviar un e-mail o una simple tarjeta de felicitación, introducen un programa de contenidos activos en las computadoras denominados cookies, cuyo propósito es conocer toda la información que alberga la computadora del usuario, incluyendo una revisión de su archivo personal y claves de acceso a cuentas de correo electrónico u otras aplicaciones.

Otro punto importante a considerar en el tema de la protección de la intimidad en las redes sociales, es el hecho cierto de que pareciera existir un desconocimiento generalizado de los usuarios de éstas, que no utilizan en su mayoría, los filtros de seguridad ofrecidos; ni mucho menos, toman las precauciones necesarias para no compartir archivos, imágenes e información confidencial en la web.

Podemos decir que hay toda una cultura en nuestra sociedad actual, en donde se facilita la vulneración de la intimidad de las personas y es común que en la web, se cuelguen contenidos íntimos de otras personas, alimentados por el morbo que esto produce.

Quizá sea bueno recordar que cada vez que navegamos en la web, vamos dejando un rastro que nos identifica y que puede llegar a reflejar nuestros gustos, ideas, opiniones y preferencias, del que se puede crear, con absoluta facilidad, un perfil de esa persona con fines discriminatorios o de vulneración de la intimidad, que se agrava con la existencia de las redes sociales por las posibilidades y facilidades de divulgación en minutos y la cantidad de usuarios inscritos.

Podemos decir que las redes sociales representan una valiosa herramienta de comunicación para sus usuarios y de publicidad comercial; pero la protección de la intimidad en las redes sociales, es un verdadero dolor de cabeza para el derecho que se encuentra con temas tan complejos como: la competencia, el ámbito de aplicación de la ley, la determinación de los responsables y la posibilidad de creación de mecanismos efectivos al alcance de los ciudadanos.

El riesgo que suponen las nuevas tecnologías para la protección de nuestra intimidad, se ve potencialmente elevado, al no existir leyes sobre el tratamiento de datos personales en Panamá, ni la obligación técnica de protegerlos.

Mantener nuestra intimidad on line, debe ser considerado un derecho humano fundamental, pues las consecuencias de la divulgación de datos personales, pueden afectar gravemente nuestra imagen y buen nombre, determinando inclusive, la percepción que la sociedad tiene de nosotros.

Como quiera que nuestro tema es la necesaria reconceptualización del derecho a la intimidad en las redes sociales, comencemos por definir qué son redes sociales, para entonces abordar su impacto en el derecho a la intimidad.

2. Redes sociales

El concepto de redes sociales como tales, no es un concepto nuevo. Tiene su origen en el siglo XVIII, como una consecuencia normal de la necesidad de interactuar que tiene el hombre.

“Los precursores de las redes sociales, a finales del siglo XVIII incluyen a Emile Durkheim y a Ferdinand Tonnies. Tonnies argumentó que los grupos sociales pueden existir bien como lazos sociales personales y directos que vinculan a los individuos con aquellos con quienes comparte valores y creencias (*gemeinschaft*), o bien como vínculos sociales formales e instrumentales (*gesellschaft*)”².

De acuerdo con los expertos, las redes sociales son sistemas y estructuras sociales en los que se realiza un intercambio entre sus miembros y los de una red con los de otra, que puede ser otro grupo u otra organización. Esta comunicación dinámica permite sacar un mejor provecho de los recursos que poseen los miembros de las redes.

Los individuos o miembros integrantes de una red social, son a menudo llamados actores de la red o nodos de la red y se llaman aristas, a las relaciones que existen entre los integrantes de una determinada red social.

Las relaciones entre los miembros de las redes sociales, generalmente, pueden girar alrededor de un sinnúmero de situaciones tales como: compartir un pasatiempo, pertenecer a una determinada organización, intercambiar información, compartir la misma profesión, adquirir conocimientos financieros, mantenerse en contacto con las amistades constantemente, independientemente de que se encuentren en la misma ciudad o a kilómetros de distancia, en cualquier parte del mundo y ya hay quienes usan las redes sociales, como una forma de establecer, incluso, relaciones amorosas.

Se han elaborado varias teorías acerca de las redes sociales. Las dos principales teorías son: la Teoría de los Seis Grados y la Teoría de los Diez Grados. La primera, establece que si tomamos a dos personas distintas en el planeta y la conectamos con personas o conocidos en común, se llegará a la conclusión de que todos los seres humanos están conectados en el mundo, por una cadena de personas conocidas en común, que tienen como máximo cuatro intermediarios que se conectan entre sí. La segunda teoría, la Teoría de los Diez Grados, trata de explicar el hecho de que una persona puede conectarse con el resto del mundo en solamente 10 saltos. Se sustenta en el supuesto de que si una persona conoce a 100 personas y a su vez estas 100 personas que son sus conocidos, conocen a 100 personas más, al final de la cadena, en diez pasos o saltos, habremos conectado relaciones sociales en todo el mundo.

2 http://es.wikipedia.org/wiki/Redes_sociales.

En este punto, es importante distinguir entre la red social y los servicios de redes sociales.

“Una red social es una estructura social compuesta de personas (u organizaciones u otras entidades), las cuales están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, tales como amistad, parentesco, intereses comunes, intercambios económicos, relaciones sexuales, o que comparten creencias, conocimiento o prestigio”³.

Mientras que los servicios de redes sociales son aquellos que:

“(...) Se centran en la construcción y la verificación de las redes sociales online para las comunidades de personas que comparten intereses y actividades, o que están interesados en explorar los intereses y las actividades de otros, y que requiere el uso de software.

La mayoría de los servicios están principalmente basados en la web y ofrecen una colección de diversas vías para que los usuarios puedan interactuar, como el chat, mensajería, correo electrónico, videoconferencia, chat de voz, el uso compartido de archivos, blogs, grupos de discusión, etc”⁴.

Los servicios de redes sociales online o networking services, son básicamente empresas que se desarrollan a través de Internet, que ofrecen un medio de interacción con otros a distancia, en tiempo real y sin barreras culturales, económicas, políticas o sociales.

Los servicios de redes sociales en la web, son de reciente data. En 1995, se abrió el primer servicio de redes sociales Classmates.com, identificado como un servicio para encontrar compañeros de secundaria y reunirse.

El auge comercial de las redes sociales en Internet, comenzó en el año 2004 cuando Google lanza un experimento de red de interacción con Orkut y en el año 2005, Yahoo lanza la red Yahoo 360°.

Estos servicios de redes sociales son ofrecidos por empresas tales como: Facebook, LinkedIn, MySpace, Twitter, Tuenti, entre muchas redes sociales disponibles en la web. Los gigantes de los servicios de redes Facebook o Twitter, figuran como la opción favorita de los usuarios de la web, aunque es común que los internautas tengan varias cuentas de estos servicios de redes sociales.

La red más importante en la actualidad es Facebook, un servicio que comenzó como un sitio de redes sociales de estudiantes universitarios, ahora es una empresa multimillonaria. A tal punto que en la red de redes, se dice a manera de broma que existen tres países: China, India y Facebook.

3 http://es.wikipedia.org/wiki/Redes_sociales.

4 http://es.wikipedia.org/wiki/Redes_sociales.

En el año 2009, las redes de servicios sociales superaron por primera vez a la televisión en publicidad.

Mark Zuckerberg, fundador de Facebook en una reciente entrevista manifestó que: “la era de la privacidad online está muerta”. Nada alejado de la realidad actual, si contemplamos el hecho de que en Internet existen productos tales como Google Latitude y más recientemente, Google Buzz que permiten al usuario del sistema, ver los mensajes, utilizar el servicio de geolocalizador para saber donde se encuentran sus contactos y hasta ver los mensajes de las personas que están cerca de su posición geográfica actual y que no decir de la nueva herramienta de Google, Dashboard, que permite ver y administrar toda la información de un usuario de Google, con todas las implicaciones, anotadas con anterioridad, que ello conlleva.

El Día Mundial de la Protección de Datos, 28 de enero de 2010, Microsoft, el gigante de la Internet, publicó un estudio que “relaciona el mercado laboral con nuestra reputación digital, por las cada vez más usuales búsquedas que los encargados de recursos humanos realizan sobre sus candidatos. El estudio expone que un 70% de los directores de recursos humanos estadounidenses buscan a sus candidatos en redes sociales. (...) La tendencia en algunos países europeos cuyos datos recoge el informe, como Reino Unido (41%), Alemania (16%) o Francia (10%)”. Como una muestra de la decisiva influencia de la web en nuestro diario vivir y en especial, en la toma de decisiones.

Definamos derecho a la intimidad y como una red social, puede servir de medio para vulnerarla.

3. El Concepto del derecho a la intimidad

La idea de intimidad surge con el Estado liberal, como una creación del constitucionalismo inglés.

Hobbes desde su obra Leviatán, aborda el tema de la esfera privada mínima del individuo. Ideas que finalmente concretiza John Stuart Mill, en 1859, al abordar el tema de la intimidad en la esfera del individuo, afirmando que: “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente el individuo es soberano”.

Es evidente que esta concepción negativa del derecho a la intimidad, ha evolucionado hacia su concepción positiva otorgándole al individuo mismo un derecho de control efectivo sobre estos datos personales.

Ana Isabel Herrán Ortiz afirma que el derecho a la intimidad:

“Constituye un bien personal al que, en modo alguno, puede renunciar el individuo sin resentirse su dignidad. El ser humano es social por naturaleza; pero, pese a ello, no deja de sentir la necesidad de realizar una vida interior, ajena a las relaciones que mantiene con otros individuos, y que le permite identificarse como ser humano. Así la intimidad no se asienta sobre la sustracción de determinadas zonas de la personalidad del individuo al conocimiento ajeno, sino sobre la necesidad de un ámbito de desenvolvimiento interior como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la libertad individual”⁵.

Es así como Pérez Luño es enfático al afirmar en su obra “Teoría del Derecho, Una Concepción de La Experiencia Jurídica”, que el derecho a la intimidad va directamente relacionado con el derecho a la dignidad humana, derecho al honor, derecho a la imagen y desarrollo pleno de la personalidad. Para este autor, la dignidad humana en sus proyecciones se encuentra en peligro cuando existen intromisiones arbitrarias o no consentidas tanto de terceros como del Estado. Y señala que estos derechos consagrados en nuestra Constitución, son derechos inherentes a toda persona e inalienables y concretan el valor de la dignidad humana en el Estado social y democrático de derecho⁶. De allí que Pablo Lucas Murillo De La Cueva, en *Informática y Protección de Datos Personales*, cuando puntualice que en nuestras sociedades, es muy importante:

“El control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”⁷.

Bien manifiesta Frossini, quien se ha dedicado al estudio de la informática en el derecho, que:

“La protección de la intimidad personal no se refiere ya solamente a la persona como tal, ni tampoco a sus datos personales, si no al procedimiento de elaboración de aquellos datos...”⁸.

Ha señalado la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia T-787 de 2004, que el derecho a la intimidad, no sólo abarca lo íntimo sino también, aquellos espacios de carácter restringido, concerniente a la intromisión del Estado o de terceros y que también tiene un alcance amplio en el cual se incluyen otras esferas de protección al derecho a la intimidad como sería la intimidad familiar, social y gremial.

5 Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El Derecho a la Intimidad en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Editorial Dykinson S.L, España, 2002, p. 19.

6 Perez Luño, Antonio. *Teoría del Derecho, Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, Editorial Tecnos, España, 1997.

7 Murillo De La Cueva, Pablo Lucas. *Informática y Protección de Datos Personales, Centro de Estudios Constitucionales*, España, 1993, p. 33

8 Frosini, Vittorio. “La Protección de la Intimidad: De la Libertad Informática al Bien Jurídico Informático”. *Revista de Derecho y Tecnología Informática*. No. 3. Colombia, 1990.

El derecho a la intimidad se entrelaza, necesariamente, con el concepto de dignidad humana y el derecho al buen nombre que le asiste a todos los seres humanos.

El Tribunal Constitucional Español sobre la dignidad humana en la Sentencia 53 de 11 de abril de 1985, manifestó que la dignidad humana es: “un valor espiritual y moral inherente a la persona”. Concepto éste que reafirma en Sentencia 120 de 27 de junio de 1990, cuando sentenció que la dignidad humana “es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se proyecta sobre su derechos individuales”.

Hoy, el concepto de dignidad humana es mucho más amplio y abarca lo que la doctrina ha denominado “las dimensiones de la dignidad humana”, ubicándola en tres espacios en donde la persona puede ser vulnerada y requiere de una protección especial por parte del Estado. Es así como se habla de la dignidad de las condiciones de vida personales, incluyendo las laborales; la dignidad institucional y profesional y la tercera dimensión, es la protección de la dignidad de los grupos vulnerables, ya sea por su condición de discapacitados; de menores de edad o de mayores de edad; en su situación de desplazados o emigrantes; en razón de las nuevas tecnologías, en especial, la Internet y los medios de comunicación masivos o bien, las biotecnologías y la biomedicina, consideradas como derechos de cuarta generación.

Xiomara Romero apunta a que:

“El derecho al buen nombre adquirido una entidad propia que alude a la imagen o percepción que de una persona tienen los demás, lo que significa que con la convivencia en sociedad, cada individuo adquiere un prestigio que responde a sus comportamientos, calidades humanas, honestidad y a la valoración que los demás integrantes de una colectividad hacen de su historia y desempeño dentro del grupo. Esta imagen o fama, de la cual es titular una determinada persona, constituye, sin duda, un factor que integra un patrimonio moral, que puede verse vulnerado con la difusión o el empleo de expresiones injuriosas o tendenciosas que descalifiquen la percepción que la colectividad se había formado. Por tanto, el buen nombre es un derecho de valor o de mérito que responde a la reputación en cada cual haya construido, por lo cual la protección en mayor o menor medida dependerá de la percepción pública que tengan los demás sobre cierta persona”⁹.

Para garantizar una protección eficaz del derecho a la intimidad del individuo, el derecho tiene que evolucionar hacia un proceso de transformación profunda de los conceptos tradicionales de protección del derecho a la intimidad.

9 Romero Pérez, Xiomara Lorena. “El Alcance del Derecho a la Intimidad en la Sociedad Actual”. *Revista Derecho del Estado* N° 21, diciembre, 2008, Colombia, pp. 217 y 218.

Sin una verdadera protección de las libertades fundamentales, nos estamos enfrentando la posibilidad de la existencia de individuos reducidos al concepto de esclavos modernos, gente que perdió la posibilidad de vivir en paz, protegido por el derecho y desarrollar integralmente su personalidad. Esto es así porque el Estado Constitucional de derecho, se sustenta en la protección eficaz y adecuada de las libertades fundamentales al alcance de todos los ciudadanos.

Esta transformación a la que hacemos referencia en el derecho, tiene que incluir el replanteo de conceptos tales como: persona, pues debemos contemplar la persona virtual y con esa personalidad virtual redefinir los conceptos de intimidad, en el sentido de que abarque la intimidad online y definir los espacios en los que interactúa; honor, que necesariamente tiene que contemplar las nuevas tecnologías y las posibilidades de violación al honor, en segundos y con un impacto de un sinnúmero de personas en la web; hogar, por el concepto de hogar virtual, en el que debe contemplar la información que se encuentra en la PC y la protección de los contenidos de tipo personal cuando el usuario visita la web; la redefinición de territorialidad y competencia, considerando que en el mundo virtual no existen las fronteras y establecer reglas claras para la determinación de competencia, entre otros.

4. Formas de violación del derecho a la intimidad en la web

En 1988, Roger Clarke acuñó el término “vigilancia de datos” en su obra *Tecnologías de la Información y la Vigilancia de Datos*, que identifica acertadamente lo que está ocurriendo en la actualidad, en el ámbito del manejo de la información y datos personales y su incidencia negativa en la protección de la privacidad en Internet.

“Vigilancia de datos” se refiere a las prácticas de vigilancia de datos relacionadas con la investigación, que se logran principalmente, a través del uso de las telecomunicaciones y de la informática.

El asunto, sin duda, es determinar los modos de agresión de la intimidad en Internet y en especial en las redes sociales e identificar los remedios que el derecho le otorga a los ciudadanos que se ven afectados por estas agresiones. Tarea que no es fácil dada la lentitud con que el derecho avanza frente a la rapidez con que se desarrollan las nuevas tecnologías de la información conocidas como TICs, aunado a la complejidad de las relaciones jurídicas en ellas se desarrollan, los conflictos de competencia en relación a las partes involucradas, la dificultad y complejidad de los medios probatorios en cuanto a la informática se refiere, la falta de una legislación adecuada y por qué no decirlo, la vulneración constante del derecho a la intimidad por personas que se encuentran cerca del entorno del afectado o bien, la revelación de datos e información personal de parte del propio afectado a terceras personas, que luego la dan a conocer públicamente.

La especialista en derecho informático, Judit Barnola en una entrevista manifestó que: “Internet es el peor enemigo de la intimidad de las personas actualmente, ya que no existen mecanismos que controlen el uso de los datos personales de los ciudadanos en la Red”. De allí que en la doctrina se hable de derecho a la intimidad informática y del derecho fundamental a la protección de datos personales, que define Carlos Barriuso Ruiz, en los siguientes términos:

“El derecho a la intimidad informática se define, como un derecho de control efectivo, por lo mismo, de la información que le concierne y de salvaguarda de su intimidad. El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar la persona un poder de control sobre cualquier tipo de dato personal, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”¹⁰.

En esa misma dirección, María Mercedes Serrano Pérez afirma que el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, está constituido por un conjunto de derechos que le garantiza a la persona su protección frente al manejo de datos personales, haciendo posible ejercer ese poder de disposición y control:

“(…) La otra parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos la constituye un conjunto derechos que garantizan la protección de la persona frente al manejo de datos personales, es decir, garantizan la eficacia del consentimiento y el control.

Estos derechos son: el derecho de información, de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición. Todo ello constituye el perfil y el fundamento del derecho y, por quedar elevado a la categoría de contenido esencial, se convierte en el límite de los límites para el legislador, de forma que cualquier regulación del mismo habrá de respetar su contenido esencial...”¹¹.

Emilio Suñé Llinás, en su ponencia titulada La Protección de Datos Personales en Internet, a propósito de la celebración del II Congreso Mundial de Derecho Informático, señaló que: “Internet es una red insegura, tanto a nivel de arquitectura y tecnología de red, como de los grandes productos software que sirven para comunicarse en ella, la protección de datos no cumple a priori requisitos mínimamente aceptables de pura protección tecnológica de los datos que por ella circulan”.

Asimismo, este autor reseña en su ponencia, una extensa descripción de las principales tecnologías de control de la información y de los datos personales en Internet,¹² de la cual citaremos un extracto.

10 Barriuso Ruiz, Carlos. *La Contratación Electrónica*. Editorial Dykinson, España, 2002 p. 425.

11 María Mercedes Serrano Pérez. “El Derecho Fundamental a la Protección de Datos. Su Contenido Esencial. Nuevas Políticas Públicas”. *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, ISSN 1699-7026, N.º. 1, 2005, España, p. 254.

12 Suñé Llinás, Emilio. “La Protección de Datos Personales en Internet”. Ponencia presentada en el II Congreso Mundial de Derecho Informático, España, 2002, pp. 3-7.

“La mayor parte de estas tecnologías persiguen tratamientos invisibles; es decir, tratamiento de datos –y muy especialmente personales– limitando al máximo o incluso anulando, no sólo el consentimiento, sino también la información del afectado, que o bien no puede conocer, o se procura que en la práctica conozca lo menos posible el tratamiento de sus datos personales.

Los tratamientos invisibles, se hagan como se hagan, aunque puedan conllevar en ocasiones un consentimiento formal, en ningún caso cumplen con el requisito de consentimiento libre e informado, para el tratamiento de datos personales, que exige la normativa europea sobre protección de datos personales...”

Con esto, Suñé Llinás quiere enfatizar que cada vez que el usuario navega por Internet, es objeto de un tratamiento de datos invisible, que no alcanza a considerarse un consentimiento libre e informado como lo exige la normativa europea, sino que se habla de consentimiento tácito, que muchas veces es una condición previa de acceso; pero nunca una explicación detallada del tipo de tratamiento de datos personales realizado, ni muchos menos, la finalidad del mismo.

Con respecto a las principales tecnologías que afectan el control de la información y de los datos personales en Internet, el autor en comentario señala que nuestros datos personales y por ende nuestra intimidad, puede ser afectada al navegar en Internet a través de las cookies, rastros de clickeo, acumulación innecesaria de datos, procesadores no anónimos de acceso a la red, transmisiones de datos por el propio interesado que escapan a su control, motores de búsqueda y otras tecnologías invasivas de la intimidad como: hipervínculos invisibles, la tecnología del correo electrónico, los programas Sniffers.

Presentaremos un resumen de las definiciones, características técnicas y formas de invasión a la intimidad de algunas de las nuevas tecnologías, reseñadas por el autor, Suñé Llinás, por considerarlo de interés al lector. En especial, las relacionadas con las cookies (que son las más comunes), los rastros de clickeo, las transmisiones de datos por el propio interesado que escapan de su control y los Sniffers, entre otros.

“Las cookies son ficheros de datos que determinados servidores envían a los ordenadores que se conectan a sus páginas web, quedando almacenados en el disco duro. Cuando esto se produce sin límites temporales, cada vez que un usuario visita éstas páginas web, la cookie almacenada es reenviada al servidor, proporcionándole información de lo más variopinto, entre la que se incluyen importantes datos personales. Este instrumento de información hace posible que el servidor pueda reconocer a sus visitantes. Así por ejemplo, mediante cookies se puede recoger información como la siguiente:

- El número IP, que cuando es estático, es tanto como la identificación de una máquina (ordenador) en Internet y potencialmente de su dueño.

- Datos sobre el software y el hardware que se está utilizando.
- En ocasiones recogen, incluso, el e-mail del usuario y hasta passwords.

Rastros de cliqueo o clickstream:

El clickstream son los clics del ratón o los datos introducidos a través del teclado que realizan los usuarios de Internet en sus actividades de interoperatividad con los diferentes servicios existentes en la Red, por lo que queda constancia del comportamiento, las elecciones y por supuesto de las preferencias que ha manifestado una persona al visitar determinados sitios web.

Los datos clickstream proporcionan dos tipos de información; por un lado, reflejan la existencia de las diferentes interacciones de los usuarios de Internet; (...) por otro lado muestran el contenido de dichas interacciones (...).

A través del tratamiento automatizado de los datos obtenidos, que incluye la posibilidad de cotejo con más datos procedentes de otras fuentes, como los formularios online, es posible la elaboración un patrón de conducta detallado de los afectados, o lo que es lo mismo, su perfil personal, cuya obtención es vista con extremo recelo por cualquier legislación seria de protección de datos personales. Todo ello posible a través del empleo de técnicas de data mining o minería de datos...

...Trasmisiones de datos por el propio interesado, que escapan a su control.

No sólo cuando damos los datos de Correo Electrónico, también cuando nos apuntamos –o nos apuntan– a Foros de discusión, Listas de distribución o Grupos de Noticias. Ello puede suponer el conocimiento y divulgación de datos personales, que van desde la simple dirección de correo electrónico, hasta nuestros gustos y preferencias –que tienen mucho que ver con los Foros, Listas, etc. a los que pertenecemos, de lo que se deriva un perfil personal– y de ello puede derivarse, a su vez, tratamiento desconocido por el usuario. Por ejemplo publicidad, a través de la molesta técnica del spamming....

Otras tecnologías invasivas de la intimidad

(...) Sniffers. Son programas que, como su nombre lo indica, olfatean secuencias de dígitos que se parezcan a las tarjetas de crédito, a fin de hacerse con los datos completos del titular de una tarjeta y realizar transacciones fraudulentas en la Red”¹³.

También podemos mencionar, la posibilidad de violación a nuestra intimidad a través de tecnologías tales como: bichos cibernéticos o web bugs, que son gráficas o mensajes electrónicos mejorados en formato HTML que pueden detectar si un usuario accedió a una página de Internet. Ésta archivará la información incluyendo la dirección IP del usuario, que corresponde al número de identificación de su computadora, lo cual permite determinar el propietario de la PC y donde se encuentra ubicado.

13 Suñé Llinás, Emilio. *Ibidem*.

Hemos reseñado un catálogo amplio de posibilidades de intromisión en nuestra esfera íntima o privada, aunque no definitivo, pues existen más tecnologías invasivas, que se activan cada vez que utilizamos un motor de búsqueda, los cuales están estructurados para almacenar una gran cantidad de información.

Para el sector público, es muy útil contar con un monitoreo constante de las redes de Internet para perseguir delitos o bien en el sector privado, como una manera fácil de almacenar y utilizar para fines publicitarios, la información que a través de la minería de datos se obtiene de un individuo. Con los peligros que esto supone para la protección y defensa de un individuo, ya que todos en la actualidad interactuamos en la red, sin una debida protección por parte ni del Estado ni de las empresas que utilizan nuestra información personal, en virtud de que no tenemos una ley de tratamiento de datos personales en nuestro país.

Concretamente, el derecho a la intimidad se puede ver afectado de varias maneras. Siendo las principales a través del envío constante de correos electrónicos no solicitados los denominados SPAM, con un tratamiento diferente en el derecho norteamericano que en Europa; la revelación de datos personales, el monitoreo de información personal con el propósito de manipular la verdad o revelar datos personales de un individuo, espionaje comercial, e interceptación de las comunicaciones en el sector público o privado, monitoreo de correos electrónicos en el ambiente laboral, suplantación de personalidades, fraude electrónicos, entre otros.

Algunos ejemplos de la afectación que pueda recibir una persona a través de los Correos electrónicos no autorizados conocidos como SPAM, sería la intromisión constante e incluso denominada por muchos abusiva, de constantes campañas publicitarias ofreciendo servicios y ofertas que no solicitó; pero que sin duda son resultado, de los motores de búsqueda y rastreo de información instalados en la páginas web que frecuenta.

En la doctrina, hay quienes defienden las ventajas que para el comercio electrónico representa la posibilidad de publicitar sus bienes y servicios a través de un medio tan económico y efectivo como el correo electrónico y que en última instancia su prohibición, afectaría el derecho a la información y a seleccionar el contenido de los mensajes que el receptor desea recibir en su buzón virtual. Por otro lado, hay quienes consideran el envío de esos mensajes, como una violación al derecho a la intimidad.

Con respecto a los SPAM, hay dos corrientes, la corriente norteamericana y la corriente europea. Ambas son posiciones encontradas y se sustentan en los siguientes escenarios.

En los Estados Unidos, quien es el país con mayor utilización y dependencia de Internet, se aplica la opción del Opt-out, que sostiene que es importante el libre envío

de correos electrónicos, con la única obligación de colocar al final del mensaje, una advertencia de que se trata de un correo electrónico publicitario y del cual puede solicitar su exclusión de la lista en cualquier momento, como un simple clic en el hipervínculo que se encuentra, generalmente, al final del mensaje.

En Europa, tanto en la Directiva 2000/31 CE de Comercio Electrónico, como en la Directiva 95/46 CE de Protección de Datos Personales, impone a los países miembros de la Unión Europea, desarrollar legislaciones internas de acuerdo a las directivas y condiciones de especial respeto por el derecho a la intimidad, relacionada con la recogida y tratamiento de datos personales y la recepción de comunicaciones comerciales.

En la actualidad, en Europa se sigue el sistema de Opt In, el cual establece que los correos electrónicos comerciales no solicitados sólo pueden enviarse a la persona que lo ha solicitado, con la posibilidad de excluirse de la lista, en cuanto lo desee. Aunque hay una tendencia muy fuerte a inclinarse por la libre circulación de correos electrónicos comerciales que empieza a ganar muchos adeptos.

En Panamá, la ley 51 de 22 de julio 2008, que define y regula los Documentos Electrónicos y las Firmas Electrónicas y la Prestación de Servicios de Almacenamiento Tecnológico de Documentos y de Certificación de Firmas Electrónicas y adopta otras disposiciones para el Desarrollo del Comercio Electrónico, contempla en el artículo 85, las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios comerciales a través de Internet, para el envío de correos electrónicos no solicitados (SPAM), no sin antes en el artículo 84, establecer que los mismos están sujetos a la responsabilidad civil, penal o administrativa establecida en la legislación nacional.

Para ello, citamos el artículo 85 de la ley en comento:

“Toda comunicación comercial deberá ser claramente identificable como tal e identificar la persona natural o jurídica en nombre de la cual se realiza. Además, deberá indicar la forma como el destinatario puede rechazar el envío de futuras comunicaciones del remitente. El prestador de servicios comerciales a través de Internet que, mediando rechazo de futuras comunicaciones, intencionalmente reenvíe un mensaje, envíe un nuevo mensaje y/o utilice otra dirección de correo electrónico para volver a contactar al destinatario que ha rechazado su comunicación incurrirá en falta grave. La Dirección General de Comercio Electrónico establecerá mediante resolución, los criterios que serán utilizados para determinar la intencionalidad por reiteración por parte del prestador de servicios (...)”.

De esta manera queda claro que Panamá sigue el sistema norteamericano del Opt-out, o envío de la información comercial no solicitada, de manera libre, con la

opción de que el receptor pueda rechazar el envío de futuras comunicaciones con fines comerciales. Con lo que se requiere una reglamentación en tal sentido, que proteja al consumidor frente a las intromisiones arbitrarias y gastos de tiempo, entre otros inconvenientes que esto pueda acarrear.

Otra de las formas como se puede afectar nuestra intimidad en Internet, es a través de la revelación de datos personales, manipulación de la verdad, o revelación de secretos laborales, e incluso, una práctica que cobra cada vez más adeptos en el ámbito empresarial que es precisamente, el monitoreo de correos electrónicos.

A diario encontramos en la web, noticias tales como las siguientes:

- La condena a 8 años de prisión y una indemnización de 320,000 euros por un Juzgado Penal en Mérida, España, a un ingeniero informático, que prestando sus servicios, accedió a imágenes sexuales de un conocido abogado de la localidad que mostraba poses sexuales de éste con una conocida presentadora de la televisión local y una Concejal. A pesar de haber conseguido las contraseñas y claves de los correos electrónicos del abogado de forma fraudulenta y aprovechándose de los servicios que prestaba, los colgó en la web y envió a todos sus conocidos y listas de usuarios las imágenes sexuales que obtuvo.

El ciberespacio presenta grandes problemas: el primero es la ausencia de una regulación legal internacional, ya que los países generalmente legislan individualmente y con efectos territoriales; el segundo, es precisamente la falta de conocimientos de los usuarios de la red, a fin de utilizar programas de navegación anónimos y seguros que se encuentran disponibles y que son ofrecidos por empresas tales como: Anonymizer y SafeWeb, entre otras.

Todos los que navegamos por el ciberespacio, nos encontramos deambulando en una autopista nada segura, en donde constantemente se ve amenazado el derecho a disfrutar del respeto de nuestra vida privada y de la información personal que circula en ella.

5. Marco jurídico del derecho a la intimidad en Panamá

1.1. Constitución Nacional y Convenios Internacionales de Derechos Humanos suscritos

Nuestra Constitución Nacional reconoce implícitamente el derecho a la intimidad en los artículos 26 y 29, los cuales son del tenor siguiente:

Artículo 26 de la Constitución Nacional, párrafo primero:

“El domicilio o residencia son inviolables. Nadie puede entrar en ellos sin el consentimiento de su dueño, a no ser por mandato escrito de autoridad competente y para fines específicos, o para socorrer a víctimas de crímenes o desastres (...)”.

Artículo 29 de la Constitución Nacional:

“La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, si no por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los documentos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, si no por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores”.

Nuestro país es suscriptor de diversos tratados de derechos humanos, protectores del derecho a la intimidad, que forman parte de nuestro derecho interno por haber sido incorporadas a través de leyes de la República; como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual en su artículo 12 garantiza a las personas: “El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Frente a los nuevos escenarios, es necesario una relectura del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puesto que estas injerencias y ataques no vienen de las tradicionales formas de violación del derecho a la intimidad, como la intromisión del Estado, la violación de domicilio o correspondencia en sentido tradicional; sino que vienen de las nuevas tecnologías y de posibilidades ni siquiera pensadas por el derecho como: la violación de nuestro correo electrónico, la ruptura de nuestro hogar virtual (la PC personal, en donde el individuo interactúa y guarda todo tipo de información personal desde sus archivos, documentos de trabajo, información de clientes, fotografías, información financiera, entre otras); los tratamientos de datos personales, los hipervínculos invisibles, los programas espías, que incluso, pueden monitorear nuestros hogares a través de la computadora, la suplantación de personas, el robo de identidades, entre otras.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11, consagra el derecho a la honra y de la dignidad, de las personas al afirmar que:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Podemos agregar también, el reconocimiento y protección del derecho a la intimidad en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Capítulo I, artículo V, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (artículo 17), Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 16).

En el ámbito europeo, citamos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (artículo 8) y el 29 de octubre de 2004, la Constitución Europea también ha reconocido el derecho de las personas, a ser protegidas en su honra e intimidad al consagrar en el Artículo II-67 que:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

A nivel internacional, la preocupación de los Estados ha sido constante frente a la introducción de las nuevas tecnologías en la vida de las personas.

Como ejemplo citamos la Conferencia Internacional de Derechos Humanos desarrollada el 13 de mayo de 1968, conocida como “Proclama de Teherán”, la Resolución 428 del 23 de enero de 1970, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que en su momento frente a la introducción de las nuevas tecnologías en la vida de nuestras sociedades afirmó:

“El derecho al respeto de la vida privada consiste, esencialmente, en poder realizar la vida como uno entiende, un mínimo de injerencias. Conciérne a la vida privada, vida familiar y vida del hogar, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el hecho de no ser presentado bajo una falsa imagen, la no divulgación de hechos banales y bochornosos, la publicación sin autorización de fotografías privadas, la protección contra el espionaje y las indiscreciones injustificables o inadmisibles, la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular...”

La Resolución 45/95 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre Principios en materia de Protección de Datos Personales, que invita a los Estados a establecer leyes y políticas protectoras de los datos personales y por ende, de la intimidad.

1.2. Código Penal

Ofelia Tejerina, experta en derecho y las nuevas tecnologías, quien actualmente es defensora del usuario de la Asociación de Internautas de España, señaló que:

”Los mecanismos y garantías de protección para cualquier lesión al honor o a la intimidad son exactamente iguales que en la vida real y ya están establecidos en las leyes. Por su naturaleza Internet hace las cosas más complicadas, pero no imposibles. Los tribunales competentes son los del país donde se ha producido el daño y esos son los que tienen que actuar. Tienen que localizar con las nuevas tecnologías que tenemos ahora mismo, desde donde se ha hecho. La parte virtual deja un rastro que sí se puede seguir, pero es en la vida física en donde empiezan las dificultades de la investigación, ya que en la mayoría de los casos se acaba dando mediante ingeniería social, con un culpable en el entorno cercano del afectado”.

En el Código Penal, se encuentran regulados en el Capítulo II, Título II, de los Delitos contra la Libertad y los Delitos contra la Inviolabilidad del Domicilio o Lugar de Trabajo, artículos 159 al 161, lo cual cobra importancia si atendemos a que en el derecho norteamericano la violación de los correos electrónicos y de la información personal que reposa en una computadora, se compara con la violación de la morada; con la teoría del breaking and entering, es decir, del ingreso por la fuerza en la morada ajena con el fin de cometer delito. Posición establecida por Frossini, para quien entrar en la PC de una persona y tener acceso a su información personal, constituye un allanamiento de morada.

Asimismo en el Código Penal, se encuentran regulados en el Capítulo III, Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad, señalan los artículos 162 al 166, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 162. Quien se apodere o informe indebidamente del contenido de una carta, mensaje de correo electrónico, pliego, despacho cablegráfico o de otra naturaleza, que no le haya sido dirigido, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

Cuando la persona que ha cometido el delito obtiene algún beneficio o divulgue la información obtenida y de ello resultara perjuicio, será sancionada con dos a cuatro años de prisión o su equivalente en días-multa, prisión domiciliaria o trabajo comunitario. Si la persona ha obtenido la información a que se refiere el párrafo anterior como servidor público o trabajador de alguna empresa de telecomunicación y la divulga, la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Artículo 163. Quien sustraiga, destruya, sustituya, oculte, extravié, intercepte o bloquee una carta, pliego, correo electrónico, despacho cablegráfico o de otra

naturaleza, dirigidos a otras personas, será sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana, la cual se aumentará en una sexta parte si lo divulgara o revelara. Si la persona que ha cometido la acción es servidor público o empleado de alguna empresa de telecomunicación, la sanción será de tres a cinco años de prisión, la cual se aumentará en una sexta parte si lo revelara o divulgara.

Artículo 164. Quien posea legítimamente una correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal, no destinados a la publicidad, aunque le hubieran sido dirigidos, y los haga públicos sin la debida autorización y de ello resultara un perjuicio será sancionado con doscientos a quinientos días-multa o arresto de fines de semana.

No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia, las ciencias y las artes. Si media el perdón de la víctima se ordenará el archivo de la causa.

Artículo 165. Quien, sin contar con la autorización de la autoridad judicial, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de conversaciones no dirigidas al público será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.

Artículo 166. Quien, sin contar con la autorización correspondiente, practique seguimiento, persecución o vigilancia contra una persona, con fines ilícitos, será sancionado con dos a cuatro años de prisión. Igual sanción se impondrá a quien patrocine o promueva estos hechos”.

En el Código Penal se protege la intimidad de las personas y de su información de tipo personal. Contempla no sólo la posibilidad de apoderarse de una correspondencia, imagen, mensaje o cualquier forma de comunicación que vaya dirigido a otras personas; sino también la sustracción, destrucción, sustitución, ocultamiento, extravío, interceptación o bloqueo de cualquier tipo de comunicación y se penaliza la divulgación de información de tipo personal que aunque vaya dirigida al titular, no medie autorización para su divulgación. Con la consecuente agravante hasta una sexta parte a la mitad de la sanción contemplada en el tipo, si la violación de la intimidad, es realizada por un servidor público o trabajador de alguna empresa de telecomunicación.

Como ejemplo, comentamos la condena penal al periodista Jorge Lanata, en Argentina, quien enfrentó cargos criminales por apoderamiento de correos electrónicos, con su posterior publicación, sin autorización para ello.

Un extracto de la Sentencia dictada en su contra el 28/7/2000 por la Cámara Penal de San Martín, Mendoza, en el Auto N° 11929, manifestaba lo siguiente:

“Previo a entrar en el análisis de los hechos que dieran origen a estas actuaciones, cabe dejar sentado un concepto para definir la naturaleza del correo electrónico. El avance de la tecnología en este sentido, pareciera haber dejado en la obsolescencia el bien jurídico que tutela el Capítulo III, Título V del Código Penal, en especial a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia. Pero queda claro que el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema.

Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento, se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños, la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivar.

Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada”.

Aunque no es nuestra intención dedicarnos al estudio de los tipos delictivos en comento, por la amplitud de los contenidos que requerirían de un artículo completo dedicado a su estudio, queremos señalar que las noticias que circulan por el universo virtual, las que escuchamos o leemos a diario en las noticias, dan cuenta de que las tecnologías disponibles hacen cada día más fácil, la vulneración del derecho a la intimidad, con las graves consecuencias que esto tiene para los ciudadanos del mundo.

Esto lo afirmo así, ya que una información que se divulgue, verdadera o no, tiene un impacto de tal magnitud en la honra de la persona, que con sólo hacer un clic en la web, se revive la ofensa y se abre nuevamente la polémica y exposición de la intimidad de la víctima.

Entre los adolescentes, por ejemplo, es común una práctica y es la de husmear el contenido del celular de sus “amigos”, sin siquiera tocarlo, activando una función de “Súper Bluetooth” en el celular y son capaces de conectarse con el del compañero o compañera y revisar desde sus mensajes de correo electrónico, hasta los chat, los números marcados y sus contraseñas.

5.3. El hábeas data como mecanismo protector del derecho a la intimidad en Panamá

Otro de los mecanismos protectores de la intimidad, reconocidos por la doctrina es el hábeas data.

Bien comenta Pérez Luño que:

“Frente al avance tecnológico y a la informática y su potencial invasión de la esfera privada el principal cauce procesal para proteger la libertad de la persona es el denominado habeas data, que cumple respecto de la libertad informática una función semejante a la que desempeña el habeas corpus ante la libertad física (...). Se trata de dos garantías procesales complementarias, que se ocupan de aspectos diferentes de la libertad: el primero proteger principalmente aspectos internos de la libertad –identidad, intimidad– en tanto que el segundo se ocupa de la dimensión física y externa”¹⁴.

En la mayoría de los países en los que ha instaurado el hábeas data, el mismo protege la libertad informática, que abarca aspectos tales como: la libertad de circulación de datos, disposición y control de nuestra información personal que se encuentra en una base de datos y que tutela también nuestro derecho a la identidad, libre desarrollo de la personalidad y por supuesto, nuestra intimidad.

“El Hábeas Data, cumple una función de garantía a los ciudadanos del respeto al derecho a la intimidad, tanto en la esfera más íntima del individuo como en todos aquellos aspectos de su vida privada relacionados con su entorno familiar; a fin de amparar su derecho al buen nombre. Considerado indispensable para el desarrollo integral del hombre y por supuesto, el derecho a la información, en la que se brinda una protección especial cuando se trate de informaciones de tipo confidencial, relacionadas con información crediticia, preferencias sexuales o ideas políticas, entre otros”¹⁵.

Nuestra Constitución Nacional, consagra el derecho a la protección de los datos personales (artículo 42); acceso a la información (artículo 43); y la acción de habeas data (artículo 44).

La acción de hábeas data se encuentra establecida de manera formal, mediante Ley N° 6 del 22 de enero de 2002, por la cual se dictan normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de habeas data y dicta otras disposiciones.

En Panamá, el hábeas data sólo procede contra el Estado representado a través de sus instituciones públicas y no contra empresas privadas o empresas mixtas, a menos que estas últimas se dediquen de manera exclusiva a la prestación de servicios públicos o sean empresas que se dediquen a suministrar información. Aunque debemos advertir que la jurisprudencia ha negado esta posibilidad, argumentando que, cuando se trate

14 Pérez Luño, Enrique Antonio. Intimidad y Protección de Datos Personales: del Habeas Corpus al Habeas Data, ob. cit., pp.40 y 41.

15 Chen Stanzola, María Cristina. Análisis Jurisprudencial de Habeas Data en Panamá. V Congreso Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2008, pág. 423.

de empresas mixtas y aunque presenten servicios públicos de manera exclusiva, se debe invocar la diligencia exhibitoria, en virtud de que son entes privados amparados la inviolabilidad de la correspondencia (ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 8 de octubre de 2002 y Sentencia de 26 de diciembre de 2002).

La ley en comento, contempla el hábeas data propio (mecanismo de protección de la libertad informática) en el artículo 3, y el habeas data impropio (derecho de acceso a la información, directamente relacionado con la rendición de cuentas del Estado), en el artículo 2, el cual se encuentra desarrollado por los artículos 8, 9 y 10. Aunque debemos señalar que el estudio jurisprudencial demuestra que es un mecanismo con un tratamiento jurisprudencial en extremo legalista y su ámbito de aplicación para la protección de la intimidad es muy limitada, en cuanto está concebida básicamente para los datos que se encuentran en manos del Estado y olvida que es en el sector privado, en donde se recolectan mayor cantidad de datos personales sensibles y en donde ocurren también y en mayor volumen la vulneración de la intimidad. Además, en el tema que nos ocupa, no sería idóneo para proteger la intimidad de los panameños, debido que a que si se trata del Estado, pone de cabeza a los particulares, no sólo por las dificultades de demandar al Estado en lo contencioso administrativo, sino por la desigualdad procesal existente y la determinación de los eventuales responsables y de prueba de la prestación defectuosa de un servicio, que ha causado un perjuicio al ciudadano. Dando como resultado su desprotección frente al Estado.

En el sector privado, el panorama no es más alentador, si consideramos que no existen en nuestro país mecanismos protectores de la intimidad del individuo, que impidan la divulgación de la información de contenido íntimo o privado en las redes sociales ni en ningún otro medio de comunicación, por más tradicional que sea la forma en que se divulga la información falsa o incluso cierta; pero íntima. Imaginemos por un momento que un respetado personaje importante de nuestro medio, es homosexual y practica el sadomasoquismo. Mismo que ocupa un cargo importante y que está casado y con hijos. Se entera de que una revista digital de la localidad, que utiliza un servidor de Internet ubicado en Brasil, tuvo acceso al club de sadomasoquismo al que asiste y tiene imágenes para reforzar la noticia. ¿Qué puede hacer este individuo, ante la inminente violación a su intimidad que perjudicaría no sólo la percepción y el concepto que los demás tienen de él, sino su derecho al buen nombre y a la honra y ni que decir de la afectación emocional y el daño moral que esta noticia causaría a su familia? ¿Qué mecanismos el derecho pone a su alcance para proteger su intimidad, dignidad y buen nombre? ¿A quién se dirigiría la orden de suspensión: al proveedor del servicio de Internet o al responsable de la página de Internet y en qué jurisdicción? A mí no se me ocurre ninguno idóneo en nuestra legislación.

En el Perú, la Constitución peruana señala que:

“Artículo 2°.-

Toda persona tiene derecho:

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.”

Por lo que acertadamente, la Constitución peruana protege el derecho a la intimidad de las informaciones de tipo personal y familiar, garantizando su protección, por lo que válidamente el ciudadano en el Perú podría interponer una acción de hábeas data para impedir la publicación del artículo que afecta su intimidad y dignidad; pero en nuestro derecho, no podría ensayar la acción de hábeas data en tal supuesto.

Existe en Panamá, la ley 22 de 2005, que consagra el derecho a réplica, para obtener la rectificación del mismo medio que publicó la noticia, pero es a todas luces insuficiente para proteger al individuo, pues sólo contempla la réplica, que muchas veces en la práctica, no cumple con los requerimientos mínimos que establece la ley, sino que está pensado una vez el daño ha ocurrido y no para evitarlo.

En el artículo 569 del Código Judicial, se encuentran reguladas las Medidas Conservatorias o de Protección General, en los siguientes términos:

“Además de los casos regulados, a la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al Juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de daños y perjuicios.

La petición se tramitará y decidirá en lo conducente de acuerdo con las reglas de este Título”.

Como vemos esta medida no es idónea para proteger la intimidad de un individuo, no sólo por la demora que supondría obtener una decisión judicial, que haría imposible en el tiempo, impedir la divulgación de la noticia, sino por que la misma plantea un proceso principal que el afectado no desea, puesto que sería exponer su vida públicamente y porque la misma requiere prueba sumaria y afianzamiento.

Hace falta en nuestro país, un remedio procesal idóneo para la defensa de la intimidad, ya que los abogados y el derecho se olvidan con lamentable frecuencia, que muchas veces, al ciudadano no se interesa el reconocimiento por parte del Tribunal competente, de los daños y perjuicios causados con la consecuente reparación económica, pues el buen nombre, honra y dignidad de una persona no tienen precio. Es allí, en donde el derecho debe proteger la intimidad del ser humano; queda entonces la tarea pendiente de una reforma a la ley de habeas data en nuestro país, de suerte que amplíe su competencia al sector privado y prevea mecanismos eficaces

para impedir que se vulnere el derecho a la intimidad, pues los remedios ordinarios están encaminados a su reparación cuando ocurrieron y no a evitarlos que debe ser su mayor aspiración.

Lo que propongo es dotar al hábeas data en nuestro país de unas medidas jurídicas urgentes, que le permitan al juzgador, una vez cumplidos ciertos parámetros de urgencia y apariencia de buen derecho, proteger la intimidad de los ciudadanos y evitar su vulneración.

En Sentencia de 10 de diciembre de 1980, el Tribunal Supremo de España, señaló que: “la protección de los derechos no se contrae a la reparación de los perjuicios originados, sino que ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones”.

Ese es precisamente, el papel del derecho en la sociedad, proteger eficazmente al individuo para el cual existe.

6. La protección del derecho a la intimidad en el derecho comparado

En el Derecho comparado, existen básicamente, dos posiciones: la Europea con un desarrollo normativo y comunitario importante en el tema de protección del derecho a la intimidad y los datos personales y la posición Norteamérica, que es el país con mayor cantidad de usuarios de Internet y hegemonía en el dominio de la web, que apuesta en el sector privado por la autorregulación y los códigos de conducta que deben seguir las empresas.

6.1. La protección del derecho a la intimidad en Europa

A nivel europeo, existe un desarrollo importante y una preocupación creciente y constante acerca de la protección de la intimidad y de nuestros datos personales en Internet. Como ejemplo de este desarrollo normativo, citamos el artículo 8 de la Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal; así como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

La cual es a la fecha, la Directiva más importante en lo que respecta a la protección de datos personales, que en su preámbulo afirma que:

“(…) Considerando que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos...”

En el artículo 2, de la Directiva en comento, se define qué son considerados datos personales y tratamiento de datos personales:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social;
- b) «tratamiento de datos personales» («tratamiento»): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, conocida como Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas.

El Reglamento CE Número 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y la libre circulación de datos; así como los importantes trabajos y recomendaciones del Grupo del artículo 29, creado por la Directiva 95/46, que ha hecho importantes aportaciones en el tema de la protección de datos personales y sus Recomendaciones al Consejo de Europa, así como la Comisión de las Comunidades Europeas y sus importantes Recomendaciones sobre el fomento de la protección de datos mediante las Tecnología de Protección del Derecho a la Intimidad (PET) entre otras muy valiosas.

Los aportes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el cual es un organismo multilateral que se encarga de establecer políticas y lineamientos para la seguridad de la privacidad y protección de los datos personales que circulan en la web, principalmente en el sector del comercio electrónico. Dentro

de sus aportaciones se encuentran las Guías de la OCDE para regular la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales del 23 de septiembre de 1980, disponible en su página web www.oecd.org, en la cual se pueden encontrar unas recomendaciones consideradas como estándares mínimos que deben seguir los Estados para la obtención, el procesamiento de datos personales, el libre flujo transfronterizo de datos en el sector público en privado. Estas recomendaciones incluyen algunos principios como son: el del límite de obtención de datos, recomendando la obtención del consentimiento del titular para el tratamiento; el principio del límite de uso, que consiste principalmente en la no divulgación de datos personales o su no utilización para fines distintos a lo que se obtuvo el consentimiento; el principio de protección a la seguridad, que consiste en proteger los datos personales y la información recabada, mediante mecanismos razonables de seguridad y el principio de responsabilidad del controlador de los datos, entre otros principios que han tenido influencia en todas las legislaciones europeas; con la consecuente prohibición en el año 2009 de posibilidad de venta de una importante empresa fabricante de software, líder del mercado en ventas, si no ajustaba sus programas para garantizar la protección de los datos personales en los términos que consagra la Directiva 95/46-CE, así como las Directrices para la Armonización de la Protección de Datos Personales de Iberoamérica en el año 2007.

El año 2010, fue uno fructífero en el tema de la protección de la intimidad y de los datos personales en Internet. A propósito de la celebración del Día Internacional de Protección de Datos Personales, cuya celebración es el 28 de enero, fecha fijada desde el año 2006, en conmemoración al aniversario de la firma del Convenio 108 del Consejo de Europa, para la Protección de Datos en Europa, en dicha celebración la Comisaria de Información y Medios de Comunicación Europea, Viviane Reading, anunció la actualización de la Directiva 95/46-CE sobre Datos Personales, en aras de proteger eficazmente a los usuarios de redes sociales, que superan los 40 millones en Europa, a fin de obtener un consentimiento informado, no sólo sobre la publicación de datos por parte del usuario, sino por su difusión y reutilización comercial, legal o incluso, delictiva. Actualización que se encuentra en trámite.

En Praga los días 29 y 30 de abril de 2010, la Conferencia Internacional de Autoridades Europeas de Protección de Datos, en donde se abordó el tema de la protección de datos personales y la elaboración de una propuesta conjunta de estándares internacionales de privacidad y también el tema de los principales retos de la protección de datos personales en las redes sociales, en especial, las relacionadas con la participación, cada vez mayor, de menores de edad. También se habló del Internet de las cosas, que son máquinas que se comunican entre sí, sin que el hombre interactúe con ellas y las medidas necesarias para controlar sus funciones.

Adicionalmente, se sentaron las bases para trabajar en la Declaración de Derecho de Privacidad en el Mundo Digital, en donde se trabaja en las líneas para el establecimiento de un catálogo de derechos básicos de privacidad en el entorno digital.

La Declaración Ministerial de Granada, para la Agenda Digital Europea, acordada el 19 de abril de 2010, tiene dentro de sus objetivos:

- “1. Promover el conocimiento de la normativa existente en la UE en relación a la protección de los usuarios en las comunicaciones electrónicas y servicios en línea, mediante la elaboración y difusión de una “Carta de Derechos Digitales de las Comunicaciones Electrónicas y de los servicios en línea”, fácilmente accesible y comprensible.
2. Reforzar la protección de datos y la privacidad de los usuarios de redes sociales y en sectores clave, tales como la sanidad en línea y los servicios de administración electrónica”.

Aspiramos a que dichos esfuerzos se concreten en la pronta elaboración la Carta de Derechos Digitales de las Comunicaciones Electrónicas y de los Servicios en Línea, que establezca obligaciones concretas para los Estados, los prestadores de servicios en Internet y los fabricantes de software y tecnologías de comunicación en general.

6.2. La protección del derecho a la intimidad en Estados Unidos

La situación es distinta en Estados Unidos, puesto que la Constitución norteamericana no contiene una norma que consagre expresamente el derecho a la intimidad.

El concepto de intimidad como tal no existe en el derecho norteamericano, sino que la privacy norteamericana, abarca una serie de contenidos que van mucho más allá de la protección de los aspectos de la individualidad del ser humano, incluyendo una serie de contenidos amplios, como: los laborales, profesionales, sindicales, políticos y también, el entorno cercano de una persona. Y esta protección fue construida, principalmente, a través de las aportaciones de la jurisprudencia norteamericana. Que ha evolucionado desde la famosa Sentencia del caso *Olmstead vs The United States* de 1928.

Las bases para la protección de la privacidad en el derecho norteamericano, se encuentran en la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La jurisprudencia norteamericana siempre ha reconocido que el derecho a la privacidad amparado en la Constitución, sólo es oponible frente al Estado y no en la esfera privada, en donde sería sometido el asunto a la justicia ordinaria.

A diferencia de Europa, Estados Unidos ha defendido la necesidad de que sean los códigos de conducta y la autorregulación, la que se encargue del sector privado en cuanto protección de la privacidad. La razón, quizá es muy sencilla y recae en la necesidad de no limitar el desarrollo económico y el comercio tanto nacional como internacional y la confianza depositada en un sistema de justicia eficiente y equitativo.

En 1974, el Congreso de los Estados Unidos, aprobó una ley federal para la protección de la privacidad, la cual creó obligaciones de manera exclusiva para el sector gubernamental; lo que motivó ciertamente, la protesta de la sociedad civil que culminó con la aprobación de la ley de privacidad de las comunicaciones electrónicas, de 1986, conocida por sus siglas ECP; que impone obligaciones tanto para el sector gubernamental como para los particulares y se toman medidas a fin de proteger la privacidad de las personas en lo referente a sus comunicaciones electrónicas.

También existen leyes para la protección, en el sector privado, de la privacidad en el tema comercial, laboral y de menores de edad.

En cuanto a la protección de la privacidad de los menores de edad, existe la ley de protección a la privacidad en línea de los niños, conocida por sus siglas COPPA, la cual entra en vigencia en el año 2000. Siendo la primera ley en Estados Unidos que regula el tema de la protección de los datos personales en Internet y también la ley del Estado de California, en el año 2003, Online Privacy Protection Act, conocida como OPPA, la cual se aplica a cualquier persona o entidad que posea un sitio comercial o un servicio de Internet, que almacene o retenga información de un consumidor en California, con la obligación de presentar a los usuarios, información plenamente identificable acerca de las políticas de privacidad que ofrece la referida página en Internet.

Como consecuencia de los lamentables atentados de septiembre del 2001, se promulga la ley patriótica, también conocida como USA PATRIOT ACT, la cual viene a instaurar un marco completamente distinto en materia de interceptación de comunicaciones por cualquier medio electrónico, a tal punto que, en cuanto a la ley de comunicaciones electrónicas ECPA y su jurisdicción, cualquier información que circula en Internet puede ser consultada en cualquier momento y las compañías pueden verificar cualquier información o mensaje electrónico si el afectado lo autoriza previamente.

Sobre la situación con la vulneración de la privacidad en Internet, sería interesante consultar el trabajo del Doctor Emilio Suñé Llinás, que denuncia la afectación de la privacidad en el sector público, con la interceptación de las comunicaciones en todo el mundo, con programas como Carnivore y Echelon, situación que fue denunciada en varios escenarios por la Unión Europea.

En el ámbito laboral, existen interesantes jurisprudencias acerca de la violación a la privacidad de los trabajadores, producto del monitoreo de los correos electrónicos por parte del empleador.

En la jurisprudencia norteamericana, básicamente se han aplicado las excepciones del consentimiento previo; la cual consiste en la posibilidad de comunicar previamente al trabajador, que tanto su estación de trabajo como su correo, pueden ser sujeto de

monitoreo por parte de la empresa. Dicho consentimiento tácito se puede manifestar de varias maneras: a través de comunicaciones o memorandos; a través de las condiciones de trabajo por las cuales se contrata un trabajador, o de un mensaje que aparece en el sistema de computación que utiliza el trabajador, en donde se le advierte que la terminal utilizada, es propiedad de la empresa y que se monitorean los correos electrónicos.

A este consentimiento tácito también se le llama en la jurisprudencia norteamericana, consentimiento constructivo, en el sentido de que la lógica de la experiencia indica que una vez dadas todas estas advertencias, el trabajador debió tener conocimiento de que se estaba monitoreando su correo electrónico.

Nos parece interesante comentar el caso Flanagan VS Epson America Inc en 1990, cuando trabajadores de la compañía Epson presentaron una demanda colectiva, en nombre de todos los trabajadores a los que se les habían leído y monitoreado su correo electrónico. El tribunal dictaminó que la ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas ECPA no se aplicaba si la intervención y monitoreo de los correos electrónicos se realiza mediante los equipos del empleador.

El segundo caso, es el de Bourke VS Nissan Motor Co, en 1991, cuando dos administradores de sistemas, fueron despedidos por el envío cruzado de chistes y críticas a su supervisor.

El supervisor tuvo acceso a dichos correos electrónicos y despidió a los trabajadores. Los trabajadores argumentaron violación a la privacidad. El tribunal falló en contra de los trabajadores, afirmando que la empresa propietaria del sistema de correo electrónico, tenía derecho a leer cualquier mensaje de correo electrónico.

Posición que se contradice con la tendencia europea, liderada por los españoles, en donde no se admite la tesis del consentimiento constructivo y se manifiesta en favor de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores y en varias jurisprudencias del Tribunal Constitucional Español, el mismo deja sentado que el derecho a la intimidad y su protección, está por encima del derecho del empleador a controlar el rendimiento del trabajador dentro de su empresa.

Aunque debemos señalar que esta tendencia europea está siendo matizada, puesto que de la investigación realizada, encontramos que el pasado 11 de noviembre del año 2000, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, decidía un recurso de suplicación interpuesto por Deutsche Bank en contra de la sentencia anterior, en el cual el tribunal declaró a lugar el despido sin indemnización de un trabajador que había enviado aproximadamente 140 mensajes de correo electrónico, en su horario laboral y ajeno a las funciones que desempeñaba. El argumento central del Tribunal, fue que ese hecho cometido por el trabajador suponía “una pérdida de tiempo y de trabajo efectivo tanto de él como de sus compañeros de trabajo y todo a

través del ordenador de la empresa y sin autorización de ella”. Lo que motivó la protesta de la Asociación de Usuarios de Internet (AUI) de España, quienes manifestaron que: “el correo electrónico no se diferencia del correo normal o del teléfono e, incluso en el ámbito laboral, son utilizados con normalidad, tanto para el trabajo como para fines personales”.

Con esto vemos que existen posiciones encontradas. En Europa en donde hay amplias normas de protección de los datos personales; en contraste con el derecho norteamericano, que en el sector privado se muestra a favor de la autorregulación y los códigos de conducta que deben cumplir las empresas.

Estas posiciones encontradas, han sido la base para la concretización del Acuerdo de Puerto Seguro entre la Unión Europea y los Estados Unidos, ya que la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos Personales, impone a los Estados Europeos, la obligación de velar porque la transferencia de datos personales a terceros países, se realice a unos que brinden un nivel de protección adecuado a los ciudadanos europeos.

De allí que ante la imposibilidad de transferencia de datos personales de los ciudadanos europeos hacia Estados Unidos, con los consecuentes perjuicios comerciales que esto acarrearía para los ciudadanos europeos y las empresas europeas, se inicia una negociación entre el Departamento de Comercio de Estados Unidos y la Comisión Europea, a fin de lograr un consenso sobre el asunto y se suscribe el Acuerdo de Puerto Seguro o Safe Harbor, que establece los criterios para que la Comisión determine que se trata de un país que está cumpliendo con los principios de puerto seguro para la protección de datos personales de los datos que recibe objeto de la transferencia. Este Acuerdo se encuentra reflejado en la Decisión CE (2000) 2441, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

7. Proyecciones de la protección del derecho a la intimidad en Internet

Francisco Delgado Piqueras, en un artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, titulado “De Nuevo sobre el Derecho a la Intimidad Personal y Familiar de los Famosos y la Libertad de Información”, comenta la Sentencia del Tribunal Constitucional Español identificada como, Sentencia 197/1991 de 17 de octubre. A propósito de que se dieran a conocer los detalles de la adopción que realizara una famosa actriz, publicados por un diario de España, en el que también se brindaban los detalles personales de los padres biológicos del menor.

La discusión central de este caso fue, la ponderación del derecho a la intimidad vs el derecho a la información.

La actriz había concedido una entrevista a los medios para dar a conocer los detalles de la adopción. Y con posterioridad, demandó a un diario por haber publicado los supuestos detalles de una investigación, en la cual se ponderaba el origen de su hijo adoptivo y se daban detalles de las actividades de sus progenitores.

A propósito de ello, en la Sentencia en comento, el Tribunal Constitucional hace un interesante análisis de la exceptio veritatis, es decir, del derecho a la información cuando se trate de un asunto verídico y de interés público. El Tribunal Constitucional señaló:

“El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa”.

Comenta el autor, que: “la veracidad será condición necesaria de la violación de la intimidad y no condición suficiente para legitimar a la información, ya que sólo puede haber intromisión si son veraces en los hechos de la vida privada que se divulgan” y recalca en concordancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional “que el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, que es a su vez, fundamento del orden político y de la paz social e implica, según el Tribunal Constitucional Español: “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario- según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Pero también da cuenta el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento, de un hecho importante que es la posibilidad de que por voluntad propia, una persona de a conocer hechos de su vida privada y en tal sentido, considera el Tribunal que: “quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye del esfera de su intimidad y ha de asumir el riesgo de que el periodista pueda contrastar la veracidad de esos hechos y rectificar los errores o falsedades de la información contrariamente suministrada por los afectados.”¹⁸⁵⁵

Ello significa, que la protección de la intimidad de una persona es un deber del Estado de garantizarle aquellas condiciones de vida mínimas para desarrollarse integralmente y sin ningún tipo de agresiones; pero cuando la persona deja esa protección de la intimidad y hace pública su información personal, no hay lugar a la violación de la

1790 Delgado Piqueras, Francisco. “De Nuevo sobre el Derecho a la Intimidad Personal y Familiar de los Famosos y la Libertad de Información (la Sentencia del TC 197/1991, de 17 de octubre)”, Artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12, núm. 36. Septiembre-diciembre, 1992, España, pág. 272 y 273.

misma, pudiendo invocar, cualquier medio o persona, la exceptio veritatis cuando la información sea de interés público. En la web, es muy común que las personas, sobre todo menores de edad, suban a sus redes sociales información íntima acompañada de imágenes, videos y demás medios gráficos; si esta información personal es divulgada por personas a quienes se les confió constituye delito, como también lo es el tergiversar o distorsionar dicha información íntima. Es importante entonces estar concientes de los peligros que dar a conocer información personal representa y que los sitios de redes sociales, en todo caso, tengan las medidas de seguridad y privacidad necesarias para evitar el ingreso al perfil del usuario de alguien no autorizado o bien, controlar el importe de videos, fotografías e información personal por los usuarios, para la transferencia de las mismas. La excepción de veracidad sólo será invocable cuando se determine que la divulgación del asunto es de interés público.

En la actualidad, se habla de nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno del TIC, en donde señala el autor Yves Poullet, que:

“El carácter internacional de las redes, servicios y productores de equipamiento y la ausencia de transparencia en el funcionamiento de terminales y redes incrementan el riesgo de infringir las libertades individuales y la dignidad humana”. Y señala que “Ante las nuevas transformaciones de Internet, entre las que podemos destacar la tendencia a la conexión de redes hasta ahora autónomas y la multifuncionabilidad de los equipos terminales de telecomunicaciones, que convierten los sistemas de información en omnipresentes, hay que establecer nuevos principios para proteger adecuadamente al ciudadano. Se proponen cinco nuevos principios. El de encriptación y anonimato reversible; el de beneficios recíprocos, de tal manera que la tecnología también beneficie a los usuarios; el de potenciación de las soluciones tecnológicas que favorezcan o no vayan en contra de la privacidad (...), el de completo control por parte del usuario del equipo terminal, de modo que éste se mantenga completamente informado de los flujos de datos, y el principio según el cual los usuarios de determinados sistemas de información se benefician de la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios. Además, la obligación de cumplimiento de las normas de protección de datos de carácter personal debe hacerse extensiva a los sujetos que, de entrada, no parecen involucrados en el tratamiento: los fabricantes de software y de terminales. Éstos tienen el deber de informar usuario de los riesgos que corren al utilizar las redes y de ofrecer acceso a aplicaciones y fabricar productos que garanticen una mayor protección de la privacidad”¹⁶.

Podemos decir que Internet y los avances que ha traído a la vida en sociedad, se constituye en una herramienta importante para el progreso, facilitando el comercio,

16 Poullet, Yves. “Hacia Nuevos Principios de Protección de Datos en un Nuevo Entorno TIC”. Artículo presentado en la *Revista de de los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas* de la Universidad Oberta de Cataluña, España pág. 33, 2007.

abaratando los costos de comunicación y de publicidad y otorgando a la sociedad una herramienta necesaria para la comunicación constante y la interacción social a través de las redes sociales. Pero lo anterior, supone (como hemos insistido) una verdadera dificultad para el derecho; motivada primero, por el desconocimiento de los aspectos técnicos que involucran las nuevas tecnologías, por la complejidad de las partes que interactúan, por el conflicto de competencias, por los intereses económicos de las grandes corporaciones y principalmente, por la falta de mecanismos procesales idóneos para la protección del individuo frente a la intromisión de las nuevas tecnologías.

Es mucho lo que pueden hacer los Estado para establecer obligaciones de los vendedores de software y de equipos electrónicos de comunicación; así como de páginas de Internet, a fin de tomar medidas de protección eficaces de la intimidad del individuo, intentando de esta manera establecer que los software y los equipos que se vendan no recolecten datos innecesarios del usuario y que antes de la recolección de los datos, le comuniquen al usuario del tratamiento, finalidad del mismo y los derechos que tiene para rectificar, corregir o enmendar e incluso, cancelar los datos prohibidos, inexactos e incorrectos y que se identifique plenamente, la persona responsable de atender sus reclamos y se establezcan prohibiciones para la transferencia no autorizada de datos, cesión y utilización de los datos con fines distintos al tratamiento y sanciones ejemplares para los responsables. También exigir a los proveedores de servicios y páginas de Internet, el establecimiento de sitios más seguros para los usuarios, a fin de garantizar una mayor seguridad en Internet.

8. Reflexión final

Tenemos derecho a la protección a la intimidad en el ciberespacio, que se hace muy difícil, con la proliferación de redes sociales y con una cultura de constante exposición de datos personales.

Podríamos que señalar el derecho a la intimidad en Internet puede resumirse en el derecho que tienen todos los usuarios de conocer que la información brindada por ellos, está siendo procesada por el sitio al que accede y los fines para los cuales autorizó el almacenamiento de dicha información; con el correspondiente derecho a ejercer un control efectivo sobre sus datos personales y a poder elegir y rectificar los datos personales inexactos, errados o bien, a impedir la recopilación de datos personales que tengan que ver con nuestra información genética, gustos sexuales y demás información que ponga en peligro nuestra intimidad. También el derecho a la intimidad abarca, en mi opinión, el derecho de los usuarios y la consecuente obligación de los Estados, de garantizar que las empresas que ofrecen accesos e información en Internet a través de sus página web, tomen las medidas necesarias para garantizar la protección de la información personal que en ella circula, a fin de evitar el acceso no autorizado de dicha información o que terceros no autorizados accedan a ella y en fin,

a que informen a los usuarios acerca de la posibilidad de recolección de datos, con el propósito de garantizar un verdadero consentimiento informado del usuario y no un consentimiento tácito, como se asimila en el derecho norteamericano y que sigue nuestro país. Pues con ello se olvida, que muchas veces la información es recolectada sin que al usuario se le notifique siquiera de la existencia de la captación de sus datos personales, ni mucho menos, se le solicite su consentimiento o se le protejan sus derechos a un control efectivo de sus datos.

Es importante también que dentro de los derechos de los usuarios de Internet, se incluya la obligación de los sitios web de instalar etiquetas de calidad, a fin de brindar sitios seguros o bien, la instalación de tecnologías protectoras del derecho a la intimidad en Internet (PET) o el uso de etiquetas de calidad del sitio en Internet, conocidas como TRUSTe y porque no, se le informe al usuario sobre la posibilidad de utilizar los métodos alternos de resolución de conflictos en línea que se encuentran disponibles en la actualidad.

En el tema de la protección de la intimidad, hace falta de una educación que haga conciente al individuo de los peligros de la Internet y la necesidad de utilizar formas seguras de comunicación y que en última instancia, sepa que la información que comparte en Internet está lejos de ser segura y confidencial, de manera que pueda medir los alcances de compartir información de tipo personal en la web.

En el ámbito jurídico, debemos insistir en que, cualquier medida que se instaure para la protección de la intimidad o aún las existentes, dependerán de la eficacia y efectividad del sistema de justicia. Pues nos guste o no, son los jueces los que tienen la última palabra en materia de protección del individuo, puesto que son ellos los que por mandato constitucional y embestidos de la facultad de administrar justicia, interpretan las normas y establecen su sentido, alcance y efectividad como mecanismo protector del individuo.

De poco o nada vale establecer los mecanismos eficaces e idóneos, si cuando el ciudadano los intenta invocar, se encuentra con la muralla de un Tribunal que lejos de interpretar de acuerdo con su sagrado deber de defender la vida, honra y dignidad de los asociados, se escuda en tecnicismos para negarle el derecho que le asiste.

Estamos en el contexto histórico de la sociedad de la información y de los cambios que este modelo de sociedad trae consigo. Los cambios en la sociedad de la información, requieren de una transformación del derecho y de los conceptos esbozados por nosotros hasta ahora, puesto que ya no son suficientes para proteger al individuo frente a los nuevos escenarios.

Si bien es cierto que los cambios no se producen con leyes, he denunciado en varias oportunidades, la urgente necesidad de contar en nuestro país con una ley de

protección de datos personales, con un ámbito de aplicación nacional para el sector público y en el privado y que contemple los estándares internacionales mínimos para la protección, transferencia y cesión de los datos personales.

Espacios como éstos sirven para abrir el compás de la discusión académica necesaria para cambiar las estructuras existentes y brindar un derecho más pertinente al ciudadano, con una justicia pronta y de la calidad.

Es realmente preocupante la resistencia pasiva a abordar estos temas por parte de la comunidad jurídica y en especial, de las universidades, que es en donde formamos a los abogados que en el día de mañana juzgarán o defenderán a los ciudadanos.

Finalmente, hago mías las palabras de Manuel Castells, cuando a propósito de la sociedad de la información y su impacto en la vida cotidiana comenta:

“Desde una perspectiva histórica más amplia, la sociedad red representa un cambio cualitativo en la experiencia humana. Si aludimos a una antigua tradición sociológica según la cual, en el nivel más fundamental, cabe entender la acción social como el modelo cambiante de las relaciones entre naturaleza y cultura, estamos, en efecto, en una nueva era (...). Es el comienzo de una nueva existencia y, en efecto, de una nueva era, la de la información, marcada por la autonomía de la cultura frente a las bases materiales de nuestra existencia. Pero no es necesariamente un momento de regocijo porque, solos al fin en nuestro mundo humano, habremos de mirarnos en el espejo de la realidad histórica. Y quizás no nos guste lo que veamos”¹⁷.

17 Castells, Manuel. *La Era de la Información, Vol.I. La Sociedad Red*. Nueva Edición, Editorial Alianza, España, 2001, pp. 557 y 558.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Óscar Díaz Muñoz

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho al agua potable como derecho fundamental no enumerado. 3. Naturaleza del Derecho fundamental al agua potable. 4. Contenido mínimo del derecho fundamental al agua potable. 5. Suspensión del servicio de agua potable por deudas.

1. Introducción

Dentro de los recursos naturales, no cabe duda que el agua es el principal de todos, por ser imprescindible para la vida y la salud. Pero, al mismo tiempo, es un recurso limitado y por lo general mal aprovechado, resultando impostergable tomar conciencia de esta realidad.

De ahí la gran importancia de que la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) reconociera, el 28 de julio de 2010, que «el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos», tras constatar que «aproximadamente 884 millones de personas carecen de agua potable y más de 2600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico», así como que «cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento»¹.

1 Resolución A/RES/64/292.

Siendo el derecho a la vida «el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible»², no cabe duda que el agua comparte su importancia, al ser la sustancia que le resulta esencial, por lo que es indiscutible que el goce de ese recurso natural es fundamental para el respeto de la dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución). Téngase en cuenta al respecto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la vida «comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna» (la cursiva es nuestra)³, por lo que «una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es (...) adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria»⁴.

Desde esta perspectiva, el derecho humano al agua potable impone al Estado el deber de adoptar medidas de protección, en garantía del derecho a una vida digna.

En esta línea, tres años antes del citado reconocimiento de la ONU, el Tribunal Constitucional peruano (TC), en la STC N° 6546-2006-PA/TC del 7 de noviembre de 2007, reconoció el derecho al agua potable como derecho fundamental autónomo, contenido implícitamente en el artículo 3º de la Constitución (cláusula de los derechos no enumerados), retirando su jurisprudencia en las SSTC 6534-2006-PA/TC, del 15 de noviembre de 2007; 03668-2009-PA/TC, del 8 de setiembre de 2010 y 01985-2011-PA/TC, del 22 de setiembre de 2011. En este trabajo nos proponemos resaltar el fundamento de este derecho, su contenido y ámbito de protección, a partir de la mencionada jurisprudencia constitucional.

2. El derecho al agua potable como derecho fundamental no enumerado

Como es sabido, los instrumentos internacionales y las constituciones no hacen más que reconocer los derechos humanos, pues éstos son exigencia de la dignidad de la persona, mínimos de justicia imprescindibles para ella. Por tal motivo, la jurisdicción constitucional podrá, a través de la interpretación conforme al criterio de fuerza normativa de la Constitución⁵, actualizar el texto constitucional, reconociendo derechos humanos ante las nuevas afectaciones a la dignidad de la persona que puedan presentarse en la sociedad.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional español n. 53/1985, de 11 de abril de 1985, FJ 3.

3 Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N° 125, párr. 161.

4 *Ibidem*, párr. 162.

5 Cfr. K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid 1983, p. 50.

Frente a derechos fundamentales no expresamente reconocidos en la Constitución, el TC considera que la individualización de éstos puede operar no sólo a partir del artículo 3º de la Constitución⁶ (la llamada cláusula de los derechos implícitos o de los derechos no enumerados), sino también con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁷.

Tratándose del derecho al agua potable, el TC considera que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería el derecho al agua potable. En vista de ello, para el TC este derecho estaría contenido en la cláusula de los derechos no enumerados, pues su «reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho»⁸.

Como es sabido, la cláusula de los derechos no enumerados, del artículo 3º de la Constitución, tiene como antecedente el artículo 4º de la Constitución de 1979⁹. Se trata de una disposición de clara inspiración en la Enmienda IX de la Constitución norteamericana de 1787, conforme a la cual: «No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo»¹⁰.

No compartimos la apreciación del TC cuando afirma que en el ámbito internacional aún se encuentra pendiente de desarrollo el derecho al agua potable. Debemos empezar por citar el artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que prescribe:

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho,

6 «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

7 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 16.

8 *Ibidem*, fundamento 17.

9 Constitución 1979, artículo 4º: «La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

10 La influencia de la Enmienda IX de la Constitución norteamericana también se ha hecho presente en otras constituciones americanas, como la argentina de 1853, donde la cláusula de los derechos no enumerados estuvo contenida en su artículo 33º y permitió que la Corte Suprema de ese país sostuviera, en el caso Samuel Kot SRL de 1958, que en dicha estipulación estaba contenido el amparo, como «garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de libertad individual» (N. P. SAGÜES, *Acción de Amparo*, Buenos Aires 1988, p. 12).

reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

Como puede verse, el Pacto considera que el derecho a un nivel de vida adecuado incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados. Pero hay que advertir, como lo ha hecho el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en tanto que el Pacto usa la palabra «incluso» indica que ese catálogo (alimentación, vestido, vivienda) no tiene carácter taxativo, por lo que el «derecho al agua está claramente dentro de la categoría de garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado particularmente en tanto que es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia»¹¹. Consecuentemente, el derecho humano al agua potable encuentra reconocimiento en el artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Además, podemos encontrar reconocido el derecho al agua potable en otros tratados sobre derechos humanos de la ONU. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (1979), establece, en su artículo 14º, párrafo 2.h, que los Estados Partes asegurarán el derecho de la mujer a «gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) abastecimiento de agua». También, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 24º, párrafo 2.c, obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para «combatir las enfermedades y la malnutrición (...) mediante, entre otras cosas (...) agua potable salubre». Y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) los Estados Partes se comprometen a asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable (artículo 28º.2.a).

Por ello, en nuestra opinión, la condición de derecho fundamental del derecho al agua potable ha podido sustentarse apelando no necesariamente a la cláusula de los derechos no enumerados del artículo 3º de la Constitución, sino a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como estipula la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que, al decir del TC, obligatoriamente informan el ejercicio interpretativo de los derechos humanos que realice todo órgano jurisdiccional del Estado¹².

11 COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General* n. 15, Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002.

12 Cfr. STC 00007-2007-PI/TC, fundamento 16.

3. Naturaleza del derecho fundamental al agua potable

El TC parte por reconocer que el derecho al agua potable «supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado» (la cursiva es nuestra)¹³.

Resalta también el TC la vinculación del derecho al agua potable con otros derechos fundamentales, pues tiene como objeto el aprovechamiento de un recurso natural que es «un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de dicho elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aún aquellas otras que sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia»¹⁴.

Como puede verse, estamos frente a un derecho fundamental de naturaleza prestacional, vinculado a otros derechos, como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, y el derecho al trabajo. Y es que, como ha dicho el TC en otro lugar, «todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí»¹⁵.

Pero no sólo el TC pone de relieve que el derecho al agua potable se relaciona con otros derechos fundamentales, sino también destaca la importancia del agua en el desarrollo social y económico del país, a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores como la agricultura, la minería, el transporte o la industria¹⁶.

Por todo ello, para el supremo intérprete de la Constitución el agua tiene un papel esencial en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, lo que «permite considerar su estatus no sólo a nivel de un derecho fundamental, sino de un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar»¹⁷.

Para el TC el derecho al agua potable tiene carácter prestacional, por lo que correspondería ubicarlo dentro de los llamados derechos sociales. De hecho, según hemos visto, se ha ocupado de este derecho el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sostiene que se encuentra reconocido en el artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

13 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 18.

14 Ibidem.

15 STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

16 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 19.

17 Ibidem, fundamento 20.

En otra oportunidad, ha señalado el TC que los derechos sociales no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues

«no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento.

»En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales»¹⁸.

Aun cuando se alegara el principio de progresividad en el gasto público, al que hace referencia la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución¹⁹, debe tenerse en cuenta que dicho principio «no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues (...) la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas»²⁰. Lo contrario podría acarrear una inconstitucionalidad por omisión²¹.

A esto debemos añadir que los derechos sociales son derechos progresivos, no meramente programáticos. En efecto, «mientras que lo programático implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden ser respetados o no, el entenderlos como derechos progresivos comporta, ya de por sí, un deber ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible»²². Otro principio aplicable a los derechos sociales es el de prohibición de su regresividad, en el sentido que «el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y simultáneamente asume la prohibición de disminuir el ámbito de protección de los derechos vigentes o derogar los ya existentes»²³.

En consecuencia, por la condición de prestacional del derecho al agua potable, un Estado no viola este derecho cuando no todos sus habitantes tienen acceso al agua potable²⁴. Pero el Estado debe hacer efectivo este derecho para todos en plazos razonables, así como ir hacia un progresivo mejoramiento en su disfrute por todas las personas.

18 STC 2945-2003-AA/TC, fundamentos 32 y 33.

19 «Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente».

20 STC 2945-2003-AA/TC, fundamento n. 36.

21 Cfr., ibidem, fundamento n. 49.

22 C. LANDA ARROYO, *Constitución y Fuentes del Derecho*, Lima 2006, p. 45.

23 Ibidem, p. 46.

24 Cfr. PROGRAMA DE ONU-AGUA PARA LA PROMOCIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL MARCO DEL DECENIO Y CONSEJO DE COLABORACIÓN PARA EL ABASTECIMIENTO DE AGUA Y SANEAMIENTO, *El derecho humano al agua y al saneamiento. Nota para los medios*.

4. Contenido mínimo del derecho fundamental al agua potable

El TC considera que, a fin de tutelar el derecho fundamental al agua potable, el Estado debe, como mínimo, garantizar a toda persona: el acceso, la calidad y la suficiencia del agua. Para el TC, «sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario»²⁵.

A nuestro juicio, bien podemos entender que las obligaciones del Estado de garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del agua forman parte del contenido esencial del derecho al agua potable, por lo que el legislador en ningún caso podrá desconocer dichas responsabilidades estatales; de lo contrario, el derecho terminaría desnaturalizado, como afirma el TC²⁶. Se trata, pues, de que respetar obligatoriamente este núcleo mínimo, a partir del cual el legislador pueda operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio del derecho²⁷.

a. El acceso

Desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del agua a favor de sus destinatarios, con las siguientes consideraciones:

- a) debe existir agua, servicios e instalaciones físicamente cercanos al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.;
- b) el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación;

25 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 21.

26 La garantía del contenido esencial es un límite de límites a la ley reguladora de un derecho fundamental. Como escribe Parejo Alfonso, es «límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos» (L. PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en «Revista Española de Derecho Constitucional» 3, 1981, p. 182). Su función es «proporcionar un parámetro conforme al cual apreciar si el legislador que restringe el contenido constitucionalmente protegido *prima facie* de un derecho fundamental para preservar otros derechos o bienes constitucionales comprime, o no, tan acusadamente dicho contenido que, en la práctica, equivale a su total desvirtuación» (M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid 1996, p. 146).

27 Cfr. J. GARCÍA MORILLO, *Las garantías de los derechos fundamentales (I). Las garantías genéricas. La suspensión de los derechos fundamentales*, en L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPs Y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, Valencia 2000, I, p. 444.

- c) acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción, cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento; desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población;
- d) debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural»²⁸.

Muy importante resulta la distinción que, al respecto, hace el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre accesibilidad física y accesibilidad económica. Conforme a la primera, «el agua suficiente, salubre y aceptable debe ser accesible dentro de, o en la inmediata vecindad de cada casa, institución educativa y lugar de trabajo»²⁹. Por su parte, la accesibilidad económica consiste en que el agua y las instalaciones y servicios hídricos deben estar al alcance económico de todos, y que los costos y gravámenes directos asociados con la seguridad hídrica deben tener un costo razonable³⁰.

Es importante mencionar que la accesibilidad económica, también llamada asequibilidad, no determina un derecho al agua gratis para todos, sino que todas las personas contribuyan financieramente o de otra manera a este servicio, pero a costos razonables, tratándose de un servicio que compromete a un derecho fundamental³¹.

b. La calidad

Para el TC, «la calidad (...) ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que el mismo ha de ser suministrado. Inaceptable, por tanto, resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o, incluso, mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural»³².

A este propósito, el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que «el agua requerida para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, por lo tanto debe estar libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza a la salud de la persona. Además, el agua debe tener un color, olor y gusto aceptables para cada uso personal o doméstico»³³.

28 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento n. 22.

29 COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General n. 15..., cit.

30 *Ibidem*.

31 Cfr. PROGRAMA DE ONU-AGUA PARA LA PROMOCIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL MARCO DEL DECENIO..., cit.

32 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento n. 23.

33 COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General n. 15..., cit.

c. La suficiencia

Según el TC, el agua potable debe ser dispensada «en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como las vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, pues de éstas depende la existencia de cada individuo»³⁴.

Con la suficiencia, denominada también disponibilidad, se trata, entonces, de garantizar a las personas que el agua potable les sea suficiente para su uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades³⁵. Esos usos ordinariamente incluyen: «las bebidas, el saneamiento personal, el lavado de la ropa, la preparación de alimentos, y la higiene personal y familiar»³⁶.

5. Suspensión del servicio de agua potable por deudas

En la STC 6534-2006-PA/TC, el demandante interpuso un proceso de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), solicitando que se le restituya el servicio de agua potable, en protección de sus derechos constitucionales a la vida, a gozar de un medio equilibrado y adecuado, su derecho a la salud, entre otros. Afirmaba no tener deuda por la prestación del servicio de agua potable.

El demandado alegó que el servicio fue cortado conforme a la cláusula novena del denominado Contrato Privado de Servicio de Facturación Individualizada, debido a que más del 25% del total de usuarios del edificio donde habitaba el demandante alcanzó una morosidad mayor a los dos meses.

El TC consideró que el derecho fundamental a la libertad de contrato no puede interpretarse en el sentido que «lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene un contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales»³⁷. Por tal razón, el TC examinó si la mencionada cláusula contractual novena constituía «una “irrazonable auto restricción” de determinados derechos constitucionales»³⁸.

34 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 24.

35 Cfr. A. GARCÍA, *El derecho humano al agua y el derecho a la alimentación*, en: http://www.fundacionhenrydunant.org/documentos/derecho_agua_alimentacion/derecho_agua_alimentacion.pdf. Consulta: 29 de octubre de 2008.

36 COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General n. 15..., cit.

37 STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 6.

38 Ibidem.

Para el TC la referida estipulación incidía irrazonablemente sobre derechos fundamentales como el derecho a la salud, pues constituía una habilitación a la suspensión del servicio de provisión de agua potable, la cual constituye un elemento indispensable para la vida y la salud de las personas³⁹. Por ello, el TC resolvió declarando inaplicable al demandante la citada cláusula novena del Contrato Privado de Servicio de Facturación Individualizada.

De esta forma, el TC proscribe la suspensión del servicio de agua potable por parte del proveedor como medida coercitiva para el pago de deudas. Sustenta este criterio en los siguientes términos:

«La empresa puede invocar a favor suyo el derecho de propiedad en la medida que la suspensión del servicio es medio del que la empresa se sirve para poder recuperar el dinero que le está adeudado. Puede por ello convenirse en que la medida prevista en la cláusula constituye una medida idónea, pero no es indispensable y, por ello, no supera la exigencia del principio de necesidad.

En efecto la empresa puede disponer de medios alternativos que pueden alcanzar el objetivo de recuperar el monto adeudado, pero sin afectar el derecho a la salud y el derecho a la dignidad de la recurrente. Entre tales medios, se halla, por ejemplo, la cobranza a través de vía judicial del monto adeudado, pero con la continuación de la prestación del servicio, pudiendo el usuario pagar por el mismo de manera regular sin que para ello tenga que ser necesario el pago del monto adeudado. De esta forma se posibilita que tanto el derecho a la salud y a la dignidad, como también, el derecho a la propiedad, pueden alcanzar simultáneamente realización. En efecto, el usuario continúa gozando del servicio de agua y, así, goza de sus derechos a la salud y a la dignidad y la empresa prestadora del servicio no ve afectada la recuperación del monto adeudado y, con ello, lesionado su derecho de propiedad»⁴⁰.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en la STC 01985-2011-PA/TC, donde el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que «la existencia de una deuda por parte de los usuarios del servicio de agua no justifica la omisión en la prestación del servicio, pues la cobranza de dichas deudas puede ser solicitada a través de la vía judicial respectiva a efectos del retorno de la inversión que la empresa concesionaria efectúa para hacer efectivo el servicio (Cfr. 06534-2006-PA/TC, fundamento 10 a 14), sin que ello implique restringir o extinguir su prestación» (fundamento 11).

A partir de estos casos, puede advertirse una línea jurisprudencial en el TC según la cual no resultaría constitucional la medida de suspensión del servicio de agua potable

39 Ibidem, fundamento 9.

40 Ibidem, fundamentos 13 y 14.

por deudas al proveedor del servicio, aun amparada en un contrato, pues frente al incumplimiento de pago cabe que éste recurra a la vía judicial. Con ello, el TC buscaría privilegiar el mantenimiento del servicio de agua potable por su incidencia en derechos fundamentales como la vida y la protección de la salud, frente al interés patrimonial del proveedor del servicio que puede verse tutelado a través del proceso judicial.

Similar criterio encontramos en la Corte Constitucional de Colombia, aunque adoptado en función a las circunstancias particulares de la demandante. En el caso, la demandante solicitaba que por vía de tutela se ordene la reconexión de los servicios públicos domiciliarios de agua y luz, los cuales le fueron suspendidos por las Empresas Públicas de Medellín por incumplimiento de pago. Alegaba que debía practicársele una diálisis peritoneal en su domicilio (dada la frecuencia del tratamiento: cada seis horas, con una duración de 30 minutos), el cual exigía un exhaustivo aseso personal y una buena iluminación. Al respecto, señaló la Corte:

«la situación de salud de la peticionaria, la ubica como sujeto de especial protección para el Estado por sus condiciones de debilidad manifiesta, por cuanto no está en condiciones normales para desempeñar una actividad laboral, pues el sólo cuidado de su enfermedad le demanda gran parte del día y de acuerdo con su propia versión, la cual no fue desvirtuada por la entidad demandada, carece de los medios y posibilidades económicas necesarios para sufragar la deuda contraída con las Empresas Públicas de Medellín y obtener la reconexión de los servicios de agua y luz que le son vitales en su tratamiento»⁴¹.

En atención a ello, la Corte consideró que al no recibir la peticionaria la prestación de los referidos servicios públicos, se afecta ostensiblemente su vida en las más elementales condiciones de dignidad, por lo que no es posible suspenderle tales servicios debido a la mora en el pago de la contraprestación económica, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar en favor de la demandada Empresas Públicas de Medellín⁴².

41 Sentencia T-270 de 2007, fundamento 6, párr. 6.1.

42 Ibidem, párr. 6.2.

6. Reflexiones finales

Los derechos humanos constituyen exigencias de la dignidad de la persona, mínimos de justicia indispensables para su desarrollo y la consecución de sus fines. El respeto de esa dignidad exige el derecho de tener acceso al agua potable, en condición suficiente, salubre y asequible, para el uso personal y doméstico.

Desde esta perspectiva, el TC ha reconocido el derecho al agua potable como un derecho fundamental, contenido implícitamente en el artículo 3º de la Constitución, llamada cláusula de los derechos no enumerados.

Consideramos que su reconocimiento antes que vía la cláusula de los derechos no enumerados, pudo haberse hecho a partir de los tratados internacionales de derechos humanos, empezando del artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que podrían haber objeciones respecto a su configuración como derecho autónomo, puesto que bien podría argumentarse que su estrecha vinculación con el derecho a la vida y a la protección de la salud hacen posible que los aspectos entendidos como su contenido mínimo sean también tutelables como parte de los derechos mencionados.

Debe destacarse que el TC muestra una línea jurisprudencial tuitiva ante deudas por el suministro de agua potable, rechazando la suspensión del servicio por parte del proveedor como mecanismo de coerción al pago, y advirtiendo que la vía correspondiente para las medidas de cobranza es la judicial. Con ello, se estaría privilegiando la continuación en la prestación del servicio de agua potable, por su clara incidencia en derechos fundamentales, sobre el interés patrimonial del proveedor, pero sin descuidarse este último, que puede encontrar tutela en la vía judicial.

El derecho al agua potable impone al Estado la obligación de garantizar, como mínimo, las condiciones de acceso, calidad y suficiencia del agua, lo cual, en nuestra opinión, forma parte del contenido esencial del derecho al agua potable, que el legislador en ningún caso podrá desconocer sin desnaturalizar tal derecho. Por tanto, toda regulación legal que involucre el derecho al agua potable deberá cuidar que estén debidamente garantizadas esas tres exigencias mínimas.

LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Iván Escobar Fornos

Doctor en Derecho. Jurista, escritor, catedrático y
magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El cambio y los derechos humanos. 3. Expansión de los derechos humanos. 4. Supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 5. Límites a la soberanía por los derechos humanos. 6. Supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre la supremacía de la Constitución nacional. 7. Aplicación directa de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos. 8. La Convención Interamericana y los límites al poder constituyente. 9. Fuerte limitación de los fundamentales principios del derecho constitucional y del derecho administrativo. 10. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con la Convención Americana y su Protocolo adicional del 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador). 11. La interpretación de los tratados de derechos humanos y de la legislación interna a la luz de ellos y la jurisprudencia internacional. 12. El non bis in idem y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 13. La Corte Interamericana, las leyes de autoamnistía y la prescripción penal.

1. Introducción

La sola aceptación de los derechos humanos, su protección a nivel universal, regional y nacional, su incorporación en la generalidad de las constituciones en la parte orgánica o en leyes ordinarias, es una revolución. Además, esta revolución ha modificado y condicionado todo el Derecho. Esta lucha por la libertad y los derechos es milenaria y su conquista cuesta sangre y sacrificio, y su conservación es el pan nuestro de cada día.

Son muchos los ejemplos de los sacrificios que la humanidad ha tenido que realizar para lograr la libertad y dignidad, entre otros: la lucha contra la esclavitud encabezada por Espartaco, contra el origen divino del poder que culminó en la separación de la Iglesia del Estado, contra el comunismo, el fascismo y nazismo, contra las dictaduras latinoamericanas, contra el populismo, contra la esclavitud moderna, contra las drogas, contra las clases sociales que pretenden controlar el poder político, económico y mediático.

No sería aventurado decir que alrededor de los derechos humanos se ha construido el andamiaje de la democracia clásica y contemporánea. Son los presupuestos de fondo y de forma para la formación del contrato social y político, y los medios de defensa contra el poder del Estado y el poder dominante de los particulares mediante la aplicación entre ellos de los derechos humanos, concediéndose el amparo, ya se acepta en algunos países.

Primeramente, con la modernidad, aparecen la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1787 y la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que recogen los derechos políticos y civiles (derechos individuales) de raigambre liberal.

Posteriormente, surgen los derechos sociales en las Constituciones de México de 1917, la rusa de 1918 y la alemana de 1919 (Constitución de la República de Weimar), que recogen las grandes luchas del proletariado. Los derechos individuales de las primeras declaraciones sufren graves deterioros en las democracias liberales por la desigualdad económica de la mayoría de la población y la explotación sin reparos a la clase trabajadora, en el comunismo por la férrea y falsa dictadura del proletariado, que no era más que la dictadura de una clase privilegiada organizada en el partido comunista, único en el país, que terminó con dichos derechos. Los derechos sociales principian a recibir protección, aunque sea formalmente, en las citadas constituciones de México y Alemania, y en forma efectiva en Rusia, pero a cambio de la destrucción de la libertad y de la democracia.

La gran depresión de los Estados Unidos de 1929, la grave crisis en Alemania que provocó la miseria y la humillación del Tratado de Versalles tras la rendición al final de la Primera Guerra Mundial, fue aprovechada por el nacionalsocialismo, encabezada por Hitler, para asaltar el poder, terminar con la democracia y los derechos humanos. El nazismo no solo penetró en Europa, sino también en América Latina, principalmente en Brasil, Argentina, Chile y México. Nicaragua no escapa a esa doctrina, lo mismo Paraguay, Bolivia y otros países. Fue una penetración bien organizada para facilitar la imposición nazi en su oportunidad.

Hitler inicia la conquista de Europa y provoca la Segunda Guerra Mundial, en la que resulta derrotado, junto a sus aliados, la Italia fascista de Mussolini y el Imperio

japonés. El fascismo español de Franco se declara neutral, por lo que subsistió, y después de un buen tiempo desapareció.

Después de la guerra, en el mundo aparecen dos bloques políticos preponderantes, el comunismo y la democracia liberal, el primero encabezado por Rusia y el segundo por los Estados Unidos. Principia la guerra fría, sangrienta en algunos países, ahora desaparecida.

La horrenda experiencia del nazismo y del comunismo, alarmaron a los líderes de la libertad y el progreso social. La comunidad internacional comprendió que era preciso defender la democracia y elevar a su más alta rango y valor a los derechos humanos.

2. El cambio y los derechos humanos

El desarrollo y la protección de los derechos humanos introducen cambios fundamentales en el Derecho interno e internacional, que trataremos de explicar someramente, primero con relación a su penetración profunda en todo el Derecho, y luego con relación a la creación o modificación de algunas reglas, principios e instituciones internas, sustantivas y adjetivas, que hace pocas décadas no las podríamos imaginar, influenciadas por los tratados, el *ius cogens*, la Carta de la OEA, las Convenciones, los Reglamentos y la jurisprudencia internacional y nacional.

3. Expansión de los derechos humanos

En el ámbito nacional, las constituciones de los Estados democráticos y la legislación ordinaria que los desarrollan regulan con amplitud los derechos humanos, además se establecen salas y tribunales que los protegen, de acuerdo a los conocidos sistemas difuso, concentrado y mixto.

En América Latina la constitucionalización de los derechos humanos y su protección se han generalizado. Se protegen a través de la justicia constitucional atribuida a salas o tribunales constitucionales o a la Corte Suprema de Justicia.

Tienen Tribunales Constitucionales: Bolivia,¹ Chile,² Colombia,³ Ecuador,⁴ Dominicana,⁵ Perú,⁶ y Guatemala⁷.

1 Tribunal Constitucional. (Art. 179, 196 y sgts.).

2 Tribunal Constitucional (Art. 92 y sgts.).

3 Corte Constitucional (Art. 239 y sgts.).

4 Corte Constitucional (Art. 429 y sgts.).

5 Tribunal Constitucional (Art. 182, 184 y sgts.).

6 Tribunal Constitucional (Art. 200 y sgts.).

7 Corte Constitucional (Art. 268 y sgts.).

Siguen el sistema de Sala Constitucional: Paraguay,⁸ Honduras,⁹ Venezuela,¹⁰ Costa Rica,¹¹ El Salvador¹² y Nicaragua¹³.

Los derechos humanos permean todo el Derecho: el constitucional, el penal, el penal militar, el civil, el comercial, el administrativo, el procesal, el laboral, el de familia, el Derecho disciplinario, etc. Todos ellos deben recibirlo y desarrollarlo.

Amparados en ellos surge el Derecho Procesal Constitucional (nacional y trasnacional). Además ya se habla de una rama del Derecho con autonomía: la ciencia de los Derechos Humanos.

A manera de ensayo aproximado podemos decir que esta integrada por los derechos consagrados en la constitución, sus principios, las normas ordinarias que lo desarrollan, la jurisprudencia nacional, la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos, las opiniones, recomendaciones y conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado, en nuestro caso los incorporados a nuestra Constitución por el art. 46.

En el ámbito internacional los derechos humanos se han universalizado. La asignatura pendiente para el Derecho nacional e internacional es el cumplimiento de ellos, lo que actualmente deja mucho que desear.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es fuente de nuestro Derecho Constitucional, el que penetra, entre otras disposiciones, por los arts. 5 párrafo 6 y 46 de nuestra Constitución.

Existe protecciones a nivel mundial en las Naciones Unidas y regional en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre

8 Art. 260.

9 Art. 316.

10 Art. 262.

11 Art. 10.

12 Art. 174.

13 En la reforma constitucional de 1995 del art. 163 se organizó la Corte Suprema de Justicia en cuatro Salas: la Constitucional, la Civil, la Penal y la Contencioso Administrativo y la Ley Orgánica del Poder Judicial se encargaba de concretar la distribución de competencias. Pero en la reforma constitucional del 2000 solamente se dijo que se integraba en Salas y que la Corte Plena conocería del recurso de inconstitucionalidad de la ley y de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado de acuerdo con la ley de la materia, que fundamentalmente debe ser la Ley de Amparo (ley constitucional de difícil reforma), la cual se promulgó cuando la Constitución no organizaba la Corte en Salas, por lo que no expresó que el amparo le correspondía a la Sala Constitucional y el recuso de inconstitucionalidad a la Corte Plena, lo que es suplido por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de Derechos del Pueblo.

El número de los derechos humanos se aumenta, ya tenemos tres generaciones incorporadas en nuestra Constitución. Algunas constituciones establecen una lista abierta de los derechos humanos (*numerus apertus*) y todos los que se deriven del sistema democrático o que sean inherentes a la persona. Además, de un derecho o libertad pueden derivarse otros derechos y libertades.

Por otra parte, los derechos sociales y culturales han adquirido un gran auge, principalmente en el Derecho Internacional. Las modernas constituciones desarrolladas, como la nuestra, los contemplan.

La exigibilidad jurisdiccional de estos es difícil porque, entre otras razones, carecen de regulación procesal, diseñada para los derechos individuales; los tribunales no tienen los conocimientos técnicos para apreciar su procedencia; y su concesión implica erogaciones económicas que el Estado no tiene previstas o no están a su alcance, o bien pueden producir graves trastornos al Estado o a la empresa privada¹⁴.

Esa gran expansión de los derechos humanos, la jurisprudencia nacional e internacional que los acompañan, la constitucionalización de los tratados, las declaraciones y convenios de los derechos humanos y la adaptación de la legislación interna a ellos, la influencia del derecho internacional en esta materia, entre otros factores, han provocado en el sistema legal de los países un cambio fundamental o, si se quiere, una revolución.

A los tratados internacionales sobre derechos humanos se les ha dado en el Derecho Comparado diferentes valores.

Algunas constituciones le conceden un rango supraconstitucional, o sea superior al derecho interno, lo cual podría, con una interpretación amplia, sostenerse que incluso tienen un rango superior al resto de la constitución. Ejemplos: La Constitución de Guatemala expresa que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno¹⁵; la Constitución de Colombia dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno¹⁶; la Constitución de Venezuela

14 Cfr. Rodrigo Uprimeny. "Jueces constitucionales y economía: Notas sobre el debate en torno a los costos económicos y legitimidad de la justicia constitucional". Jurisdicción Constitucional del Siglo XXI. Seminario. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. 22-27 Septiembre de 2011.

15 Art. 46 de la Constitución.

16 Art. 93 de la Constitución.

establece que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno¹⁷; la Constitución de Bolivia establece que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiesen adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre esta¹⁸; la Constitución del Ecuador dispone que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozca derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público¹⁹.

En otras constituciones, se enumeran declaraciones, pactos y tratados sobre derechos humanos y se les otorga rango constitucional, en virtud de lo cual prevalecen sobre la legislación interna ordinaria, como las de Argentina²⁰, Nicaragua²¹ y Dominicana²².

El art. 4 de nuestra Constitución incorpora a la legislación nacional con rango constitucional los tratados y declaraciones de derechos humanos siguiente: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. A estos se agrega, por el art. 71.2 de la Constitución, el Convenio Internacional de los Derechos del Niño y “la Niña”, lo de la Niña fue agregado del citado artículo.

Esta incorporación no es al texto de la Constitución, siguiendo la opinión de Bidart Campos, sino al Derecho interno por las razones siguientes: para denunciar el tratado tendría que reformarse previamente la Constitución suprimiendo tal tratado, lo cual no cuadra con el Derecho internacional; si se acepta la denuncia sin reforma previa a la Constitución, lo cual creo que puede hacerse, quedaría la duda de su constitucionalidad; y si desaparece la jurisdicción internacional relativa al tratado, no desaparece los derechos humanos incorporado a él, los cuales continuarán vigentes con rango constitucional como derechos implícitos de acuerdo con el art. 46 que dice: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, el irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos(...)”²³; este mismo criterio

17 Art. 123 de la Constitución.

18 Art. 256.1 de la Constitución (2009).

19 Art. 424 de la Constitución (2008).

20 Art. 75, 22 de la Constitución.

21 Art. 46 y sigts. de la Constitución.

22 Art. 74.3 de la Constitución (2010).

23 Cfr. German J. Bidart Campos. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. T.VI. La Reforma Constitucional 1994. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1997, Págs. 555 y 556.

debe aplicarse al supuesto de la denuncia del tratado y, como consecuencia, seguirán con rango constitucional los derechos humanos incorporados con él.

La vigencia implícita de los derechos humanos en los casos expuesto anteriormente es respaldada por el principio de protección de los derechos humanos, el principio pro homine, el principio de los derechos adquiridos, la irreversibilidad de los derechos humanos que no pueden desmejorarse, derogarse, declararlos inexistentes, una vez que entran en vigencia en su oportunidad, pues pensar de otra manera sería desconocer el art. 46 de la Constitución que obliga al Estado a reconocer, proteger, respetar plenamente y promocionar los derechos humanos.

No es pacífica la tesis de la incorporación al Derecho interno y no al texto constitucional, en la que los tratados de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y aparecen en la cúspide de la pirámide con igualdad rango que la constitución.

La otra tesis sostiene que tales tratados forman parte de la Constitución y que no es necesario decirlo expresamente, basta expresar que los acoge o incorpora en el texto. No se pueden repetir sus textos en la Constitución porque no lo permite la técnica legislativa. Por otra parte, esta tesis es la que mejor explica la superioridad jerárquica de los tratados de derechos humanos sobre la legislación constitucional e infraconstitucional, el control de constitucionalidad a nivel nacional e internacional, la subsistencia de los derechos humanos después de la denuncia del tratado o extinguida la jurisdicción internacional y otros efectos y principios²⁴.

Otras constituciones, que son la mayoría, reconocen la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero no con rango constitucional, pero si con prelación sobre las leyes ordinarias. Algunos ejemplos: La Constitución de El Salvador establece que la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente²⁵; la Constitución de Paraguay dispone que la Constitución, convenios y acuerdos internacionales en general prevalecen sobre la ley ordinaria²⁶; la Constitución de Costa Rica establece que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea tienen autoridad superior a la ley²⁷; la Constitución de Bolivia dispone que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declarasen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicaron de manera preferente sobre ésta²⁸.

24 Cfr. Iván Escobar Fornos. "Derecho Procesal Constitucional Nacional y Transnacional". *Estudios Jurídicos*. Editorial Hispamer. Managua. Nicaragua. 2007. T. I, Pág. 523 y sgts.

25 Art. 144 de la Constitución.

26 Art. 137 de la Constitución.

27 Art. 7 de la Constitución.

28 Art. 256.1 de la Constitución.

También ciertas constituciones establecen normas de interpretación de los derechos y libertades de acuerdo con los tratados, convenios y declaraciones de derechos humanos. Ejemplo: La Constitución del Perú dispone que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú²⁹; la Constitución de Colombia dispone que los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; la de España establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España³⁰; la Constitución de Bolivia establece que los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos provean normas más favorables³¹.

4. Supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra derechos y libertades a favor de las personas y obligaciones a cargo del Estado con la finalidad de que sean incorporados y respetados en el ámbito nacional y si esta obligación no se cumple se permite recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el art. 1 de la Convención se establece la obligación de los Estados partes a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, o cualquier otra condición social.

En este artículo se garantiza fundamentalmente una obligación de no hacer, aunque pueden surgir de hacer.

En el art. 2 se establece el deber de los Estados, cuando no estuvieren garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter los derechos y libertades de la convención, de adoptar con arreglo de sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones

29 Art.93 de la Constitución.

30 Art. 10.2 de la Constitución.

31 Art. 256.2 de la Constitución.

de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos. En este artículo se garantiza fundamentalmente obligaciones de hacer, aunque pueden combinarse con las de no hacer.

Estos dos artículos desarrollan el control de convencionalidad, el más importante y eficiente instrumento jurídico de los tratados internacionales para lograr su cumplimiento. En virtud de este instrumento los Estados deben garantizar y respetar los derechos consagrados en la Convención y adaptar el Derecho interno a lo estipulado en ella. Esto trae importante modificación en el Derecho interno de los Estados.

En el siglo XX y comienzos del XXI surgen dos institutos de vital importancia para la protección de los derechos humanos: la justicia constitucional que cubre el cumplimiento de toda la Constitución y es un elemento fundamental del Estado constitucional de Derecho; y el control de convencionalidad, ambos complementarios y tan indispensables como la división de poderes.

El juez nacional ejerce ambos controles. En el de constitucionalidad realiza una confrontación de la norma interna y la constitución; en el de convencionalidad la confrontación es de la norma interna con la Convención Interamericana. Cuando el juez nacional, al ejercer el control de constitucionalidad, encuentra coincidencia entre el convenio, la norma ordinaria interna y la constitución puede fundar su sentencia en ambos instrumentos para rechazar o declarar la inconstitucionalidad. Si observa que no existe conformidad entre la norma interna y la Convención Interamericana, realiza el control de convencionalidad. Si se observa bien, para ejercer el primer control, o sea, el de constitucionalidad, el juez debe hacer un ejercicio mental entorno a que no es el caso de ejercer el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad puede ser a nivel internacional o nacional.

Es a nivel internacional cuando se expide por el Estado una Constitución, reforma a la misma, leyes ordinarias, sentencias, actos administrativos, prácticas administrativas y judiciales, en contradicción del arts. 1 y 2 de la Convención violando los derechos humanos reconocidos en ella. También procede por omisión al no dictar la ley o acto que falta para ajustarse a la Convención (en caso concreto). Este es un control concentrado y concreto realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no existe control abstracto y popular. Para tal efecto se realiza una confrontación entre la norma jurídica interna y el Convenio.

En el control nacional el juez desaplica el acto o norma interna por considerar que la constitución, su reforma, las leyes, sentencias, actos administrativos, están en contradicción con los derechos humanos consagrados en el Convenio, mediante una confrontación en un caso concreto, dictando la sentencia que protege los derechos

individuales. Este control se puede hacer de oficio, según sentencia de la Corte Interamericana del 24 de noviembre de 2006, caso *Gómez Palomino vs. Perú*.

En esta misma fecha, la Corte Interamericana sienta igual opinión en el caso de los *Trabajadores Cesado vs. Perú*.

La misma Corte por sentencia del 29 de noviembre de 2006, con base en el control de convencionalidad, ab initio declara sin valor las leyes de autoamnistía y declaró que la inconstitucionalidad la resuelve el juez interno, de acuerdo a la Constitución nacional y su jurisprudencia.

Pero después de la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, declaró que todo juez nacional es competente para aplicar el control de convencionalidad. Es un control difuso y en caso concreto.

En nuestro sistema de justicia constitucional, el juez de la justicia ordinaria, cualquiera sea su jerarquía, también declara inaplicable el acto o la ley inconstitucional.

Con posterioridad, la Corte Interamericana ratifica el control de convencionalidad, entre otras sentencias:

En el caso *Boyce vs. Barbados*, por la aplicación de la Ley de Delitos contra las personas que establece la pena de muerte por el homicidio.

En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, declaró en sentencia del 12 de 2008, que cada juzgador interno debe velar para darle valor interno útil, que es la constitución internacional pública que da sustento a todo el andamiaje del control de convencionalidad.

En el caso *Gómez Luna y otros vs. Brasil*, en sentencia del 24 de noviembre de 2010, declaró que: en numerosas ocasiones ha sostenido que para esclarecer si el Estado violó o no sus obligaciones en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, se puede examinar los procesos internos para establecer la compatibilidad con la Convención, lo que incluye las decisiones de tribunales superiores, pero que en el caso no está llamado a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Convención Americana, pues entrar al Derecho interno no le compete, pero sí realizar un control de convencionalidad, es decir, al análisis de la alegada incompatibilidad de la Ley de Amnistía con las obligaciones internacionales del Brasil contenidas en la Convención Americana; este Tribunal es consciente, como lo ha expresado en su jurisprudencia, que los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, obligados a la aplicación de las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando el Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, están sometidos a él, lo cual le obliga a velar para que los efectos

de sus disposiciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto o fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos; en tal sentido, el Poder Judicial, esta internacionalmente obligado a ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, en esta tarea, el Poder Judicial no solo debe tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete último de la Convención Americana.

Como consecuencia de este control local de convencionalidad de la interpretación, si una interpretación de la Corte no coincide con lo establecido en la Constitución o ley del país, el juez nacional esta obligado a inaplicarlas.

Para Peter Häberle, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido como Tribunal de Estrasburgo, por ser ésta su sede, y el Tribunal de las Comunidades Europeas o Tribunal de Luxemburgo, por ser ésta su sede, deciden cuestiones jurídicas no según la medida de la Constitución Nacional, pero hoy existe un paralelo entre ellas y el Tribunal Constitucional Alemán con sede en Karlsruhe.

Los Tribunales de Estrasburgo y el de Luxemburgo se encuentran con los tribunales constitucionales nacionales en un vivo intercambio jurisprudencial; y la jurisprudencia europea sobre derechos humanos vive de forma especialmente intensa de materiales procedentes de Karlsruhe. Concluye expresando que lo dicho también rige para los tribunales de ultramar que, con la Corte Interamericana, aseguran los derechos humanos en el marco de una comunidad de responsabilidad regional o de derechos humanos³².

El control de convencionalidad se extiende a las normas del convenio, a la interpretación de tales normas que realiza la Corte Interamericana en las opiniones consultivas y sentencias de casos controvertidos, todo de oficio, lo que representa una mutación por adición, no contemplado en la Convención, por lo que es una creación pretoriana.

Se extiende también al Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belem do Pará para la erradicación de la violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desapariciones Forzadas, etc. y todos los instrumentos internacionales del art. 46 de nuestra Constitución.

32 "El Tribunal Constitucional Federal como modelo Federal de una Jurisdicción Constitucional Autónoma". *Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional de Konrad Hesse y Peter Häberle*. Editorial Porrúa y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2005, Pág. 157 y sigts.

Es un tema objeto de debate. El criterio amplio es sostenido por magistrado Sergio García Ramírez en el caso de los Trabajadores Cesados vs. Perú, donde sostiene que el control de convencionalidad se extiende también a instrumentos como el Protocolo de San Salvador, la Convención de Belem do Pará para la erradicación de la violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas de personas y otras, con el objeto de lograr la conformidad entre los actos internos de un Estado y los compromisos internacionales que contrajo. Juan Carlos Hitter también sostiene el criterio amplio³³.

Por el contrario Néstor Pedro Sagües, sostiene que la Corte Interamericana se refiere en términos generales a un tratado como la Convención Americana doctrina que se aplica a cualquier tratado y el Pacto San José sería solamente un ejemplo, pero descubre una duda y espera que el punto sea aclarado³⁴.

El futuro del control de convencionalidad depende de la prudencia, autocontrol y capacidad de la Corte Interamericana y los jueces nacionales, por una parte, y la aceptación y tolerancia de los gobiernos locales, dispuesto a cumplir con sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, por otra parte.

5. Límites a la soberanía por los derechos humanos

La concepción de la soberanía interna y externa como poder superior del Estado sobre cualquier poder interno y externo, tiene su origen en el nacimiento del Estado nacional de la Europa moderna (Siglo XVI).

La soberanía interna absoluta se ve limitada con el advenimiento del Estado de Derecho, en el cual el Estado se divide en tres poderes que se vigilan mutuamente y se consagran los derechos humanos y su defensa.

En el plano internacional la soberanía externa va acompañada del derecho a la guerra y a la no intervención en los asuntos internos del Estado. Las normas internacionales solo vinculan a los Estados y no obligan y benefician a los particulares, a menos que sean aceptadas por los Estados. Esta concepción obedece a la teoría dualista del Derecho Internacional. El dualismo parte de la concepción de que el Derecho interno nacional y el internacional regulan materias diferentes y obedecen a jurisdicciones diferentes. El Derecho internacional se refiere a las relaciones entre los Estados soberanos y el Derecho nacional a las relaciones entre las personas y de estos con el Estado.

33 “Legitimación Democrática del Poder Judicial y Control de Convencionalidad”. XXV Congreso de Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral, del 8 al 10 de junio de 2011. Argentina.

34 “Control de Convencionalidad en particular sobre constituciones nacionales”. La Ley No. 35 . 19 de febrero de 2009.

Frente a la teoría dualista surge la teoría monista sostenida por Kelsen, en virtud de la cual el Derecho Internacional tiene supremacía sobre el nacional, el cual va conquistando espacios en el Derecho Internacional, principalmente en Derecho Internacional de los derechos humanos. Parte de la idea de la unidad de orden jurídico entre el Derecho interno y el internacional y, por tal razón, la unidad en el sistema de fuentes, penetrando el Derecho internacional directamente en el interno.

En el monismo existen dos modalidades, el monismo con primacía del derecho nacional y el monismo con primacía del derecho internacional. Este tiene dos vertientes, el monismo radical con primacía del Derecho internacional y el monismo moderado con primacía del Derecho internacional, que es la prevaleciente en el pensamiento de Kelsen³⁵.

Esta soberanía externa se ve limitada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, al surgir el derecho a la paz, que sustituye el derecho a la guerra, se aceptan universalmente los derechos humanos y surgen organismos supra estatales que los defienden, como los consagrados en la Convención Europea de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya resoluciones obligan a los Estados.

6. Supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre la supremacía de la Constitución nacional

Antes de todo es conveniente señalar el paso del Estado legislador ordinario al Estado constitucional. En el primero el poder legislativo tenía supremacía legislativa en virtud de lo cual la ley era la expresión de la voluntad popular, sin que los jueces la pudieran modificar, desaplicar o declararla inválida al no estar subordinada a la Constitución, lo que se expresaba en el aforismo latino *dura lex sed lex*.

El Estado contemporáneo adopta la Constitución como norma fundamental y superior del sistema jurídico, subordinado todo acto o ley a su dictados, los que pueden ser declarados inconstitucionales.

Cuando los Estados ratifican convenios o tratados sobre derechos humanos y se obligan a garantizarlos, respetarlos y adaptar su legislación interna a los derechos consagrados en el convenio o tratado, el principio de la supremacía de la Constitución se debilita ante el tratado o convenio.

35 Cfr. Claudia Arlett Espino. "El Estado Constitucional y su Soberanía en el mundo Globalizado". *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ob. cit., Pág. 713 y sigts. Pablo L. Manili. "La Soberanía, Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ob. cit., Pág. 763 y sigts.

Este tratado se rige por los principios *pacta sunt servanda* que obliga a cumplir lo establecido y de buena fe. Principios reconocidos en el art. 26 de la Convención de Viena sobre los tratados y reconocidos por la Carta de la ONU³⁶ y de la OEA³⁷.

El Estado que ratifica por su voluntad soberana se compromete a cumplirlo y, como consecuencia, a realizar las reformas necesarias para ajustar el sistema jurídico al tratado, como también a legislar posteriormente de acuerdo al mismo.

Cuando el Estado parte tiene que adaptar el ordenamiento nacional al Convenio, no puede sustituir a la autoridad nacional derogando, desaplicando o invalidando la normativa interna, sino disponer su adecuación al Convenio, aunque la Corte Interamericana ya ha declarado sin efecto las leyes de autoamnistía dictadas para burlar la violación de los derechos humanos como en el caso Barrios Altos (sentencia del 14 de marzo de 2010). En esa adecuación la Corte puede encontrar en la Constitución nacional una violación a los derechos y libertades del Convenio y así lo debe expresar. En este supuesto la Corte puede ordenar que desaparezca la violación mediante la derogación de la disposición constitucional o invalidación de tales leyes.

En el caso de la prohibición de la exhibición en Chile de la película “La última tentación de Cristo”, la Corte Interamericana, en sentencia del 5 de febrero de 2001, encontró que la Constitución de Chile establecía la censura previa y que la Corte Suprema de Justicia había confirmado la negativa para su exhibición (cosa juzgada) violando en esta forma la libertad de expresión consagrada en el Convenio. La Corte Interamericana fallo en contra de Chile. Para cumplir con la sentencia en su contra, Chile tuvo que derogar la disposición pertinente de la Constitución que impedía la exhibición.

El juez nacional inaplica la ley o acto contrario a la Convención. Este efecto del control de convencionalidad se ajusta a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Ya sea en la justicia ordinaria o a través del amparo, la sentencia declara la inaplicabilidad de la ley contraria a la Convención y tiene efectos solo entre las partes (inter partes) a menos que el expediente se eleve a la Corte Plena en cuyo caso la ley o acto se declara nulo con efectos generales y retroactivos. Si se recurre por inconstitucionalidad contra la ley directamente ante el Pleno de la Corte Suprema, se puede declarar la nulidad de dicha ley con efectos generales y retroactivos.

La Corte en opinión consultiva³⁸ al determinar el alcance del término “leyes” expreso que significa norma jurídica de carácter general y la expresión leyes internas se refiere a todo la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales.

36 Art. 2.2 y preámbulo.

37 Art. 3 ordinal b.

38 OC - 6.

Esta superioridad del Convenio obliga al Estado nacional, si prospera la acción ante la Corte Interamericana, a revisar la Constitución. Es una reserva de jerarquía que cumplirá el poder constituyente, lo que ha permitido sostener que la superioridad jerárquica de la Constitución es apartada a favor de la superioridad jerárquica del Convenio. La cúspide de la Constitución en la pirámide jurídica es sustituida por la cúspide del Convenio.

7. Aplicación directa de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos

Las normas jurídicas pueden tener aplicación inmediata o en forma diferida, tanto en la legislación nacional como en el Convenio. Para Germán J. Bidart Campos son normas autoaplicativas del Convenio las contenidas en los arts. 3 a 10, 12, 13, 15 al 17 (excepto en los acápites 4 y 5), 20 a 22, 24 y 25. Para Jiménez de Aréchaga son normas self-not excuting los arts. 13.5, 17.4, 17.5, 19, 21.3 y 26.

Las primeras, denominados autoaplicativos self-executing son aquellas que por el hecho de su promulgación conceden derechos o causan perjuicios, sin necesidad de esperar leyes, decretos o reglamentación que las regulen o complementen. Son exigibles y aplicables desde su publicación.

Esta distinción, que según algunos autores, tienen su origen en la doctrina norteamericana, no es ajena a nuestro sistema³⁹. En la Ley de Amparo de 1974 se encontraba legitimado en la causa para interponer el amparo por la inconstitucionalidad de la ley, tratado o decreto al ser aplicado al caso concreto, cualquier persona en perjuicio de sus derechos “o cuando cause el perjuicio por el solo hecho de su promulgación”.

Las leyes de amparo de 1911, 1939 y 1950, exigían la aplicación de la ley para legitimar al quejoso en el amparo, lo cual estaba confirmado por la jurisprudencia⁴⁰. Pero dentro de este criterio la Corte Suprema de Justicia aceptó la existencia de dos tipos de leyes para los efectos del amparo, la heteroaplicativas y las autoaplicativas. Las primeras solo causan agravios cuando son aplicadas por la autoridad y el término para recurrir se cuenta a partir de su aplicación; y la segunda, por el contrario, no necesitan ser aplicadas por la autoridad para causar perjuicios y el término para recurrir se cuenta a partir de su vigencia o desde que se aplica a el caso concreto, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Se fundó en la opinión del gran jurista mexicano Ignacio Burgoa, expuesta en su famosa obra “El Juicio de Amparo”⁴¹.

39 Cfr. Iván Escobar Fornos. *El Amparo*. Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia. 1990. Págs. 41-44.

40 S. 10 a.m. del 30 de junio de 1914, B.J., Pág. 459. S. 11:30 a.m. del 13 de octubre de 1927, B.J., pág. 612. S. 11 a.m. del 25 de mayo de 1995, B.J., pág. 12792.

41 S. 10:35 a.m. del 24 de junio de 1967. B.J., pág. 132. S. 10:35 a.m. del 15 de julio de 1968. B.J., pág. 157.

Resulta complicado encontrarle un espacio a esta distinción en la vigente Ley de Amparo de 1988, la que calla sobre ella, no para rechazarla, sino por ignorar que existía. En primer lugar, se facilita impugnar a cualquier ciudadano la inconstitucionalidad de la ley o reglamento que le perjudique directa o indirectamente en sus derechos constitucionales dentro de 60 días a partir de la fecha de entrada en vigencia⁴², lo que facilita la impugnación de la ley autoaplicativa o no; en segundo lugar, transcurridos esos 60 días se permite el amparo para impugnar la ley por ser inconstitucional, pero se exige que “se le haya aplicado” al recurrente⁴³, lo que no permitiría, interpretado aisladamente, el amparo de las leyes autoaplicativas desde su entrada en vigencia.

Negar el amparo de la ley autoaplicativa contando el término desde su entrada en vigencia no es lo correcto por las razones siguientes: es absurdo pensar que si la ley ya se está autoaplicando y perjudicando al recurrente, sea necesario esperar que sea aplicada por la autoridad para recurrir, si se permite recurrir al que se encuentra en peligro inminente de ser perjudicado, con mayor razón debe permitirse a quien ya está perjudicado por una ley autoaplicativa, además así lo recomiendan el principio tuitivo de los derechos humanos, el principio de economía procesal y la rapidez del amparo. Pero los 30 días⁴⁴ para su interposición deben contarse desde la entrada en vigencia de la ley autoaplicativa o desde su aplicación, o sea, en esas dos oportunidades, como eran en la ley de amparo de 1950 y 1974 y sus respectivas jurisprudencias.

Las segundas, denominadas *non self executing*, programáticas, son aquellas que requieren para su exigibilidad de una normativa jurídica que las reglamenten, por lo que no son de aplicación directa y obligatoria por la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana, no hace tal distinción porque está obligada a la aplicación de todas las disposiciones del Convenio que garantizan derechos y libertades, disponer lo necesario para ello y sus decisiones tienen carácter general, efectos *erga omnes* y de aplicación inmediata para el cumplimiento del art. 1.1 y 2 del mismo.

En la jurisdicción nacional, los jueces pueden *ex officio* aplicar directamente las normas de aplicación inmediata. El art. 46 incorpora a su seno (rango constitucional) a la Convención Internacional y a otros tratados y declaraciones sobre derechos humanos y de oficio nuestros jueces y magistrados pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto que se oponga al Convenio. Esto abre, pues, las puertas a la aplicación directa de las disposiciones autoaplicativas del Convenio. Las constituciones que conceden rango supraconstitucional a los tratados, lo mismo las que les conceden rango constitucional, permiten fundar la acción o excepción de inconstitucionalidad en una norma autoaplicativa del Convenio y aunque no se hubiere fundado en ella, se puede aplicar de oficio. Esta forma de aplicar el Convenio es muy común en nuestro medio.

42 Art. 6 y 7 de la Ley de Amparo.

43 Art. 20 de la Ley de Amparo.

44 Art. 23 de la Ley de Amparo.

Si la norma nacional inconstitucional es autoaplicativa para el perjudicado, están abiertas las puertas nacionales e internacionales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana para plantear su caso.

Para determinar los efectos extensión de las resoluciones de la Corte Interamericana es preciso distinguir entre la competencia contenciosa y la consultiva.

a) El proceso internacional de la Convención Interamericana se desarrolla en dos etapas.

Primero se comparece ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y tienen capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación para denunciar la violación cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados de la Organización de Estados Americanos.

Los informes, recomendaciones y resoluciones de la Comisión son obligatorias, aunque esto es motivo de discusión. Las autoridades judiciales nacionales deben cumplirlas porque de otra manera la Convención sería letra muerta, papel mojado, ya que no se cumpliría con el art. 1, en virtud del cual los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su ejercicio. Ejemplo de ese cumplimiento lo ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que en sentencia aceptó lo aclarado por la Comisión.

En lo que existe opinión general es en el gran valor moral y legal que esas declaraciones tienen y se recomiendan que sean acogidas por los tribunales nacionales, con mayor razón cuando son presididas de un proceso intenso de investigación en el que intervienen las partes en conflicto⁴⁵.

En la segunda etapa se comparece ante la Corte Interamericana. En ella interviene como demandante el Estado o la Comisión, la que en la realidad es la única que interviene; y el Estado como demandado.

Puesto en marcha el proceso por la denuncia de la Comisión ante la Corte, tiene que hacer los alegatos y presentar las pruebas correspondientes.

El objeto del proceso internacional es conocer y sentenciar sobre la violación y reparación del daño sufrido, lo mismo que velar por su cumplimiento.

45 Cfr. Iván Escobar Fornos. "Derecho Procesal Constitucional y Transnacional". *Estudios Jurídicos*. Ob. cit. Págs. 543-545. Juan Carlos Hitter "Son vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Control de Constitucionalidad)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. No. 10, julio-diciembre 2008, Pág. 131 y sgts.

En un inicio, a la víctima se le negaba la calidad de parte, no podía litigar, y únicamente podía comparecer separadamente, para reclamar la reparación de los daños⁴⁶. No obstante, en virtud del actual Reglamento de la Corte, en vigor a partir del 1 de Junio del 2009, se dispuso que una vez admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares y representantes podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas, no como coadyuvante de la Comisión, sino como parte autónoma; apertura que se amplía a partir de la reforma del 1 de enero del 2004, incluso cuando se pide la ampliación o revisión de las medidas provisionales.

En el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, en el protocolo adicional, se le autorizo al individuo para demandar y actuar ante la Corte, lo que antes solo podían hacer los Estados y la Comisión.

La relación procesal en este proceso internacional ante la Corte Interamericana está integrada por tres sujetos: el juez, el demandante y el demandado.

El juez (la Corte Interamericana), organismo pluripersonal, es el que dirige el proceso y decide; el demandante es el Estado o la Comisión; la víctima, que abierto el juicio puede comparecer como parte material con legitimación *ad causam*, a diferencia del Estado o Comisión que solo tiene representación procesal (legitimación procesal), formando con la víctima una figura procesal *sui generis*, que no es un *litis consorcio*, aparentemente similar.

El Estado contra el cual se reclama es el demandado y está legitimado en la causa. Cuando es condenado está obligado a cumplir la sentencia, a procesar personalmente a los culpables y a pagar las indemnizaciones, por ser el garante del respeto y ejercicio de los derechos de la Convención Interamericana.

Se dictan tres tipos de sentencias: las que se pronuncian sobre las excepciones preliminares que se refieren a cuestiones procesales promovidas por las partes ante la Corte, sin prejuzgar el fondo que será objeto de sentencia posteriormente de fondo; ésta es la segunda sentencia, en la que se declaran las violaciones de los derechos humanos y se reparan los daños; la tercera es la sentencia en virtud de la cual se aclaran algunos puntos de ella.

Las sentencias de fondo son definitivas y no admiten ningún recurso. Son obligatorias para el Estado condenado⁴⁷ y las debe cumplir de buena fe.

46 Podemos encontrar algunos votos razonados que contribuyeron a esta amplitud de intervención de la víctima. Por ejemplo, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, resuelto por sentencia del 29 de julio de 1988, en el voto razonado del juez Piza Escalante, al exigir que debían de intervenir los denunciantes, la comisión y el condenado sobre la fijación de la cuantía de la reparación por la Corte, argumentó que la víctima era parte material y la Comisión, parte instrumental, o sea, representante o mandatario de la material, el cual es el destinatario de las actuaciones, como sucede, por ejemplo, en la representación de los incapaces.

47 Art. 68.1 de la Convención.

b) Las resoluciones en materia consultiva son aquellas que se dan para interpretar en abstracto la Convención Americana o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos y además, coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales y al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas distintos órganos de la Organización de Estados Americanos. También se puede consultar la compatibilidad de leyes internas con la Convención⁴⁸ y la interpretación de las leyes internas por los Estados miembros.

Las resoluciones consultivas son opiniones que no tienen el mismo efecto vinculante que las directrices en la jurisdicción contenciosa, pero deberían ser obligatorio para el Estado que consultó.

8. La Convención Interamericana y los límites al poder constituyente

Se distingue entre poder constituyente y poderes constituidos. El poder constituyente es el encargado de hacer la constitución o reformarla. Los poderes constituidos son los que el poder constituyente establece en la constitución: el legislativo, el judicial y el ejecutivo.

El poder constituyente que hace la constitución puede ser originario o institucional.

El primero surge cuando se establece por primera vez la constitución o se rompe el orden constitucional anterior; es ilimitado, extrajurídico y reside en el pueblo como máxima expresión de su soberanía.

El segundo es el creado por el poder constituyente original en la propia constitución, con el objeto de la reforma total de la constitución; es un poder que reside en el pueblo, no es extrajurídico, pues es regulado por la constitución y no es ilimitado como el primero, pues debe sujetarse a cierta normatividad constitucional.

Es poder constituyente institucional, creado por el original, el que puede servir para la reforma parcial de la constitución, denominada también poder constituyente derivado. No es extrajurídico, no es ilimitado y en él reside la soberanía.

Se discute cuándo la reforma es total o parcial. Se han dado dos criterios, uno que atiende al número de artículos a reformar, y otro que considera total la reforma si se refiere a decisiones políticas fundamentales, aunque sean pocos los artículos que se reforman. Esta distinción es importante porque la reforma parcial la hace el poder legislativo convertido en constituyente, a través de un procedimiento especial y difícil;

48 Art. 61.2.

en cambio la reforma total la hace el poder constituyente institucional a través de una Asamblea Constituyente especialmente convocada y electa popularmente.

El poder constituyente, de cualquier tipo que sea, tiene límites. Estos son: las costumbres, la cultura y aspiraciones del pueblo, la división de poderes, el pluralismo político y social, el control de constitucionalidad contra los actos del Estado, los tratados internacionales y los derechos humanos.

Los derechos y libertades consagrados en el Convenio Interamericano sobre Derechos Humanos limitan al poder constituyente de los Estados, de tal manera que si la constitución no contempla tales derechos y libertades (caso extremo) o algunos de ellos o ciertas disposiciones los violan, la Corte Interamericana puede ordenar al Estado llenar esos vacíos o reformar parcialmente la Carta Magna. Estos supuestos se extienden también a los tratados, convenios y declaraciones incorporados en nuestra constitución en el art. 46.

Ya vimos como Chile tuvo que reformar la constitución, al encontrar la Corte Interamericana contradicción con el Convenio, en el caso de la prohibición de la película “La última tentación de Cristo”, por existir censura previa que impidió la exhibición.

Por otra parte, en las obligaciones internacionales, el Estado no puede invocar el Derecho interno para no cumplir. En otras palabras, existe una primacía del Derecho Internacional sobre la Constitución, leyes ordinarias y actos administrativos. La Corte Permanente de Justicia Internacional ha expresado: “según los principios generalmente admitidos un Estado no puede, con respecto a otro Estado, valerse de las disposiciones constitucionales de éste, sino únicamente del Derecho Internacional y de las obligaciones internacionales debidamente aceptados y a la inversa, un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del Derecho internacional o tratado vigente (1927, Caso del Tratado de los nacionales polacos); “un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho internacional o los tratados en vigor” (1932, Caso Treatment of Polish Natronals); “un Estado no puede invocar frente a otro su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional” (1932. Caso Danzig); “ el Estado no puede prevalecer de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales” (1930, Caso de Las Zonas Francesas de la Alta Saboya)⁴⁹.

La Convención de Viena se refiere a la primacía de ciertos principios y reglas de Derecho internacional y los efectos que producen en los tratados, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados (ius cogens internacional),

49 Cfr. Ernesto Rey Cantor. *Control de Constitucionalidad y de las leyes y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2008, Págs. LXI y LXII.

los que no pueden ser objeto de acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificados por una norma posterior de Derecho internacional, porque son de carácter imperativo. En el Derecho internacional de los derechos humanos encontramos varias normas de ius cogens, inderogables, como el derecho a la vida, la protección a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y algunas garantías del debido proceso.

9. Fuerte limitación de los fundamentales principios del derecho constitucional y del derecho administrativo

La soberanía nacional, la supremacía de la constitución, la división de poderes, el poder constituyente, la presunción de constitucionalidad de las leyes y la presunción de legalidad de los actos administrativos son limitados por la Convención.

Ya vimos los límites de la soberanía nacional, de la supremacía de la constitución y de los poderes constituyentes.

Nos resta referirnos brevemente a los límites de la división de poderes, las presunciones de constitucionalidad de las leyes y la presunción de legalidad de los actos administrativos, los que sufren limitaciones al poner en funcionamiento la Corte Interamericana el control de convencionalidad cuando el Estado expide normas incompatibles con la Convención.

La división de poderes se ve limitada por la Corte Interamericana, órgano de carácter judicial e internacional, cuando declara que las leyes o actos legislativos son incompatibles con la Convención Americana y mandata al Estado parte que las derogue. En el supuesto de omisión de una ley o acto legislativo que impide sujetarse al Convenio, también puede mandar que se llene ese vacío.

Desde que se expide una ley se presume que es constitucional mientras la sala o tribunal constitucional, mediante una confrontación con la constitución, no declara su inconstitucionalidad. Cuando se declara ésta mediante sentencia desaparece tal presunción. Es una presunción iuris tantum.

La Corte Interamericana por sentencia del 29 de noviembre de 2006 en el caso La Cantuta vs. Perú, declaró que las leyes de autoamnistía son ab initio incompatibles con la constitución desde su promulgación porque son per se (por sí mismas) manifiestamente contrarias a la Convención Interamericana. Éstas son sentencias declarativas de una nulidad que nace desde la promulgación de la ley, nulidad con efecto retroactivo que afecta a todos los actos derivados de la aplicación de la ley afectada de tal vicio.

Este tipo de sentencia, termina con el principio de la presunción de constitucionalidad de la ley.

Los actos administrativos se perfeccionan cuando reúnen todo los requisitos esenciales y se le atribuyen presunción de validez. Esta presunción dispensa a la Administración, si alguno pone en duda o lo tacha de nulo el acto administrativo, recurrir al proceso declarativo para demostrar su validez, pues son validos mientras no se declaren nulos administrativamente o judicialmente. Es una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario en el proceso impugnativo. Diferente pasa con los actos privados que cuando son impugnados de nulos tienen que ser validados por el juez.

La presunción de validez, pues, se extiende a los actos administrativos y de los particulares: contratos, testamentos, etc.

Agustín Gordillo, citado por Rey Cantor, expresa que los actos administrativos y su presunción de legalidad están sometidos a la Convención Americana. Si una ley que sirve de fundamento de Derecho del acto administrativo, es incompatible con el tratado, no subsiste la presunción de legalidad de dicho acto administrativo. Si el vicio es claro y evidente no puede presumirse que es valido⁵⁰.

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Constitucional del Perú, a partir Barrios Altos y después especialmente en la Cantuta, ponen énfasis en los efectos erga omnes de sus fallos para todo el derecho interno del país. El Tribunal Constitucional del Perú explica ese efecto expansivo de la cosa juzgada así: “La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi: (...), en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no halla sido parte en el proceso”.

Esto significa que los efectos jurídicos de la sentencia se extiende a todos los casos penales que por aplicación de las leyes de amnistía se les garantizó la impunidad a los autores de las violaciones de los derechos humanos.

Se puede ver en esta sentencia cierta semejanza con los efectos declarativos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, dictado por una corte o tribunal constitucional, la que declara su nulidad con efectos retroactivos, pero con la diferencia que mientras las dictadas por un tribunal constitucional son ejecutivas, no sucede lo mismo con la dictada por la Corte Interamericana que tan solo es declarativa y necesita la colaboración del Estado para su ejecución en el Estado nacional.

50 Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos. Ob. cit., Pág. XLIX y L.

10. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con la Convención Americana y su Protocolo adicional del 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador)

La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y políticos carece de la fortaleza que se les concede a los derechos civiles y políticos. Existe un trato desigual por las razones que ya hemos expuesto.

La Convención Americana solamente enumera los derechos políticos y civiles y en el art. 26 se comprometen los Estados a la adopción de providencias de manera evolutiva y deferida para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura.

Dice así: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En el Protocolo de San Salvador se contempla una amplia lista de los derechos económicos, sociales y culturales específicos, entre otros: derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo⁵¹, el derecho a la huelga⁵², el derecho a la seguridad social⁵³, el derecho a la salud⁵⁴, el derecho a un ambiente sano⁵⁵, el derecho a la alimentación⁵⁶, el derecho a la educación⁵⁷, el derecho a los beneficios de la cultura⁵⁸, el derecho a la constitución y protección a la familia⁵⁹, la protección especial a la niñez⁶⁰, a los ancianos⁶¹ y a los minusválidos⁶².

En el art. 1 del Protocolo se establece que los Estados se comprometen hasta el máximo de los recursos disponibles, tomando en cuenta su grado de desarrollo. El art. 2 repite el art. 2 del Convenio. El art. 2 prohíbe la discriminación en la garantía de los derechos.

51 Art. 6 y 7.

52 Art. 8.b.

53 Art. 9.

54 Art. 10.

55 Art. 11.

56 Art. 12.

57 Art. 13.

58 Art. 14.

59 Art. 15.

60 Art. 16.

61 Art. 17.

62 Art. 18.

En cuanto a la obligación y exigibilidad de estos derechos existen dos posiciones.

Una encabezada por Christian Curtis¹⁹⁶², que no duda que los arts. 1 y 2 de la Convención Americana, son aplicables a los derechos económicos, sociales y culturales, a los que se refiere también el art. 26. Sus principales argumentos son: el art. 1 y 2 citados son generales para la Convención y el 1 se refiere a todos los derechos y libertades consignados en ella, y donde la ley no distingue no es lícito distinguir al interprete, y las normas sobre derechos humanos son siempre pro persona.

El segundo criterio sostiene que el art. 26 sujeta la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales a una efectividad progresiva y de acuerdo a las posibilidades económicas, lo cual indica que obedecen a un régimen distinto de los derechos civiles y políticos.

No obstante, se acepta que pueden ser protegidos por los órganos internacionales al aplicar e interpretar los derechos civiles y políticos, porque en la protección efectiva de estos influyen aspectos económicos, sociales y culturales, criterio ya aceptado con relación a los derechos de los niños por la Corte Interamericana.

A nivel nacional en Latinoamérica, donde sus constituciones contemplan los derechos económicos, sociales y culturales, se puede aplicar la anterior solución, como se ha realizado en varios países como Costa Rica, Colombia, entre otros.

11. La interpretación de los tratados de derechos humanos y de la legislación interna a la luz de ellos y la jurisprudencia internacional

La Convención Americana contiene reglas especiales para su interpretación, establecidas en el 29 que dice: “Art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a algunos de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce de ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que las previstas en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

63 C. Curtis, D. Housen y G. Rodríguez Huerta. *Protección Internacional de los Derechos Humanos. Nuevos Desafíos*. Editorial Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo de México. México, 2005, pp. 2-29.

La Convención de Viena en el art. 31.1 establece la regla general de los tratados, según la cual un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin.

La Corte Interamericana interpreta la Convención mediante la aplicación de sus normas interpretativas y la Convención de Viena, según el caso. La jurisprudencia de la Corte en materia interpretativa de la Convención es muy rica, coherente y sólida, por lo que Pérez Tremps la considera como el *ius commune* (Derecho Común) interamericano de los derechos humanos.

Esta riqueza jurisprudencial ha creado lo que se conoce como un diálogo jurisprudencial entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la interna de los órganos judiciales, los que recogen la jurisprudencia de dicha Corte. En tres ejemplares de la publicación “Diálogos Internacionales”, el primero de julio a diciembre de 2006, el segundo de enero a junio de 2007 y el tercero de julio a diciembre de 2007, publicados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Konrad Adenauer, aparecen 38 sentencias de los tribunales de la justicia constitucional que aplican la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que por el espacio de este trabajo no resumiremos. En el país que se aplicó la jurisprudencia internacional fueron Costa Rica, Dominicana, Perú, Colombia, El Salvador, Bolivia, Argentina, Barbados, Chile, Guatemala, México y Paraguay, en total doce.

En la interpretación de las leyes internas a la luz de la Convención Interamericana, según opinión de la Corte Americana, el poder judicial nacional debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre la norma interna y la de la Convención, teniendo en cuenta la interpretación que realice, pues es el intérprete último de la Convención, doctrina que vincula a los jueces y tribunales nacionales, según sentencia en el Caso Almonacid y otros vs. Chile.

Néstor Pedro Sagüés sostiene que la tesis de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para los jueces nacionales, es de creación pretoriana, ya que el art. 68 de la Convención enuncia la obligatoriedad de la sentencia en el caso que el Estado sea parte y no la obligatoriedad de la jurisprudencia de dicha Corte. Considera que es una mutación aditiva, actuando dentro de la conocida interpretación mutativa que deja incólume el texto normativo, a pesar de ampliarlo, restringirlo o suprimiéndole una norma y agregándole otra. Justifica a la Corte por las consecuencias prácticas, la bien intencionada jurisprudencia y por ser la última palabra sobre lo que dice el Convenio, aunque no lo diga y por no ser primera vez que un tribunal hace una mutación aditiva. Agrega que: si una regla interna, constitucional o infraconstitucional, aditiva tiene dos interpretaciones, una coincidente con el pacto y su interpretación por la Corte, y otra apuesta a estos parámetros, deberá preferir en la coincidente y no en la opuesta, la interpretación a la constitución nacional debe

conformarse a las reglas del Derecho internacional que el Estado ha suscrito y a las reglas de Derecho internacional que son ius cogens, se haya o no sometido a ellas⁶⁴.

La interpretación putativa es usual en la justicia constitucional, de lo que da fe el estudio de las sentencias manipulativas constitucionales, pero no en material civil por impedirlo la congruencia de la sentencia con lo pedido y aprobado.

Los tribunales nacionales con frecuencia citan sentencia de la Corte Interamericana, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, para fundamentar sus decisiones, pero sin que sus opiniones sean vinculantes.

Por el contrario en Colombia, Costa Rica, Argentina, Perú, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante. En Perú así lo dispone su legislación y en Costa Rica es vinculante la sentencia contencioso o consultiva.

Los derechos humanos consagrados en la constitución también se interpretan de acuerdo a las voces del tratado de derechos humanos. Algunas constituciones así lo establecen: Perú, Colombia, España y Bolivia, como ya lo expresamos.

En los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* y *los Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte Interamericana sostiene que al Poder Judicial nacional le corresponde ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero omite referirse al ejercicio por los tribunales constitucionales independientes o adscritos al poder judicial, de lo cual surge una duda. Néstor Pedro Sagües, sostiene que no solo en la jurisdicción ordinaria se puede ejercer el control de convencionalidad, sino también por los tribunales constitucionales, por razones teológicas, del argumento a fortiori y asegurar el efecto útil de la Convención. Cuando los jueces inferiores no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad por estar concentrado su conocimiento en la Corte Suprema y en presencia de la aplicación de principio de convencionalidad deben enviar el expediente a este alto tribunal para su decisión⁶⁵.

64 “Recurso al Derecho y al Intérprete Externo en la Interpretación e Integración de la Constitución Nacional”. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima, Perú. 2009. TI; Págs. 96 a 98. En este trabajo estudia la legitimidad del uso por los tribunales nacionales de las leyes y jurisprudencia internacional para interpretar las reglas de las constituciones locales y su integración. Señala las razones a favor y en contra de este recurso hermenéutico. Justifica su uso pero con precaución. En Nicaragua es muy común el uso de la jurisprudencia y opinión de autores extranjeros tanto para las sentencias civiles como para las constitucionales en materia interpretativa o integrativa. Cfr. Iván Escobar Fornos. “Las Sentencias Constitucionales.” Estudios Jurídicos. Ob.cit., TI, Págs. 516-522. Alfredo M. Vitolo “Derecho Internacional y la Interpretación Constitucional”. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ob. cit., pág. 839 y sgts.

65 “El Control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales.” *La ley*. Año LXIII No. 35. 19 de febrero del 2009, Págs. 1-7.

12. El non bis in ídem y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según este principio nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que se le absuelva o se le condene. No obstante, se admite, por razones de justicia, que el condenado pueda pedir la revisión de esa sentencia porque existen errores o pruebas que acrediten su inocencia. Y aunque no se autorice esta revisión, se puede argumentar que la sentencia condenatoria es nula, que es una cosa juzgada aparente.

Esta garantía está consagrada en la Convención Interamericana en el art. 8.4, según el cual no permite que el inculcado absuelto sea procesado de nuevo por el mismo hecho.

El art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe que el condenado o absuelto sea posteriormente juzgado y sancionado.

La aplicación del non bis in ídem se da en materia penal, por lo que no se viola cuando al condenado o procesado se le imponen sanciones o medidas disciplinarias razonables.

En resumen, el condenado o absuelto no se les puede juzgar otra vez por los mismos hechos. El condenado posteriormente puede ser declarado inocente revisando el proceso (acción de revisión) para comprobar el error, los nuevos hechos o las otras causales taxativamente establecidas por la ley debidamente acreditadas; en cambio, el absuelto no puede ser posteriormente declarado culpable revisando el proceso por no permitirlo la ley. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia, abre la posibilidad de revisar el proceso y procesar al culpable o culpables de graves violaciones de los derechos humanos bajo las condiciones que ella señala, en una sentencia que promete ser líder en Latinoamérica, ya con simpatizantes.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia del 20 de enero del 2003, declaró que: los procedimientos judiciales buscan la pacificación de los conflictos, lo que explica la cosa juzgada que finaliza la controversia; esta adquiere mayor relieve en el campo penal y sancionador por los intereses en juego, como la libertad y la posibilidad del Estado que indefinidamente logre condenar al absuelto, por lo que las constituciones y tratados de derechos humanos, reforzando la cosa juzgada, prohíben el doble enjuiciamiento, o principio del non bis in ídem, según el cual una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho, postulado que se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado; el non bis in ídem se aplica también a las sanciones administrativas y abarca al condenado o absuelto; la cosa juzgada puede entrar en colisión con la justicia material por lo que la mayoría de las legislaciones conceden la acción de revisión cuando por hechos posteriores a la decisión permiten concluir que esta es injusta, acción que procede por las causas taxativamente señaladas por la ley; tratándose de violaciones a

los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, las restricciones a la acción de revisión se tornan inconstitucionales y, por ello frente debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados con el fin de amparar la seguridad y al non bis in idem, debe existir un procedimiento judicial interno o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de los derechos humanos, aceptada por Colombia que constate la existencia de ese nuevo hecho o de prueba no conocida al tiempo de los debates; relativiza la cosa juzgada y el non bis in idem, íntimamente conectados, permitiendo la acción de revisión en los eventos de violaciones graves a los derechos humanos aun cuando no existan hechos nuevos o una prueba no conocida al tiempo del proceso, frente a la preclusión de la investigación, la cesación del procedimientos o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión interna o internacional de supervisión y control de los derechos humanos, aceptada por Colombia, constate un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar de forma seria e imparcial las mencionadas violaciones, esta decisión interna o internacional es el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho transito a cosa juzgada, pero que en realidad es una cosa juzgada aparente; se relativiza, pues, la cosa juzgada y el non bis in idem permitiendo, aunque no aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida en el debate, la procedencia de la revisión en los casos anteriormente señalados siempre que exista una instancia judicial competente que compruebe el incumplimiento del Estado de sus obligaciones de investigar, comprobación que puede provenir de una instancia nacional o internacional.

Sergio García Ramírez, Magistrado Presidente de la Corte Interamericana, acepta los conceptos de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia y con argumentos elocuentes la defiende⁶⁶. También es bien recibida por Pablo Saavedra Alessandri, secretario de la Corte Interamericana⁶⁷.

Una respuesta directa, de frente, sin ningún tropiezo o dificultad, no se puede dar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Como ya lo expresamos, la Convención Interamericana en el art. 8.4 prohíbe que el absuelto sea procesado nuevamente por el mismo hecho y el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe que el condenado o absuelto sea posteriormente juzgado y sancionado. Esto dificulta un enfrentamiento directo

66 “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Materia de Reparación”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo (1979-2004), Págs. 68-74.

67 “La Respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas forma de impunidad en Casos Graves Violaciones a los Derechos Humanos y sus Consecuencias”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo. Ob.cit., pp. 407-402.

a la Corte Interamericana para la aplicación de la tesis de la Corte Constitucional colombiana.

En Nicaragua, el problema es igualmente serio, primero porque aceptamos, con rango constitucional los dos pactos anteriores y el art. 34 inc. 10 de la Constitución establece el derecho a no ser juzgado nuevamente cuando el procesado hubiese sido condenado o absuelto, principio consagrado en el art. 6 de nuevo Código Procesal Penal, el que siguiendo los dictados de la Constitución únicamente permite la acción de revisión por las causales taxativamente establecidas, al condenado o afectado por una medida de seguridad, o a su cónyuge, compañero de vida, los parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad si muere el reo, el Ministerio Público y la Defensoría Pública. Creo que cabe la acción de revisión aún cuando el inculpado sea absuelto, tanto a nivel nacional e internacional, sin violar las disposiciones antes citadas, en presencia de situaciones graves de violaciones de derechos humanos en los que las autoridades del Estado en complicidad con los perpetradores de las violaciones simulan un juicio en el que impera la negligencia cómplice o el fraude con la finalidad de absolverlos. En estos supuestos estamos ante un no juicio o una cosa juzgada fraudulenta que aparenta ser real.

13. La Corte Interamericana, las leyes de autoamnistía y la prescripción penal

En nuestro continente se han dictado y se siguen dando graves violaciones de los derechos humanos garantizados por nuestras constituciones, la Convención Interamericana y otros tratados a consecuencia de los cuales vemos surgir impunidades peligrosas para la justicia y la tranquilidad social propiciadas por el Estado al incumplir su deber de investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los culpables de dichas violaciones.

Esta impunidad puede tener un origen legal o bien fraudulento.

Es legal cuando después de cometidos los hechos delictivos violatorios de los derechos humanos se dictan leyes de autoamnistía, o bien disposiciones dictadas con anterioridad como la prescripción de la acción y pena y otras excluyentes de responsabilidad penal. Es fraudulenta cuando sin necesidad de autoamnistía, prescripción y otras eximentes de responsabilidad penal, las autoridades internas en actitud maliciosa simulan procesar al delincuente y lo absuelven a través de maniobras sustantivas y procesales. En ambas situaciones se renuncia al ius punendi, creándose impunidades y propiciando la continua violación de los derechos humanos.

Con relación a las leyes de autoamnistía la Corte Interamericana en el caso Rafael Castillo Páez vs. Perú, por la desaparición forzada de dicho señor Castillo, en sentencia

de reparación del 3 de noviembre de 1997, declaró que las leyes de autoamnistía que habían sido aplicadas en este caso habían impedido identificar a los responsables de los hechos relacionados con la desaparición del señor Castillo, el destino de sus restos y recibir la reparación adecuada. La Corte le indicó al Estado peruano que tenía el deber de investigar el asunto y procesar a los responsables, evitando así la impunidad.

Posteriormente, entrando más a fondo sobre las leyes de autoamnistía, la Corte Interamericana, en sentencia del 14 de marzo de 2001, en el caso *Barrios Altos vs. Perú*⁶⁸, declaró que: son inadmisibles las disposiciones de amnistía y prescripción, lo mismo que disposiciones excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de violaciones graves de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; que las leyes de amnistía adoptadas por Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso no fueran oídos por el juez conforme el art. 8.1 de la Convención, por lo que se violó el derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25 de la Convención, impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción a los responsables, incumpliendo con el art. 1.1 de la Convención, al dictas leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumpliendo con la obligación de adecuar el derecho interno consagrado en el art. 2 de la misma; como consecuencia las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden servir de obstáculo para la investigación de los hechos e identificar y castigar a los culpables.

De acuerdo con el art. 130 c) y d) de nuestro Código Penal quedan excluidos de la amnistía o indulto los sentenciados por delitos contra el orden internacional en el que se encuentran el genocidio; los delitos de lesa humanidad: la tortura, el apartheid, las desapariciones forzadas de persona; los delitos contra personas y sus bienes en conflictos armados: ataques a personas protegidas, atentado contra la dignidad de la persona, aún sexuales y otros, contemplados en los arts. 484-522.

Lo expresado para la ineffectividad las leyes de autoamnistía es aplicable a la prescripción de la acción y la pena ante la violación grave de los derechos humanos; pues la Corte Interamericana en forma reiterada expresa que no se pueden admitir amnistías o disposiciones excluyentes de responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación de violaciones graves de los derechos humanos.

68 En este caso el ejército entro violentamente en un departamento mientras se celebraban una fiesta de estudiantes universitarios y ejecutaron extrajudicialmente a 15 e hirieron a 4. Durante las investigaciones judiciales el Congreso aprobó una ley de amnistía que exoneraba de responsabilidad a militares, policías y civiles que hubiesen cometido o participado en violaciones de derechos humanos en el período comprendido entre 1998 y 1995 y se dijo que esa amnistía no era revisable en sede judicial y además era de aplicación obligatoria. En virtud de esta ley las diligencias judiciales realizadas en el caso se archivaron.

Esta doctrina la ha recogido la Suprema Corte de Argentina en sentencia del 24 de agosto de 2004, en el caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro, donde señaló que las aplicaciones internas sobre prescripción para este caso constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, por lo que concluyó que correspondía declarar que el hecho que diera lugar a la condena de Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita reviste la calidad de crimen contra la humanidad y, por tanto, resulta imprescriptible. Para esta imprescriptibilidad, no considera un obstáculo que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad sea posterior a los hechos delictivos, pues esta Convención no hizo mas que reconocer la regla del *ius cogens* y de la imprescriptibilidad, ya establecida con anterioridad, por lo que no se da aplicación del *ius cogens* de la Convención.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, por sentencia del 14 de junio del 2005, declaró nulas las Leyes del Punto Final (Ley N° 23492 de 1986) y de Obediencia Debida (Ley N° 23521 de 1987), que impedían el juzgamiento de los autores de crímenes de lesa humanidad. En resumen, en esta sentencia se declaró válida la ley 25779 del 3 de septiembre del 2003 que había declarado nulas las mencionadas leyes en forma insubsanable, a pesar que ya estaban derogadas por la Ley N° 24952 del 17 de abril de 1998, siendo dudosa su facultad para ello, lo que correspondía a la Corte Suprema; dejó sin efecto a las mencionadas leyes; y dispuso que los beneficiados con ella no podían invocar la retroactividad de la ley penal en su perjuicio ni la cosa juzgada. Disintió el magistrado Don Carlos S. Fayt.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso del ex presidente de la República de México, Luis Echeverría Álvarez y otros, con relación a la matanza de Tlatelolco perpetrada el 10 de junio de 1971, preparada y ejecutada por funcionarios del gobierno federal mexicano y el grupo paramilitar conocido como “Los Halcones”, dictó la sentencia del 15 de junio del 2005, por cuatro votos contra uno, en la que resolvió que antes de la adopción de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por el Estado mexicano en el año 2002, el genocidio no puede ser objeto de condena si ha transcurrido un período determinado de tiempo, o sea, que no es posible en México sancionar esos delitos si se intenta la acción 30 años después de los hechos; asimismo se resolvió que el principio de retroactividad de la ley, previsto en el art. 14 de la Constitución y en los tratados internacionales, es un impedimento para que la Convención sobre Imprescriptibilidad del Genocidio no pueda aplicarse en México a hechos anteriores a su entrada en vigencia.

Con relación a Chile, de acuerdo a la documentación que tengo hasta el 2006, según informe pericial presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Decreto Ley 2191 de Amnistía de fecha 19 de abril de 1978 por Humberto Nogueira Alcalá, la Corte Suprema de Chile en 1990 y en forma errónea, aplicó preferentemente el principio de irretroactividad frente a las normas de derecho internacional vigente, normas que se encuentran en el derecho de convencionalidad,

en el Derecho consuetudinario internacional y en el ius cogens y aceptó la competencia del Estado para dictas leyes de amnistía. Esta misma tesis es recogida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile por sentencia de fecha 4 de agosto del 2005. Nogueira Alcalá considera acertada la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2004, en el caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, al no aplicar la amnistía, fundándose en el espíritu del Derecho internacional y cumpliendo las obligaciones imperativas del ius cogens, del Derecho consuetudinario y convencional internacional que obligan al Estado.

De acuerdo con el art. 133 de nuestro Código Penal las penas impuestas por delitos de orden internacional no prescriben en ningún caso; lo mismo que las señaladas para los delitos consagrados en el art. 16 de dicho Código: esclavitud y comercio de esclavos, tráfico intencional de personas, estupefacientes y psicotrópicos y otros sustancias controladas, lavado de dinero, bienes o activos, terrorismo, piratería, delitos sexuales en perjuicio de niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Managua, Febrero 2012.

TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA SOSTENIBILIDAD FISCAL DE LOS ESTADOS

Jairo Enrique Herrera Pérez

Abogado por la Universidad Libre. Especializado en Derecho Procesal Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Constitucional de la Fundación Universidad de Salamanca-España; Magíster en Defensa de los D.D.H.H ante Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás en Bogotá. Diplomado en Desafíos Transnacionales y Sistemas Jurídicos de la Universidad Autónoma. Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Lima-Perú. Profesor de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario

SUMARIO: I. Justificación del tema. II. Hoja de ruta. III. Derechos económicos, sociales y culturales. 3.1. Evolución de los DESC. 3.2 Derechos civiles y derechos sociales. 3.3 Regulación internacional de los DESC. IV. Sistemas de protección de los DESC. 4.1 Sistemas de protección extrajudicial. 4.2 Sistemas de protección judicial de los DESC. V. La sostenibilidad fiscal.

I. Justificación del tema

En medio de una opulencia sin antecedentes en Colombia, en el marco de la **VI Cumbre de las Américas** realizada en la ciudad de Cartagena, a mediados de abril del año en curso, donde buena parte de la agenda ocuparía a los Jefes de Estado en el debate por superar la **pobreza y la educación** en el continente y con vientos de **crisis económica mundial** de la que se ocupan los expertos en economía de muchas partes de Europa y América, cobra especial relevancia el tema nada pacífico de los **derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC)** cuya realización por parte de los Estados implica gasto público e inversión social.

Adicionalmente es nutrido el número de instrumentos internacionales de derechos humanos y constituciones políticas que hoy recogen a los DESC, lo que sumado a la jurisprudencia de los tribunales, cortes y organismos internacionales, así como la justicia constitucional de cada país, ha colocado el estudio de su justiciabilidad sobre la mesa como uno de los más importantes y palpitantes temas del derecho internacional público y derecho constitucional contemporáneo.

Colombia tiene por lo menos dos razones más para atraer la atención de este trabajo: el último informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que nos dejó muy mal parados en la progresividad de los DESC y, la reciente reforma constitucional que terminó con el acto legislativo # 03 de 2011, en el que elevó a norma suprallegal el polémico criterio de la **SOSTENIBILIDAD FISCAL**, que como veremos, en su tránsito por la sede democrática del Congreso de la República, tuvo que resistir encendidos debates políticos y académicos, que para fortuna de los colombianos pudieron matizar su redacción inicial hasta lograr el texto final que al momento de iniciar éste documento, se encontraba pendiente del control de constitucionalidad por demanda interpuesta ante nuestra Corte Constitucional, decidida con Sentencia de exequibilidad el pasado 18 de abril, de la que solo se conoce un comunicado de prensa.

II. Hoja de ruta

Varios son los temas que desarrollaremos en esta ocasión, para llegar a la médula de la problemática constitucional que pretendemos abordar, con el propósito de aportar a la obra colectiva que se publicará con ocasión de **los treinta años de Justicia Constitucional en el Perú**.

En primer lugar, es necesario aproximarnos a algunos conceptos básicos sobre los DESC, para tratar de reducir la discusión que aún se genera con relación a los derechos civiles y políticos, precisando en una apretada síntesis, las normas Constitucionales que los consagran y por supuesto las internacionales de derechos humanos donde se encuentran establecidos.

En segundo lugar, ocuparnos de los mecanismos de protección y el acceso a la justicia para su realización, tratando solo de mencionar algunas decisiones relevantes y avances doctrinales de reconocida autoridad académica que son verdaderos criterios auxiliares en la actividad judicial.

Finalmente detendremos la atención en la reforma que recientemente introdujo en Colombia el vago criterio de la **SOSTENIBILIDAD FISCAL** como norma constitucional, que enfrenta abogados y economistas y profundiza la polémica frente a la autonomía de los jueces en sus decisiones, tanto más cuanto que se anuncia una crisis económica mundial.

III. Derechos económicos, sociales y culturales

Las desigualdades sociales que genera el capitalismo, constituyen una de las causas principales para pensar en seres humanos que resisten penurias, que se encuentran en desventajas con quienes tienen el poder y las riquezas, que son altamente vulnerables por su condición de pobres, por su falta de estudio, por ser niños abandonados, que son discriminados o como dijera el **“Manifiesto del Partido Comunista”**, que son proletarios explotados por la burguesía, que por tanto conducen a luchas obreras afanadas por alcanzar la reivindicación de derechos en procura de reducir las brechas entre las dos clases sociales que nos dejó la consolidación del capitalismo en Europa a finales del siglo XVIII con la llamada **“Revolución Industrial”**.

Es muy polémica la información que encontramos sobre DESC, ya que, **por una parte**, algunos economistas y buena parte de la doctrina jurídica, los califican como derechos programáticos o aspiraciones a futuro y sólo conciben a los derechos civiles y políticos (**en adelante DCP**) como verdaderos derechos que otorgan la facultad a toda persona para hacerlos exigibles de inmediato ante las autoridades del Estado, y **por la otra parte**, estamos quienes pensamos que los DESC son verdaderos derechos humanos, que aún cuando para los Estados parecen letra muerta, por más muerta siguen siendo letra de rango internacional y constitucional y que debemos consolidar la teoría de su justiciabilidad, exigibilidad y protección ante los jueces locales y aún ante tribunales y organismos Internacionales de Derechos Humanos, habida cuenta que los Estados tienen que respetarlos, garantizarlos y protegerlos y que ésta sola actitud discriminatoria entre los DCP y DESC, ya es una sigilosa manera de violarlos, que de verdad, no la vemos que conduzca o aporte a los caminos de la paz de los pueblos.

Recientemente se reclama que la sociedad civil tenga una mejor organización para ejercer una mayor presión al Estado que permita alcanzar así, más cubrimiento y satisfacción de los derechos sociales; Pero, independientemente de los logros alcanzados por algunas ONG's, debemos resaltar un sentimiento de frustración que se escucha en el común de las personas, por la dificultad para entender a los estudiosos que dedican su vida a investigar estos temas, dados los elevados conceptos que construyen alrededor de algo tan básico como la salud, los alimentos, el trabajo, la pensión, la vivienda, la seguridad social, la recreación, el trato y respeto al niño, adolescente, personas de tercera edad y a la mujer. En escenarios que no sean especializados, es urgente no perder oportunidad y buscar alternativas didácticas que permitan la pedagogía más apropiada posible, para llegarle a los auditorios populares, a los grupos vulnerables, a los oyentes de radio, a televidentes y por supuesto a los estudiantes de colegios y carreras diversas al derecho y las ciencias políticas, económicas y sociales.

3.1. Evolución de los DESC

A partir de la revolución industrial en Inglaterra y Francia, con sus movimientos revolucionarios obreros y más adelante con los aportes a mediados del siglo XIX del socialismo (con **Carlos Marx y Federico Engels** que en 1948 escribieron la obra “**El manifiesto del Partido Comunista**”) y la doctrina social de la iglesia, se comienzan en 1917 a constitucionalizar los DESC, con la **Constitución de Querétaro** que fue fruto de la revolución mexicana promovida por campesinos y obreros, al mando de **Emiliano Zapata y Pancho Villa**.

Posteriormente y fruto de la Revolución Bolchevique, liderada por **Lenin, Troski y Stalin**, se aprueba la **Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado** de 1918, que años más tarde inspiró la **Constitución de la República Popular China** de 1949 y la **Constitución de Cuba** de 1976.

También se cuentan como documentos históricos la **Constitución de Weimar** de 1919 en Alemania, hasta la **Constitución del 1º de octubre de 1920 en Austria**, en la que se establece el primer Tribunal Constitucional del mundo, que tuviera el honor de presidir el ilustre jurista **Hans Kelsen**.

Hoy se sostiene con acierto que los derechos sociales han dado origen al Estado Social de Derecho que consagran muchas Constituciones Políticas, sobre la base del reconocimiento de la dignidad humana que todo hombre tiene y lo distingue de otro, y que debe garantizarse en igualdad de condiciones materiales para todas las personas.

Sin embargo cada Carta Política utiliza su propio léxico, como acontece con la **Constitución de España del 27 de diciembre de 1978** cuyo Título Primero que trata “De los derechos y deberes fundamentales” bautiza su Capítulo III como “**De los principios rectores de la política social y económica**” encomendando a los Poderes Públicos para que los organicen, fomenten, promuevan y garanticen. Esto significa que la Constitución española concibe los derechos sociales como principios rectores de la política pública, mientras que los derechos civiles los consagra como verdaderos derechos humanos.

La **Constitución Política de Colombia expedida en 1991**, en su Título II De los Derechos, las Garantías y los Deberes, se ocupa en el Capítulo I de los Derechos Fundamentales y su **Capítulo II** lo dedica a los **Derechos Sociales, Económicos y Culturales** (arts. 42 a 77).

Sin embargo debemos resaltar que como derechos fundamentales trae consagrados el derecho a la paz (art. 22), derecho al trabajo (art. 25), derecho a la libre asociación (art. 38) y el derecho a constituir sindicatos (art. 39), los que finalmente excluye la misma Constitución Política, al momento de señalar en el art 85 los “**Derechos de vigencia**

inmediata". Por supuesto que no señala ningún derecho social como de aplicación inmediata, por la histórica razón de considerar que su formulación es programática.

3.2. Derechos civiles y derechos sociales

Estos derechos suelen estudiarse conforme su aparición en el derecho positivo, esto es, como derechos de primera, segunda y tercera generación, y al hacerlo así los autores advierten que no debe confundirse las generaciones de derechos con la clasificación de los derechos, pues todos los derechos del hombre tienen una naturaleza igual, aunque puedan tener caracteres y mecanismos de protección diferentes.

Tenemos que decir frente a esas consideraciones, que los derechos humanos no son aquellos reconocidos por normas, sino los inherentes a la condición humana y por tanto no vemos conveniente que se estructuren generaciones de derechos humanos de acuerdo con épocas, movimientos sociales o episodios de nuestra historia, pues los seres humanos siempre hemos debido gozar de todos nuestros derechos civiles, políticos, sociales, culturales y cosa diferente es que la lucha por nuestra dignidad haya logrado conquistas escritas para escapar a la traición de los Estados, monarcas, dictadores, gobernantes y la clase política corrupta e indolente. Lo que queremos sostener es que los derechos humanos no dependen de su positivización.

Por eso compartimos las ideas expuestas por el profesor argentino **Víctor Bazán**, quien considera que la "expresión generación de derechos humanos, ha contribuido a alimentar una artificial brecha que se supone separa a los derechos civiles y políticos de los DESC (...). A su tiempo, **Rabossi** critica la tesis de las "generaciones de derechos humanos" identificando como una de sus consecuencias más dañinas el hecho de que implica y/o brinda un argumento a quienes predicán que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad –advierte– nada hay en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, ya que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda (...)”¹.

No obstante, nos parece importante el aporte que hace el profesor colombiano **Ernesto Rey Cantor**, cuando establece la caracterización de unos y otros, en los siguientes términos: "(...) **los derechos civiles** se caracterizan principalmente por la creación de **obligaciones negativas** a cargo del Estado, sin que implique la erogación de fondos públicos, por ejemplo, abstenerse de privar a las personas de su vida,

1 Bazán, Víctor, "Los DESC ante la justicia constitucional y el sistema interamericano de protección de los DDHH". Obra colectiva *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional*, Editorial ADRUS, Lima-Perú, 2011, pp. 629 a 676.

libertad, bienes arbitrariamente, de considerar al autor de delito como responsable sin someterse a un debido proceso; no impedirle a los ciudadanos el ejercicio del derecho al sufragio, etc. (...) **El sujeto pasivo obligado a respetar y garantizar** el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos **es el Estado**. La **obligación que asume** el sujeto pasivo (el Estado) es la de omisión, o **de no hacer**, es decir, de abstención (...). En síntesis, son derechos oponibles al Estado y de aplicación inmediata” y agrega “los derechos sociales se caracterizan principalmente por la creación de obligaciones positivas a cargo del Estado, lo que implicaría la erogación de fondos públicos, por ejemplo satisfacer las prestaciones de educación, salud, vivienda, etc. Y limitando la propiedad privada, asignándole una función social (...), **los derechos sociales consisten en prestaciones y servicios a cargo del Estado**, a favor de los sectores postergados de la población. Tienen un carácter esencialmente asistencial (...). Tratándose de estos derechos, **corresponde al Estado una obligación de hacer**, dado que tales derechos tienen que realizarse a través o por medio del Estado (...) el sujeto pasivo podrá ser: el Estado y los particulares, por cuanto en materia laboral son los grandes empleadores, siendo el Estado el gran garante para todos los efectos de los derechos sociales, económicos y culturales”² **(negritas fuera de texto)**

En nuestro concepto los derechos civiles también le generan gasto público al Estado, como cuando se organiza la oficina de registro civil, de instrumentos públicos o el sistema penitenciario y carcelario, pero al margen de esto, debe desterrarse el mito según el cual los DESC son menos derechos que los derechos civiles, como si fueran una especie de derechos devaluados, o parafraseando al profesor español **José Luis Cascajo**, como si los derechos de los pobres fueran pobres derechos. Es que un hombre en sociedad no solamente debe gozar del derecho a la vida, sino que esa vida debe ser digna, debe tenerse con un conjunto de cosas y situaciones que complementan ese deseo de vivir, por ejemplo las condiciones de salud, o tratos respetuosos sin discriminación por razón del sexo, la raza o alguna discapacidad, lo que nos conduce a la plausible teoría de la interdependencia que más adelante abordaremos, cuando registremos el reconocimiento internacional en instrumentos de derechos humanos.

3.3. Regulación Internacional de los DESC

Los derechos sociales han sido objeto de regulación en múltiples instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La **Declaración Universal Derechos Humanos**, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el **10 de diciembre de 1948**, señala en

2 Rey Cantor, Ernesto, *Las Generaciones de los Derechos Humanos*, 3a edición, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pp. 119 y 172.

el **art. 22**, que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener la satisfacción de los DESC, indispensable a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad.

El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (en adelante **PIDESC**), adoptado el **16 de diciembre de 1966**, vigente desde el 3 de enero de 1976, reconoce en su **Preámbulo** que “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. El PIDESC constituye una poderosa razón para desterrar la línea doctrinal y académica que pretende categorizar los derechos humanos, como de primera, segunda y tercera.

Resaltamos la **Declaración y Programa de Acción de Viena**, aprobada por la **Conferencia Mundial de Derechos Humanos**, el **25 de junio de 1993**, cuyo **artículo 5º** del aparte I, dispone “**Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso...**” y en el **art. 12** dispone “**La conferencia Mundial de Derechos Humanos exhorta a la comunidad internacional a que haga cuanto pueda por aliviar la carga de la deuda externa de los países en desarrollo a fin de complementar los esfuerzos que despliegan los gobiernos de esos países para realizar plenamente los derechos económicos, sociales y culturales de sus pueblos**”(negritas fuera de texto).

A nivel regional la **Convención Americana de Derechos Humanos** (en adelante **CADH**), llamada también **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos Humanos en dicha Capital centroamericana el **22 de noviembre de 1969**, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, establece en su **I Parte, Capítulo III- DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES** y dispone: “**Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (...)**”.

El **Protocolo Adicional a la CADH sobre Derechos Humanos en materia de DESC**, conocido como el **PROTOCOLO DE SAN SALVADOR**, por haber sido firmado en dicha Capital centroamericana el **17 de Noviembre de 1988**, en el marco del décimo octavo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA, vigente desde el 16 de noviembre de 1999, no solo constituye un documento especializado

sobre esta temática, sino que envía un claro mensaje a los pueblos del continente americano, cuando señala en su Preámbulo que los Estados Partes consideran **“la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”** (negritas fuera de texto).

Con base en las anteriores referencias constitucionales y estos instrumentos internacionales de derechos humanos, textos jurídicos que como mínimo deben conocer todas las autoridades y la sociedad, porque además obligan a los gobiernos, legisladores y jueces, entraremos a revisar rápidamente, cuáles han sido los mecanismos de protección de los DESC y el comportamiento de la justicia constitucional e internacional, con el propósito de precisar si han tenido tutela judicial luego de tantos avances y pactos, no sin antes recordar que existen múltiples acuerdos que amplían derechos humanos específicos, como sucede con la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer-CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ**, **Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial**, **Convención sobre los derechos del niño**, **Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad**, instrumentos que consagran en un solo texto tanto derechos civiles y políticos, como DESC.

IV. Sistemas de protección de los DESC

Lo primero por decir, es que dada la distinción fomentada entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales, entendiendo éstos como promesas y aquéllos como de inmediata exigibilidad, ha sido indiscutible la justiciabilidad de los derechos civiles, como por ejemplo el derecho a la vida, libertad personal, etc.

Respecto de los DESC no han sido pocas las voces que prefieren a los jueces ajenos a entrometerse en esta materia, con el argumento de que las políticas públicas de inversión social, que definen el gasto público y la situación financiera de los Estados, no deben depender del poder judicial y por el contrario deben ser iniciativa de los gobiernos y decisiones legislativas.

Además, si revisamos los textos constitucionales vigentes, los instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados y sus entradas en vigencia, la poca antigüedad de la justicia constitucional especializada y las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y la edad de sus decisiones, podemos sostener que la discusión, si bien ocupa primeros lugares de preocupación en el foro, aún está en proceso de

maduración, habida cuenta que en algunos casos se consideraron para los DESC, solo mecanismos de protección extrajudiciales y en otros, como la Convención Europea de Derechos Humanos, ni si quiera se hizo mención alguna, razón por la que acudiremos al estudio de algunos casos, para darnos cuenta cómo la jurisdicción ha ido abriéndose espacio y ocupando el sitio que le corresponde dentro de una democracia, a riesgo de todas las críticas, mociones de censura y señalamientos que les hacen desde las tribunas políticas, algunos medios de comunicación y un importante sector de la doctrina y la academia.

4.1. SISTEMA DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL

A pesar de que el PIDCP y el PIDESC se adoptaron el mismo día, 16 de diciembre de 1966, y entraron a regir prácticamente al tiempo, esto es, el 3 de enero y 23 de marzo de 1976, respectivamente, destacamos el tratamiento desigual que desde un principio se produjo, fruto de la presión capitalista, que forzó la adopción de dos pactos en lugar de uno solo.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** estableció en el **art. 28** un **Comité de Derechos Humanos**, para atender denuncias que un Estado haga respecto de otro, mecanismo del que nada dijo el PIDESC.

El mismo 16 de diciembre de 1966 se adoptó el **Protocolo³ Facultativo del PIDCP**, con el fin de que dicho Comité pudiera recibir y considerar denuncias de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos humanos enunciados en el Pacto. El **protocolo del PIDESC** solo se adoptó el 10 de diciembre de 2008 y al momento de escribir el presente trabajo aún no entra en vigencia porque no se ha ratificado el número de países necesarios⁴. Esto significa que el PIDESC ha regido 36 años sin protocolo facultativo.

Conforme al **art. 16 del PIDESC**, el mecanismo de protección implementado fue el **Sistema de Informes**, en el que los Estados le presentaban al **Consejo Económico y Social**, a través del Secretario General de las Naciones Unidas, las medidas adoptadas y los progresos realizados en ésta materia.

En 1985 un grupo de Estados crea el **Comité para el PIDESC** que sesiona por primera vez en 1987, y también recibe los informes alternos de la sociedad civil,

3 Un protocolo facultativo no crea nuevos derechos sino mecanismos internacionales de protección; puede establecer procedimientos en relación con el tratado, o bien desarrollar determinados contenidos del Tratado. Los Protocolos Facultativos de los Tratados de derechos humanos son Tratados por derecho propio, abiertos a la firma, adhesión o ratificación de aquellos países que son parte del Tratado principal.

4 El protocolo lo han ratificado España, Ecuador, Mongolia, El Salvador, Argentina, Bolivia y Bosnia & Herzegovina y Eslovaquia, que lo hizo en marzo de 2012. Lamentablemente Colombia no lo ha hecho.

normalmente ONG's, para finalmente hacer las observaciones generales que considere. Organizaciones como Amnistía Internacional y Human Rights Watch hoy día dirigen su atención sobre DESC.

El mecanismo de protección de los DESC en el Sistema de Protección de los Derechos Humanos Europeo, está consagrado en la Carta Social Europea, aprobada por el Consejo de Europa en 1961 y reformada en 1996 y hoy día maneja **denuncias colectivas en asuntos laborales** y de **seguridad social**, pues vale resaltar que la Convención Europea de Derechos Humanos, aprobada por el mismo Consejo de Europa en 1950, solo prevé denuncias individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por DCP a diferencia de lo que sucede en el sistema regional de América cuya CADH se refirió expresamente a los derechos sociales, como dejamos anotado. Adicionalmente digamos que las recomendaciones del Comité de Ministros, máximo órgano del Consejo de Europa, no son vinculantes.

En el **Sistema Interamericano de derechos humanos** (en adelante **SIDH**), conforme al **art. 19 del protocolo de San Salvador**, (que insistimos entró a regir en 1999, esto es, 11 años después de su adopción en 1988) también se utiliza el sistema de informes, observaciones y recomendaciones, pero en el numeral 6º de dicho artículo 19, se estableció el Sistema de Protección Judicial por denuncias individuales, con ocasión de violaciones de los **Derechos Sindicales** (artículo 8º literal “a”) y **Derecho a la Educación** (art. 13).

En efecto reza el texto “Artículo 19. Medios de Protección (...) 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

4.2. SISTEMA DE PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DESC

4.2.1. Consideraciones previas

Como ya se advirtió, no es nada pacífico abordar el tema de la justiciabilidad de los DESC, mucho menos cuando se considera que su consagración se hace en normas programáticas o simples promesas, lo que se agudiza cuando en la Constitución, como sucede en **España (arts. 39 a 52)**, se bautizan como principios, que un sector de la doctrina califica como verdaderos valores constitucionales, y en otros casos como **Colombia (arts. 42 a 82)**, se incluyen como derechos pero no como derechos fundamentales. Sin embargo compartimos la idea de que al margen del lugar que ocupen en los textos constitucionales, son derechos. En el último capítulo de esta

investigación reviviremos esta inquietud, cuando abordemos el lugar que desde la presentación del proyecto de reforma, quiso ocupar en la Constitución Política de Colombia, el criterio de la sostenibilidad fiscal y el que terminó ocupando.

Igualmente como hemos visto, los pactos y convenciones internacionales siempre han promovido la protección judicial de los DCP, a través de quejas individuales, pero en principio pareciera que han descartado la protección judicial de los DESC, salvo las denuncias colectivas en materia laboral y de seguridad social del sistema de protección europeo de derechos humanos, y, de organización sindical y educación en el sistema interamericano, que mencionamos en el acápite anterior.

Debe afirmarse que una de las dificultades que ofrece el análisis de la justiciabilidad de los DESC, se presenta precisamente al tratar de establecer los contenidos esenciales de los derechos sociales, labor que respecto de los derechos civiles encuentra suficiente ilustración en la jurisprudencia constitucional e internacional de los derechos humanos, que hasta la fecha conocemos.

Hoy la protección judicial de los DESC, con algunas salvedades como la salud que en Colombia se puede reclamar directamente, se produce a partir de considerar la interdependencia o su conexidad con los derechos civiles y políticos, dada la indivisibilidad que se predica de los derechos humanos en los tratados y convenios internacionales adoptados. Seguimos la idea del profesor **Luigi Ferrajoli**, cuando afirma que **“el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos”**⁵, lo que innegablemente sucede en el Derecho Constitucional contemporáneo con el llamado **Bloque de Constitucionalidad**, según el cual, no solo prevalecen en el orden jurídico interno dichos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, siempre que se hayan ratificado, sino que los derechos y deberes que se consagran en una Carta Política deben interpretarse conforme a tales instrumentos internacionales. Agregamos entonces que el crecimiento moral de los pueblos está determinado por la madurez que va alcanzando su derecho.

Por esto es importante hacer mención de la protección judicial, iniciando con el trabajo de la Justicia Constitucional.

4.2.2. La protección de los DESC en Tribunales o Cortes Constitucionales

Con el auge de la justicia constitucional especializada, son pocos los países que aún reservan ésta actividad de la jurisdicción al pleno de una Corte o Tribunal Supremo, aunque debe reconocerse la lenta implementación de Tribunales o Cortes Constitucionales en América Latina y el Caribe, donde se ha preferido la creación de Salas Constitucionales, como sucede en Costa Rica y recientemente en Panamá, entre otros.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 2a Edición, Trotta, Madrid, 1997, p. 918.

Los Estados hispanoparlantes con Tribunal o Corte Constitucional, a la fecha, son España, Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y a partir del 2012, República Dominicana y no ha sido uniforme la ubicación que de ellos hacen en la parte orgánica de la Constitución.

No se trata de un asunto menor, pues precisamente Colombia es vivo ejemplo del llamado **“choque de trenes”** o **“guerra de las cortes”**, en buena parte, porque la Constitución Política de 1991 creó la Corte Constitucional dentro del **TÍTULO VIII- DE LA RAMA JUDICIAL**, esto es, donde también se establecieron tres altas Cortes más, que hoy le reclaman respeto a sus decisiones judiciales de cierre, con el argumento de que no existe superioridad jerárquica entre ellas, es decir, entre la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional de Colombia. Subrayamos solamente que frente al tema hemos sentado posición sobre la base de considerar equivocado el debate, porque no estimamos que se trate de un problema de jerarquías, sino de competencias asignadas dentro del mismo texto constitucional.

Como anota el profesor Gaspar Caballero Sierra **“(…) la casi totalidad de las nuevas Constituciones que crean tribunales o Cortes Constitucionales no las consideren como parte de la rama jurisdiccional, sino que les otorgan un título distinto, tal como acontece con las Constituciones belga, española, italiana, portuguesa, húngara, lituana, polaca, etc. Lo mismo aconteció con la primera Constitución que creó un Tribunal Constitucional, como fue la austríaca de 1920”**⁶.

Pero cualquiera que sea el modelo de jurisdicción constitucional, es evidente que hoy por hoy sus decisiones juegan un papel fundamental en la vida democrática de nuestros pueblos, al punto de tenerse ya muy superado el concepto inicial que, de algún modo, el profesor **Hans Kelsen** entrevió como una especie de legislador negativo y aceptarse, no obstante las críticas y la preocupación por establecerle unos límites, las llamadas **sentencias atípicas**, que como dice el profesor **Néstor Pedro Sagüés** son **“páginas novedosas de ésta disciplina (se refiere al derecho procesal constitucional) que décadas atrás hubieran espantado a más de un jurista clasicista, pero que en los tiempos que corren parecen haberse alojado de modo definitivo dentro del mundo jurídico”**⁷ (paréntesis fuera de texto).

La nueva dinámica de decidir más allá de lo que se conocía como sentencias en blanco y negro, es decir, constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a secas, y el creacionismo jurídico de los Tribunales o Cortes Constitucionales a partir

6 Caballero Sierra, Gaspar, *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá 2002, p. 10.

7 Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Editorial jurídica venezolana, Caracas 2006, p. 9.

de **sentencias atípicas** que **Perú, Chile** y otros países llaman **manipulativas**, como por ejemplo las aditivas, sustitutivas, exhortativas y prospectivas, que en **Colombia** hace más de una década se bautizaron como **sentencias moduladas**¹⁹⁷⁵, como por ejemplo las integradoras, condicionadas, diferidas, retroactivas, han generado fuertes tensiones no solo entre el legislador y la justicia constitucional, sino también entre el poder ejecutivo y estos Tribunales o Cortes Constitucionales, pues con frecuencia se denuncia la invasión de competencias propias del legislativo o del gobierno y se acusa que sus decisiones judiciales se tiñen de política, más como legislador positivo y en casos como ordenador del gasto público.

Como bien recuerda el citado profesor y exmagistrado colombiano **Gaspar Caballero Sierra**, “(...) el Tribunal Estatal del Reich Alemán, durante la vigencia de la Constitución de Weimar dijo: Bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de poder. La Constitución como estatuto jurídico de lo político”¹⁹⁷⁶

La Justicia Constitucional entonces, legítimamente protege los DESC de varias maneras: Bien sea ejerciendo el control de constitucionalidad de leyes que desarrollan normas superiores y sientan las bases de políticas públicas en derechos sociales como la salud, educación, trabajo, etc., casos en los cuales muchas veces ha fijado con precisión valores y principios de la Constitución, bajo el entendido de que en materia de derechos sociales el legislador no puede actuar de manera ilimitada, sino ajustado a la Carta Política; pero también suele hacerlo en sede de amparo constitucional (**acción de tutela en Colombia**), que si bien a diferencia de los efectos **erga omnes** que generan aquellos controles de constitucionalidad, éstas solo tienen efectos **inter-partes**, no obstante los jueces ordinarios deberán aplicar las mismas soluciones judiciales en casos reales con identidad fáctica, por razones de igualdad material.

Para tales efectos, los Tribunales o Cortes Constitucionales cuentan con los textos supraleales, que hoy día con base en el **Bloque de Constitucionalidad** generalmente se han aplicado a reconocer plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, concernientes a los derechos humanos¹⁹⁷⁷, lo que en nuestro sentir le da mayor consistencia constitucional a los DESC, no solo por la prevalencia de los tratados, convenios o pactos internacionales en derechos humanos en el orden jurídico interno de los países, sino porque irradia el catálogo de derechos fundamentales y garantías y somete ideológicamente a los órganos de poder estatal que establece la Constitución. Siguiendo el pensamiento del profesor **Néstor Pedro Sagüés**, “se debe alertar al juez que la supremacía de la Constitución

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

9 Caballero Sierra, Gaspar, *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá 2002, p. 32.

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574 de Octubre 28 de 1992.

no es únicamente superioridad normativa, sino también ideológica. Vale decir, que no se trata solamente de hacer prevalecer, en todos los casos a resolver, a las reglas jurídicas de la Constitución, sino también al espíritu político que las anima; esto es, el techo ideológico de la Constitución. Por tanto, tan inconstitucional es una sentencia que se aparta de la letra de la Constitución, como la que decide una litis en contravención a la ideología de la Constitución”¹¹.

Podemos preguntarnos entonces que, si las constituciones políticas modernas están impregnadas de derechos humanos, si esa es la ideología que las gobierna, si formalmente se consignan los derechos fundamentales pero en la realidad no se protegen, si el legislador tarda décadas en asumir su responsabilidad en derechos sociales, si las penurias de una sociedad no están realmente en la primera página de la agenda pública del gobierno, ¿puede un Juez Constitucional abstenerse de abordar y procurar la realización de un derecho vital como la salud, con el argumento de que hace parte de un derecho no justiciable? ¿Puede el Juez Constitucional considerar a salvo los principios y valores constitucionales, a pesar de la miseria social, y para no desatar el debate con los poderes públicos del Estado, inhibirse de decidir sobre un DESC? ¿Los jueces constitucionales deben o no vincularse a la fórmula internacional de progresividad de los DESC? Las respuestas positivas las vienen dando estos tribunales nacionales y los internacionales de derechos humanos, contribuyendo así a definir los contenidos esenciales de los DESC, a partir de las cláusulas de la interdependencia, indivisibilidad, universalidad que se han expresado en varios de los instrumentos internacionales señalados en el discurrir de éste trabajo.

4.2.3. Jurisprudencia constitucional en Colombia

El seminario sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que tuvo lugar en **Barcelona-España** los días 16 y 17 de diciembre de 2004, organizado por el Observatorio DESC en colaboración con la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores, cuestionó que el Tribunal Constitucional Español, con base en el art. 10-2 de la Constitución, solo hubiera invocado el PIDCP, **pero nunca el PIDESC**.

Desde Europa se mira cierta euforia de la justicia constitucional en América, siendo destacada la labor de los pocos Tribunales o Cortes Constitucionales que existen en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y los primeros pasos del Tribunal Constitucional de República Dominicana que dictó sus dos primeras decisiones la primera semana de febrero pasado, pero no menos importantes las Supremas Cortes de países como Argentina, Brasil, Costa Rica, Panamá o México.

11 Herrera Pérez, Jairo Enrique y Tarazona Navas, Julio Alberto, *Crisis Política, Jurídica, Social y Académica del Debido Proceso*, Editora Jurídica Nacional, Segunda Edición, 2011, Bogotá-Colombia, p. 33.

La **Corte Constitucional de Colombia**, ha empleado con frecuencia en sus sentencias¹² la argumentación “**por conexidad**”, para “**comunicar**” a otros derechos el carácter de fundamentalidad, que poseen intrínsecamente algunos derechos.

Así por ejemplo se ha decidido amparar el derecho a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida, en la decisión de amparo **T-571 de 1992**.

Ejerciendo control de constitucionalidad y comunicando la subsistencia digna con la seguridad social, se ha pronunciado en la **C-177 de 1998** y **SU-1354 de 2000**.

Con la Sentencia **C-1433 del año 2000** se declaró inexecutable la Ley 547 de 1999 de Presupuesto de rentas, capital y apropiaciones para la vigencia fiscal de 2000, por no garantizar el cubrimiento del aumento salarial de los servidores públicos.

Igualmente se ha decidido amparar el derecho a una vivienda adecuada en sede de tutela con la sentencia **T-079 de 2008**.

Pero las decisiones más trascendentales las ha proferido a partir de lo que califica como “**estado de cosas Inconstitucional**”, a través de las llamadas **Sentencias Estructurales** que impactan la situación financiera del Estado Colombiano. Estamos refiriéndonos a las decisiones de tutela sobre desplazamiento forzado (producto del conflicto armado interno) y derechos a la salud. Subrayamos solamente, que no tardará en estallar el nuevo desafío que provoca el invierno en Colombia y genera miles de lo que algunos llamamos, desplazados climáticos.

Respecto al estado de cosas inconstitucional sostuvo la Corte “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

12 Herrera Pérez, Jairo Enrique, “Control Judicial Internacional de DDHH”, en obra colectiva *Horizontes Contemporáneos del Derecho procesal Constitucional*. Tomo II, p. 798.

En este planteamiento que hizo la Corte Constitucional en la sentencia **T025 de 2004**, fallo que ha traspasado fronteras para su estudio, el alto Tribunal también estimó a favor de la población **desplazada y altamente vulnerable**, que la actitud del Estado al omitir brindarles protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades, le viola los derechos a la **“vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños”**.

Esta sentencia mostró grandes avances al impulsar la creación de políticas públicas, redefinir el problema del desplazamiento, no como un efecto colateral del conflicto armado sino como, lo que realmente es, un problema de violación de los derechos humanos, transformando la opinión pública y ejerciendo un efecto de **“desbloqueo”** de las entidades estatales que se encontraban sumergidas en una maraña burocrática.

Como desarrollo del **Principio de Cortesía Constitucional**, la Corte Constitucional y con base en los derechos fundamentales de la población desplazada, sostuvo: “Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. **Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional”**.

Finalmente la Corte Constitucional envía un claro mensaje a las autoridades del Estado, al decir “Las autoridades están obligadas –por los medios que estimen conducentes– a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.

Pero superando la tesis de la **“conexión”** en la Sentencia **T-760 del 31 de julio de 2008**, además de desatar 22 acciones de tutela acumuladas y 13 problemas jurídicos planteados, la Corte Constitucional reafirma que la **salud es un derecho fundamental**, de acceso directo por vía de tutela, que debe ser garantizado a todas las personas de manera oportuna, eficaz y con calidad y ordena adoptar medidas para

que progresivamente se alcance la cobertura universal y asegurar el flujo de recursos al sistema de salud que permita el goce efectivo del derecho por todas las personas.

El conservadurismo jurídico califica de activista a la Corte Constitucional de Colombia, no solo por éste tipo de sentencias sino por el monitoreo que posteriormente hace la Corporación para verificar el cumplimiento de sus fallos, tarea en la que no está solitaria en el Continente americano, como dan cuenta muchos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Chile y Perú, como sucintamente lo consigna el profesor **Víctor Bazán** en la ponencia mencionada párrafos anteriores.

4.2.4. Jurisprudencia internacional

Si la Jurisdicción ordinaria y la Justicia Constitucional no logran el amparo de los DESC, a pesar de consagrarse en las Cartas Políticas el llamado Bloque de Constitucionalidad y por tal virtud la plena vigencia de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados, la víctima no tendrá otra opción que acudir al escenario internacional para presentar su queja individual bien ante un Comité o ante la justicia, que para el caso, correspondería al Tribunal Europeo o la Corte Interamericana de derechos humanos.

Se trata de tribunales internacionales con dinámicas algo diferentes, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (**en adelante TEDDHH**) con sede en **Estrasburgo** (Francia), tiene acceso directo para recibir las quejas o denuncias por presuntas violaciones de derechos humanos, lo que genera un volumen de trabajo que retarda las decisiones.

A su turno la Corte Interamericana (**en adelante Corte IDH**) con sede en **San José** de Costa Rica, solo recibe los casos que presenta con informe la Comisión Interamericana de derechos humanos, lo que indica que quien acude al sistema interamericano debe primero pasar por **Washington**, sede de la Comisión, en donde se vive una congestión semejante a la que tiene el TEDDHH.

Se comprende entonces que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no sea tan extensa como la producida por el Corte Europea de Derechos Humanos, pues aquélla no alcanza ciento cincuenta sentencias de fondo, mientras que ésta ha producido miles de fallos.

Sin embargo, con una lente crítica registramos cómo en Europa, un número tan alto de fallos no logran forzar y acelerar políticas públicas que progresivamente avancen hacia la realización de los DESC y nos preguntamos entonces por la efectividad de esa protección judicial y por el cambio de actitud no solo de los Estados sino del propio TEDDHH. Es probable que con el Sistema Interamericano suceda lo mismo, pero

en Colombia por ejemplo, existe alta preocupación en el Gobierno con solo once condenas impuestas por la Corte IDH en sus 31 años de vida institucional y en el Continente aumenta el interés por establecer diálogos jurisprudenciales entre las altas Cortes y la Corte IDH, para tratar de ajustarse mejor a los estándares internacionales de derechos humanos, razón por la cual últimamente se hacen sesiones extraordinarias en diferentes países que hacen parte de la Organización de Estados Americanos –OEA– y se dictan cursos exclusivamente para empleados públicos y sólo excepcionalmente se conocen amenazas de algunos gobiernos para retirarse del sistema como en el pasado lo hizo Perú y hace pocas horas lo hiciera Venezuela.

Europa tiene multiplicidad de casos donde violaciones de DESC se han judicializado, sin tener en vigencia el Protocolo del PIDESC ni ser de los dos excepcionales eventos que según la Carta Social Europea admiten denuncias individuales (recuérdese que se trata de asuntos laborales y de seguridad social) como sucediera en el caso de **Gregoria López Ostra y Guerra contra España**, donde el **TEDHH** consideró que no se mantuvo un justo equilibrio entre los intereses económicos del Municipio de Lorca con el respeto al domicilio y la vida privada y por conexión protegió el derecho a la salud que se afectaba con la emisión de gases de una estación depuradora de aguas y desechos que se instaló muy cerca de la vivienda de la víctima.

En el caso **Mellacher y otros contra Austria**, el **TEDDHH** con sentencia del 19 de diciembre de 1989 hace una construcción doctrinaria novedosa del Derecho a la Propiedad.

En el caso de la señora **Zwaan de Vries contra Holanda**, el Comité de derechos humanos corrigiendo a la Municipalidad de Amsterdam, sentó jurisprudencia acerca de la progresividad en seguridad social y la no discriminación de la mujer desempleada.

A su turno el Sistema Interamericano también tiene casos emblemáticos donde se han protegido DESC, como lo hiciera con las condenas del 19 de noviembre de 1999 en el caso **Los niños de la Calle contra Guatemala**, en la sentencia del 2 de febrero de 2001 en el caso **Ricardo Baena contra Panamá**, en la Sentencia del 31 de agosto de 2001 en el caso **Comunidad Mayagna contra Nicaragua**.

Estos tres fallos, como suele suceder en materia de DESC, tienen un común denominador: Se protegió **población vulnerable**.

En efecto, en el caso de los niños de la calle (Villagrán Morales) contra Guatemala, la Corte IDH “(...) **en primer lugar trabaja una población doblemente vulnerable: personas menores de edad y en riesgo social. En segundo lugar la Corte concluye que un Estado no solo viola el derecho a la vida cuando por actos de sus funcionarios muere una persona, sino cuando el Estado no garantiza las posibilidades y opciones**

para que las personas menores de edad que viven en la calle puedan tener un proyecto de vida”¹³.

Dijo la Corte IDH “(...) 191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”³³, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

En el caso de Panamá **“enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los arts. 16, incs. 2º y 3º, de la CADH y 8.3 del Protocolo de San Salvador”¹⁹⁸⁰**. Se trató de 270 empleados públicos despedidos arbitrariamente, por haber participado de una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad en una asonada militar.

Sostuvo allí la Corte IDH “156. Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”.

157. El Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye el “reconocimiento del principio de libertad sindical” como requisito indispensable para “la paz y armonía universales”.

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos.

¹³ Bazán, Victor, obra colectiva precitada, pp. 656 y 657.

159. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

160. Consta en el acervo probatorio del presente caso que al despedir a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones. Aún más, se destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la Ley 25, siguiendo las órdenes del Poder Ejecutivo, se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector”.

El caso **Comunidad Mayagna y AwasTingni contra Nicaragua**, el Estado fue condenado por violar el derecho de propiedad que le asiste a ésta comunidad indígena sobre sus tierras ancestrales y los recursos naturales al no haber demarcación y hacer una concesión sin la consulta previa.

Precisó la Corte IDH “143. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

144. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.

145. Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada”.

146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el

derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.

147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Como se ve en estos pocos casos, la protección judicial de los DESC en el escenario internacional es una realidad, y en manera alguna aceptamos que se cuestione y evalúe de acuerdo con la ejecución de las decisiones, pues así como la existencia de los derechos sociales no depende de la eficacia de las políticas públicas, la existencia de la protección judicial no está supeditada al cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados condenados. Sobre este tema podemos tener sentimientos encontrados, pues celebraríamos que todo derecho escrito se realizara y que toda sentencia de condena se cumpliera por los Estados, y no desconocemos que los DESC por décadas han sido letra muerta y que a la fecha hay condenas como el caso **Ricardo Baena contra Panamá**, cuya ejecución plena después de once (11) años se encuentra pendiente, pero peor sería no haber avanzado en nada, no tener constitucionalizados los DESC, no existir las valientes providencias judiciales locales e internacionales que ordenen su protección, pues ya con esa base la sociedad civil, los partidos políticos de oposición, los medios de comunicación, las ONG’s y ante todo la academia, pueden

presionar, y los investigadores y defensores de derechos humanos lo debemos plantear en eventos nacionales e internacionales, escribiendo, publicando, denunciando sincera y sensatamente, pues el compromiso no termina con el aplauso por una inteligente conferencia de algunos minutos, y la verdadera tarea es concientizar a los futuros colegas, para que los padres de la corrupción, el despilfarro y la desidia administrativa, se sientan observados y así sea contra su voluntad acepten reconocerle y realizarle los derechos a las víctimas, a los que tanto necesitan, a los más pobres, a los más vulnerables y a los niños de nuestros pueblos.

V. La sostenibilidad Fiscal

Este concepto hace referencia, en lo pertinente para el estudio que estamos abordando, a que el Estado disponga, efectivamente, de los recursos financieros suficientes para realizar el plan de inversión social, alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de derecho y reconocer los derechos fundamentales de todas las personas. No se conocen muchos países que hayan llevado reglas fiscales numéricas al rango constitucional; Se cuentan algunos europeos como **Alemania, Suiza, Polonia**, en África el país de **Comoros** y en el continente americano **Brasil y Colombia**.

Innegablemente toda Constitución Política tiene un modelo económico que debería servir a la realización de los derechos fundamentales de las personas, tema sobre el cual el profesor colombiano **Julio Alberto Tarazona Navas**, hace una década pronosticó “Pero la consagración del modelo económico neoliberal allí, contradice la consagración de los derechos sociales fundamentales. Dentro de un Estado neoliberal no puede tener vida el Estado Social de Derecho porque, a mi juicio, dentro de un marco económico neoliberal que practica un capitalismo absorbente, no pueden tener realización los derechos sociales.....Y digo que nuestra Carta Política es de corte neoliberal, porque, dentro de este modelo económico, se pretende debilitar al Estado, reduciendo su intervención en la vida económica y social, vender todos sus activos y abrir un espacio al concurso del sector privado. Se da rienda suelta a las privatizaciones y a la disminución del tamaño del Estado. Vienen los ajustes fiscales para pagar la deuda externa del país y la deuda interna y externa de los Entes territoriales, quedando reducidos los derechos sociales..... Por ello, el país no necesita tanto del ajuste fiscal, sino del ajuste moral de los colombianos para comprender la cruda realidad que nos azota”¹⁴.

Precisamente los colombianos recién asistimos al trámite de un proyecto de reforma constitucional que en un primer momento pretendía elevar a principio constitucional la **SOSTENIBILIDAD FISCAL**.

14 Tarazona Navas, Julio Alberto, *El Estado Social de Derecho y la Rama Judicial*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2002- Colombia, Pág 48.

Muchos fueron los reparos que se hicieron sobre el particular, pero primordialmente se sostuvo en el Congreso de la República que de introducirse como principio constitucional podría afectar los elementos esenciales de la Constitución de 1991, razón por la que se propuso por el Gobierno Nacional que entonces se consagrara como derecho, a lo que se advirtió que serían evidentes los roces o choques con los derechos fundamentales.

¿Pero realmente qué inspiraba la reforma constitucional de la SOSTENIBILIDAD FISCAL? A nuestro juicio, la intención velada de amarrar los derechos sociales y económicos de la población a reglas rígidas de carácter fiscal, sin tocar los impuestos y además amordazar a la justicia ordinaria y constitucional, para que bajaran la guardia con las condenas que vienen profiriendo en materia de derechos sociales y culturales.

Finalmente después de todos los peajes que tuvo que atender el proyecto en la sede legislativa, se convirtió en una más de las más de treinta reformas constitucionales que ha debido resistir una Carta Política que apenas cumplirá veintiún años de vigencia en Colombia.

Se trata del **Acto Legislativo # 3 del 10 de Julio año 2011**, de tan solo tres (3) artículos, primero (1º) de los cuales transcribimos, por la intención que tenemos de destacar la lucha y defensa de los DESC en contra de los mezquinos intereses del Estado.

“Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, **en un marco de sostenibilidad fiscal**, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales,

podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las **consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas**, así como el plan concreto para su cumplimiento y **se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma**, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. **En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.**

Parágrafo: Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” (negrita fuera de texto).

El exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Profesor **José Gregorio Hernández** calificó de injusta la reforma citada, diciendo “esta enmienda rompe brutalmente con el carácter social señalado al sistema jurídico por los constituyentes de 1991, y en la práctica, al aplazar indefinidamente el logro de los objetivos del Estado Social de Derecho, convierte ese elemento esencial de la Constitución en pura teoría”¹⁵.

Varios aspectos merecen resaltarse, respecto de esta reforma constitucional en Colombia, que bien puede servir de alerta temprana para los países europeos y latinoamericanos en donde se viven dificultades en las finanzas públicas y se esperan crisis económicas que pueden intentar afrontarlas a través de reformas constitucionales o legales, en detrimento de los derechos humanos.

El primero de ellos, son los efectos de las sentencias judiciales en las finanzas públicas, que constituyen un malestar permanente del poder ejecutivo, al considerar que los jueces no deben impactar la economía del Estado porque se corre el riesgo de afectar o alterar la inversión social y los planes de gobierno.

En segundo lugar se sostiene que la economía del Estado no puede ni debe ser del resorte de los jueces, porque se trata de un asunto competencial del poder ejecutivo y el legislador.

En tercer lugar se insiste en que los DESC son de carácter programático y por tanto su progresiva eficacia debe obedecer a políticas públicas que dependen de aspectos presupuestarios.

La verdad no encontramos una razón poderosa para que los jueces se abstengan de procurar los fines del Estado, como por ejemplo, promover a través de una sentencia la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Mucho menos parece fundamentada la tesis de aislar a los jueces, de las políticas públicas relacionadas con la progresividad de los DESC, si tenemos en cuenta que estas políticas nacionales no son vinculantes para tribunales u organismos

15 Gregorio Hernández, José, “Una Reforma Injusta”, Periódico LA LEY, Edición # 24, Enero-febrero 2012, Bogotá, Página 8a.

internacionales donde una vez demostrada la responsabilidad del Estado, las reparaciones se ordenan con miras a la más justa protección de la víctima, que a la protección de las finanzas públicas.

Los Estados deben entender de una vez por todas, que los DESC no constituyen simples aspiraciones de una determinada sociedad y decidirse a tomar en serio la Constitución Política y los Tratados Internacionales que suscriben y ratifican, sobre derechos humanos, para que lo escrito formalmente se traduzca en realidad, sin tratar habilidosamente de amarrar a sus jueces, de amordazarlos para que se limiten en la impartición de justicia.

Los jueces de cualquier orden, pero con mayor razón la justicia constitucional e internacional de derechos humanos, deben gozar de autonomía e independencia y por tanto no pueden ser sometidos a factores económicos de los Estados que limiten la libertad con que deben decidir los casos, mientras no se hacen acciones efectivas para frenar la corrupción política y administrativa y no se implementa una verdadera política de repetición en contra de los funcionarios públicos responsables de las condenas en contra del Estado.

Por eso celebramos el **parágrafo** que se insertó en el **artículo 1º de la reforma**, que hemos transcrito y subrayado, que impide a los poderes públicos, so pretexto de la sostenibilidad fiscal, menoscabar, restringir o negar la protección de los derechos fundamentales, con lo cual consideramos que fracasó la verdadera intención que motivó al Estado para impulsar la reforma constitucional.

Así parece haberlo entendido nuestra **Corte Constitucional** en la **Sentencia de constitucionalidad C-288 proferida el 18 de abril de 2012**, esto es, hace dos semanas, cuyo boletín de prensa sostiene:

“El problema jurídico que fue abordado por la Corte Constitucional en esta oportunidad radicó en determinar, si el Acto Legislativo 3 de 2011 que consagra el principio de sostenibilidad fiscal, es en realidad una sustitución de la Constitución, en cuanto subvierte la cláusula de Estado Social de Derecho, la separación de poderes y la primacía de los derechos fundamentales, aspectos estructurales del modelo constitucional vigente. Al respecto la Corte encontró que el acto legislativo en cuestión no supuso el efecto desquiciador de algún fundamento axial de la Constitución como lo sugirió el demandante (...). En primer lugar, la Corte precisó que las modificaciones introducidas a la Constitución por el Acto Legislativo 3 de 2011, afectan contenidos que hacen parte únicamente del título XII ‘Del régimen económico y de la hacienda pública’, en particular, las reglas constitucionales sobre intervención del Estado en la economía, al igual que las definiciones del plan nacional de desarrollo y el plan de inversiones contenido en el presupuesto general de la Nación. Advirtió que aunque es evidente que la Constitución no puede ser válidamente interpretada a partir del estudio aislado de sus distintas disposiciones, en todo caso resulta importante destacar que las precisiones que

determinan tanto la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, así como las que enlistan los fines esenciales del Estado, no sufrieron ninguna modificación nominal. A su juicio, ese núcleo dogmático de la Constitución, descrito principalmente en los artículos 1º y 2º superiores mantiene su vigencia y eficacia como criterio ordenador e identificador del Estado. Las normas que integran lo que se ha denominado por la jurisprudencia como la Constitución Económica, tienen, de manera general, un carácter instrumental y no son fines en sí mismos. En otras palabras, la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y la definición constitucional de los fines esenciales del Estado son el soporte teórico para la aplicación de medidas concretas, cuyo marco general lo fijan las previsiones de la Constitución Económica. Por lo tanto, prima facie, estas medidas o acciones instrumentales carecerían de un alcance tal que pudiesen alterar la base dogmática que las justifica (...).

(...) Por otra parte, la Corte resaltó que el criterio de sostenibilidad fiscal se interpreta conforme al **principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos**. Observó que el principio de progresividad es uno de los aspectos relacionados con la eficacia de los derechos constitucionales que la jurisprudencia de esta Corporación ha analizado, en especial, **a la luz del derecho internacional de los derechos humanos**, conforme lo prescribe el artículo 93 de la Constitución. En ese sentido, el Acto Legislativo 3 de 2011 no plantea un principio de regresividad de naturaleza diferente, sino que debe entenderse a partir de las reglas que la Corte ha fijado sobre la materia, al definir su contenido y alcance, de tal manera que la sostenibilidad fiscal no puede convertirse en un instrumento para negar la protección efectiva de los derechos constitucionales, **aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales o garantizar la faceta prestacional** que tienen todos los derechos consagrados en la Carta Política. A juicio de la Corte, el párrafo adicionado al artículo 334 de la Constitución, según el cual, la aplicación de la sostenibilidad fiscal debe ser compatible con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales, debe leerse de manera armónica con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para determinar la iusfundamentalidad de una posición jurídica particular. Por ende, **debe rechazarse, por ser contraria a la Constitución, una interpretación de la prohibición del menoscabo de tales derechos basada en la distinción, ya superada, entre derechos fundamentales de la primera generación y derechos sociales, económicos y culturales, de la segunda generación**, de manera que la sostenibilidad fiscal tenga por objeto aplazar o restringir el alcance de los derechos sociales, en oposición a los derechos fundamentales” (La negrita fuera de texto).

Así las cosas, fue declarada la constitucionalidad del Acto Legislativo # 3 de 2011, a través de este fallo trascendental, cuyo texto completo aún se desconoce, quedando más claro el mensaje a todos los jueces de Colombia, y agrego, del mundo, para que continúen impartiendo justicia, de manera mesurada, racional y proporcionada, pero justa conforme al daño que reciben las víctimas, y sin temor a las censuras de los técnicos y expertos en economía.

PUEBLOS INDÍGENAS: TIERRA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES. EL DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL

Nadia Paola Iriarte Pamo

Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Master en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. La tierra, el territorio y los recursos naturales en la cosmovisión indígena.

1. Importancia y relación especial. 2. Un todo integral. 3. Carácter colectivo. 4. Lo que se demanda. **II. El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano.** 1. Las herramientas interpretativas de la hermenéutica del artículo 21 de la Convención Americana: interpretación evolutiva y principio pro homine. 2. Titularidad del derecho a la propiedad comunal. 2.1. La construcción interpretativa de la Corte. 2.2. El problema de la ausencia del título formal. 3. Contenido del derecho a la propiedad comunal. 3.1. Particularidad de la propiedad comunal o identidad de la propiedad comunal con la propiedad privada de particulares. 3.1.1. Sobre la relación especial. 3.1.2. Interrelación con otros derechos. 3.1.3. La inclusión de los recursos naturales en la propiedad comunal. 3.2. Sobre el contenido del derecho a la propiedad comunal. 4. Límites del derecho a la propiedad comunal. **III. Reflexiones sobre el tratamiento del derecho a la propiedad comunal en el Sistema Interamericano.** 1. Sobre las herramientas interpretativas. 2. La propiedad comunal en el Sistema Interamericano: ¿derecho colectivo?. 3. La configuración del derecho a la propiedad comunal.

I. La tierra, el territorio y los recursos naturales en la cosmovisión indígena

La tierra, el territorio y los recursos naturales, constituyen importantes demandas de los pueblos indígenas. En este apartado, tomando en cuenta la cosmovisión indígena, desarrollaremos los principales rasgos característicos de dichas demandas.

1. Importancia y relación especial

Dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas, la tierra es algo más que una fuente de recursos y la relación que establecen con ella es uno de los elementos que mejor caracterizan la identidad indígena¹. Para estos pueblos la recuperación y la protección de sus tierras son la condición sine qua non de su supervivencia como colectividades identificables².

En sus propias palabras, dichos pueblos señalan: “para nosotros los indígenas, la tierra no sólo es el objeto de nuestro trabajo, la fuente de los alimentos sino el centro de toda nuestra vida, la base de nuestra organización social, el origen de nuestras tradiciones y costumbres”³. Asimismo, manifiestan “(...) no nos sentimos dueños de ella; es nuestra madre, no es una mercancía, es parte integral de nuestra vida. Es nuestro pasado, presente y futuro (...). Las tierras y el pueblo indígena son inseparables. La tierra es vida y no se puede comprar ni vender. Es responsabilidad nuestra cuidarla según la tradición, para garantizar nuestro futuro”⁴.

Entonces, para los indígenas la tierra no es una mercancía que se pueda vender, apropiarse o usufructuar indiscriminadamente, sino que es parte integral de sus vidas. La tierra está dotada de un significado sagrado, está integrada en las relaciones sociales y es fundamental para poder definir su existencia e identidad; por lo tanto, debe usarse, pero sin alterar su ecosistema, debe ser conservada sin cambios mayores a favor de las futuras generaciones. De la que denominan la “Madre Tierra” obtienen todo lo necesario para el óptimo desenvolvimiento de su vida sin que ello conlleve ni el derroche ni el agotamiento de los recursos. Las plantas y animales con los que conviven en su tierra no son simples recursos naturales, sino que forman parte de su universo social y espiritual. Todos ellos juntos componen un equilibrado y armonioso mundo⁵.

Estos pueblos mantienen vínculos históricos, espirituales y culturales con su tierra, pues es el lugar donde vivieron sus ancestros, en ella se encuentran zonas consideradas sagradas y pueden desarrollar su forma de vida tradicional. Así, el valor cultural,

-
- 1 APARICIO WILHELMI, Marco, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 406.
 - 2 STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 26.
 - 3 II Congreso Nacional de la Asociación Nacional de Usuarios, Campesino, Colombia, 1974.
 - 4 Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas “500 años de resistencia indígena, negra y popular”, CONAIE-ECUARUNARI-CDDH, Quito, 1990.
 - 5 OLIVA MARTÍNEZ, Daniel, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y derechos humanos*, Primera Edición, CIDEAL, Madrid, 2005, p. 124; BERRAONDO LÓPEZ, Mikel, “Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin”, en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 73 - 74.

espiritual e histórico encarnado en la tierra indígena difiere sustancialmente, del valor productivo o comercial atribuido a la propiedad privada de particulares.

En suma, para los pueblos indígenas, la tierra, el territorio y los recursos naturales no son meros bienes económicos; antes bien, constituyen un todo del que los hombres forman parte y cuya desmembración vaciaría su sentido con efectos destructivos sobre su identidad, sus creencias y su razón de ser.

En la cultura indígena existe una relación especial entre la tierra y el hombre, pues ambos son parte de la naturaleza. Esta relación profunda y peculiar con la tierra, que incluye a los recursos naturales, tiene dimensiones y componentes de carácter cultural, social, espiritual, etc.

Sobre el particular, José Martínez Cobo enfatiza que es “esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tal y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas”⁶.

Finalmente, bajo la misma orientación, Erica-Irene Daes precisa que: a) existe una profunda relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios y recursos; b) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas; c) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y d) el aspecto intergeneracional de esta relación es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas⁷.

2. Un todo integral

La tierra-territorio indígena, por esencia, es “un todo integral”. Su naturaleza se basa en la integración de elementos físicos y espirituales que vincula un espacio determinado con un pueblo. En ese sentido, no es posible reconocer la tierra-territorio y desconocer sus componentes.

Sobre el tema, estos pueblos expresan: “Mantenemos los derechos inalienables a nuestras tierras y territorios, a todos nuestros recursos, suelo y subsuelo, y a nuestras

6 MARTÍNEZ COBO, José, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, 30 de septiembre de 1983, párrs. 196 -197.

7 DAES, Erica-Irene, *Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y a las minorías. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001, párr. 20.

aguas. Afirmamos nuestra continua responsabilidad de pasarlos a las futuras generaciones. No se nos puede sacar de nuestras tierras. Nosotros, los pueblos indígenas, estamos unidos por el ciclo de la vida a nuestras tierras y a nuestro medio ambiente”⁸. Asimismo, refieren que “(...) el derecho al territorio deber ser considerado como una concepción integral. El hombre es parte de la naturaleza; en esa medida, el territorio comprende el suelo, el subsuelo y la atmósfera (...)”⁹.

Al respecto, Pedro García manifiesta que la tierra-territorio indígena, en tanto “un todo integral”, no puede estar sujeta a la desintegración de sus partes –fauna, flora, espacios sagrados, etc.– sin riesgo de destruirse, deteriorarse o alterar su esencia y su finalidad. Desde la perspectiva indígena, los recursos naturales no sólo son elementos materiales, sino también simbólicos, vinculados específicamente al hábitat integral que mantienen bajo control cultural, a los sentimientos subjetivos de pertenencia, de identidad y de dignidad, y a la dinámica cultural del pueblo¹⁰.

La desintegración de los territorios indígenas en una constelación de derechos sobre los diferentes componentes que lo constituyen es incompatible con la función económica y social del territorio; con los derechos a la identidad, al libre desenvolvimiento, al desarrollo; y con el respeto a la integración espiritual y cultural de un pueblo con su territorio. Un territorio que se ofrece descompuesto en una serie de elementos jurídicamente diferenciados, con sistemas de administración separados, con distinto órgano ejecutor, impide a un pueblo ejercer el necesario control cultural y económico. En ese sentido, reconocer un territorio indígena sin sus elementos y fuerzas naturales es reconocer un esqueleto irreconocible, sin capacidad de vida¹¹.

Por su parte, Rodolfo Stavenhagen señala que “la cuestión de los derechos a la tierra no puede dissociarse de la cuestión del acceso a los recursos naturales y su utilización por parte de las comunidades indígenas (...). Las organizaciones indígenas han pedido con insistencia que se preste atención a esos derechos, puesto que el acceso a los recursos naturales presentes en su hábitat es esencial para su desarrollo económico y social (...) el conjunto formado por la tierra, el territorio y los recursos constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas”¹².

En síntesis, considerando la vinculación de un pueblo indígena con la tierra, el territorio y los recursos naturales, y su concepción como “un todo integral”, donde sus diferentes elementos no son recursos apropiables económicamente sino componentes

8 Declaración de Kari-Oca, Kari-Oca (Brasil), 30 de mayo de 1992.

9 Declaración de Copenhague, Encuentro “Visiones de Abya Yala”, Copenhague, agosto de 1996.

10 GARCÍA, Pedro, “Territorios Indígenas: tocando a las puertas del derecho”, en *Revista de Indias*, Vol. LXI, Núm. 223, Madrid, 2001, pp. 644 - 645.

11 *Ibid.*, pp. 632 - 634.

12 STAVENHAGEN, Rodolfo, *Cuestiones indígenas*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002, párrs. 55 - 57.

de un todo, la desmembración de la tierra-territorio indígena supondría su desnaturalización y la privación de su verdadero significado.

3. Carácter colectivo

La tierra, el territorio y los recursos naturales pertenecen a toda la comunidad. Cabe precisar que la canalización de sus demandas mediante el derecho a la propiedad, no se configura a través de aquella concepción tradicional, según la cual el individuo es titular del derecho, sino a través de una propiedad comunal, en la que su titular es el pueblo indígena.

Como bien señala Soledad Torrecuadrada, los pueblos indígenas defienden la propiedad colectiva de las tierras al entender que éstas proporcionan beneficios a toda la comunidad y rechazan su posible apropiación individual¹³. Recordemos que la unidad social desde la que articulan su vida y cultura es la comunidad.

Es de notar que la propiedad comunal, reivindicada por los pueblos indígenas, no se refiere a la dotación de una parcela privada, sino al reconocimiento, por parte del Estado, de un espacio sociocultural y político, vital para el ejercicio pleno de sus derechos. En el apartado siguiente abordaremos al detalle este asunto.

4. Lo que se demanda

Las demandas de los pueblos indígenas no son por un simple bien o medio de producción, sino que incluyen diversas cuestiones de carácter social, político, económico, cultural y espiritual. Así, no sólo se habla de un espacio que ocupar, sino que se hace referencia a su fuente de identidad, de sustento material y relación espiritual; a su posibilidad de sobrevivir y consolidarse como pueblos, ya que sus tierras-territorios son considerados como espacios de continuidad, afirmación cultural y ejercicio de autonomías; y, a su posibilidad de tomar decisiones sobre su territorio.

En esa perspectiva, reparamos junto con Osvaldo Kreimer que los derechos que reclaman no son simplemente una cuestión de bienes, y su construcción no debe basarse en el clásico enfoque de “propiedad” sobre el que se articula el derecho civil. Estos derechos incluyen un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, y para su propio desarrollo, o como prefieren los expertos indígenas, para llevar a cabo “sus planes de vida” y contar con sus propias instituciones políticas y sociales¹⁴.

13 TORRECUADRADA, Soledad, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 103.

14 KREIMER, Osvaldo, *Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios*, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.K/XVI. GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, 20 de febrero de 2003, p. 3.

Bajo esta orientación, el reconocimiento, respeto y conservación de los derechos sobre sus tierras-territorios es fundamental para garantizar la continuidad y existencia de los pueblos indígenas; pues es allí donde estos pueblos desarrollan su cultura, su relación con la naturaleza, sus manifestaciones artísticas, sus creencias, su perspectiva histórica propia, etc. La tierra-territorio constituye el elemento fundamental que proporciona cohesión social, espiritual y cultural.

De ahí que los pueblos indígenas reclamen no cualquier tipo de tierra-territorio, sino que se refieren, en sus propias palabras, a “territorios ancestrales, aquellos en los cuales está escrita nuestra historia, la tierra, que es nuestra madre, y que es nuestra razón de ser, no es cualquier tipo de tierra, es aquella que llevamos en el cuerpo, en la vida pero también en la muerte”¹⁵.

Ponemos de relieve que, desde hace algún tiempo, la reclamación de las tierras indígenas está siendo integrada y potenciada en el concepto de territorio indígena, como parte del discurso de derechos de los pueblos indígenas, que se articula en torno al principio de autodeterminación. Bajo esa perspectiva, la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica-COICA señala: “cuando hablamos de nuestro derecho al territorio y no solo a la tierra, hablamos de ejercer un poder, así como un ente público, un municipio por ejemplo, ejerce dentro de los límites de su jurisdicción y competencia, sin atentar a la soberanía del Estado nacional. Es decir, el derecho a ejercer influencia y control sobre lo que ocurre en esos espacios, cómo se usan y se dispone de ellos. A la participación como colectividades en las decisiones que afectan a esos territorios y a los recursos allí existentes. A aplicar dentro de nuestro territorio nuestras normas, costumbres y tradiciones. A autorregular nuestras formas de organización social y de representación, a orientar y administrar nuestra economía y el aprovechamiento de las riquezas y recursos naturales existentes, y a precautelar el equilibrio ecológico y evitar la degradación ambiental”¹⁶. Entonces, las nociones de pueblo, territorio y autonomía están vinculadas. El reconocimiento del pueblo indígena -portador de una cultura propia-, no puede hacerse desconociendo el derecho al territorio que implica el ejercicio de actos de gobierno.

Resulta así que la complejidad es una nota característica de este tipo de reivindicaciones. En este extremo, son pertinentes las palabras de José Aylwin, quien sostiene que la demanda de territorio de los pueblos indígenas es compleja, puesto que ella tiene componentes de carácter material, relacionados con los espacios físicos reivindicados y los recursos que hay en ellos, así como componentes inmateriales,

15 COBARIA, Berito, *Manifiesto por la Vida y la Dignidad. El Pueblo U'wa Denuncia*, Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC, Bogotá, 1997, p. 15.

16 COORDINADORA DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS DE LA CUENCA AMAZÓNICA-COICA, *Agenda Indígena Amazónica. Volviendo a la Maloca*, Quito, 2005, p. 31.

de carácter político y simbólico. Por lo mismo, su comprensión y aceptación por los Estados resulta ser más difícil¹⁷.

Finalmente, traemos a colación las apreciaciones de José Bengoa, quien considera que si bien la cuestión de la tierra ha sido tradicionalmente la principal demanda de los pueblos indígenas, esta temática se ha ido abriendo a dimensiones cada vez más complejas: la territorial y la ambiental. La dimensión territorial, según el autor, consiste en comprender la tierra como un recurso material y cultural, y como el soporte político de la existencia de un pueblo. Refiere que ya no es sólo el valor productivo de la tierra, sino, y sobre todo, su valor simbólico, pues es el espacio de reproducción de la pertenencia social. En relación a la segunda dimensión, manifiesta que el movimiento indígena ha desarrollado un discurso que no sólo trata de reivindicar las tierras indígenas, sino también de conservarlas, mejorarlas, recuperarlas y llevar a cabo un desarrollo sustentable¹⁸.

II. El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano

La historia de los derechos nos muestra cómo, en su catálogo, se van paulatinamente incorporando derechos que satisfacen necesidades que surgen y se considera imprescindible proteger a través de dicha figura. Siguiendo a Rafael Escudero, cabe acudir a ella con el objeto de constatar que existen necesidades originadas en un determinado momento y que sólo pueden ser resueltas a través de la figura de los derechos de titularidad colectiva, por la especial protección que les caracteriza. Es decir, que para satisfacer determinadas pretensiones o demandas no basta con el ejercicio de derechos individuales, sino que se precisa de derechos colectivos¹⁹.

Los pueblos indígenas vienen reclamando la satisfacción de distintas necesidades de carácter cultural, territorial, social, etc. La figura jurídica de la “propiedad” no es propia de una cosmovisión indígena; sin embargo, está siendo utilizada para integrar las demandas de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales a los ordenamientos jurídicos. Tales reivindicaciones se vienen canalizando a través del derecho a la propiedad comunal que constituye uno de los principales derechos colectivos de los pueblos indígenas²⁰.

17 AYLWIN, José, *El Derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales*, Documento presentado en la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios, convocada por la Organización de Estados Americanos en Washington D.C., 7 y 8 de noviembre de 2002, p. 7.

18 BENGEOA, José, “Pueblos indígenas, tierras y territorios”, en Fernando Eguren (Ed.), *Reforma agraria y desarrollo rural en la región andina*, Centro Peruano de Estudios Sociales - CEPES, Lima, 2006, p. 155.

19 ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie”, en Francisco Javier Ansuátegui (Ed.), *Una discusión sobre Derechos Colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 173-174.

20 BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego, “La propiedad de los pueblos indígenas y la discusión acerca de sus derechos como colectivos e individuales”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año N° 9, Núm.13, 2004, p. 389.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante Sistema Interamericano o Sistema) se encauza tales demandas a través del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o Convención). Considerando los interesantes aportes que sobre el derecho a la propiedad comunal se ha desarrollado en dicho Sistema, en el presente apartado reflexionaremos sobre las herramientas interpretativas utilizadas en la hermenéutica del artículo 21; y, la configuración que el Sistema viene dando a este derecho (titularidad, contenido y límites), resaltando sus particularidades.

1. Las herramientas interpretativas de la hermenéutica del artículo 21 de la Convención Americana: interpretación evolutiva y principio pro homine

El Sistema Interamericano, hasta el momento, no cuenta con instrumentos internacionales referidos específicamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Si bien existe un “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, éste aún sigue siendo discutido en el ámbito de la OEA.

El derecho a la propiedad comunal no figura, de manera expresa, en la Convención –tampoco en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre–. Al respecto, advertimos que el artículo 21 de la Convención bajo el epígrafe “derecho a la propiedad privada”, señala que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, es decir, hace alusión a un derecho individual –no a un derecho colectivo– reconocido a toda persona –no a un pueblo–.

Sobre el particular, nos preguntamos: ¿qué mecanismos ha utilizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana, Corte, Tribunal o CorteIDH) para que, a pesar de no existir disposición alguna en la Convención, que se refiera de manera expresa al derecho a la propiedad comunal –por el contrario, existe el artículo 21 que alude a la propiedad privada, como un derecho de toda persona–, haya amparado reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre este derecho?

La denominada por la CorteIDH “interpretación evolutiva” del artículo 21 de la Convención, ha sido fundamental para considerar que tal norma, referida a la propiedad privada de particulares, protege también el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas.

Tal criterio se evidencia, por primera vez, en el caso *Awas Tingni*, jurisprudencia que será tomada en cuenta en casos posteriores –*Moiwana*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya*, *Saramaka*, *Xákmok Kásek* y *Kichwa de Sarayacu*–. En el caso precitado, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y atendiendo a lo previsto en el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos / principio pro homine–,

el Tribunal sostiene que el artículo 21 de la Convención –disposición que consagra el derecho individual a la propiedad privada– protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal²¹.

Según la Corte, la interpretación de los tratados de derechos humanos tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales²². En esa línea, en los casos referidos a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana reitera la directriz según la cual al interpretar un tratado, además de tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), también se debe considerar el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de la Convención de Viena). Efectivamente, el Tribunal, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención, tales como el Convenio No. 169 de la **Organización Internacional del Trabajo** “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” (en adelante Convenio No. 169 de la OIT), que contiene diversas disposiciones referidas al derecho de propiedad comunal (tierra, territorio y recursos naturales) de los pueblos indígenas. Así, se interpreta el aludido artículo considerando el desarrollo experimentado, en esta materia, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²³.

Es oportuno advertir que en los casos Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek contra el Estado de Paraguay, la CorteIDH tomó en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, que el mencionado Estado ratificó e incorporó a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.

Además de la denominada “interpretación evolutiva”, el Tribunal tomó en cuenta la norma de interpretación estipulada en el artículo 29.b de la Convención Americana, según la cual ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. Esto es el principio pro homine, un criterio hermenéutico por el cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 79, párr. 148.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 146. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 125, párr. 125.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párrs. 126-127; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 146, párr. 117.

más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria²⁴.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de lo dispuesto por el Convenio N° 169 de la OIT y las leyes internas de los Estados de Nicaragua –caso Awas Tingni– y Paraguay –casos Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek–²⁵. Así, en el caso Awas Tingni, la Corte Interamericana aprecia que la Constitución de Nicaragua reconoce la existencia de pueblos indígenas, que gozan de derechos tales como: mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas; preservar su identidad cultural; y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.

Igualmente, en los casos Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek, a efectos de definir el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, el Tribunal valora que la Constitución de Paraguay reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, el derecho de estos pueblos a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat, y el derecho a la propiedad comunitaria²⁶.

Ponemos de relieve que en el caso Saramaka²⁷, dado que la legislación interna del Estado de Surinam no contempla el derecho a la propiedad comunal de los pueblos tribales y que Surinam no ha ratificado el Convenio No. 169 de la OIT, la CorteIDH ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de lo especificado en los artículos 1²⁸ común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

24 PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregu (Coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 172, párr. 92.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párrs. 138-141; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párrs. 122 - 123; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N° 214, párr. 88.

27 La Corte Interamericana ha declarado que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas.

28 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 1: “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...). En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen

(en adelante PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 27²⁹ del PIDCP. Ambos pactos fueron ratificados por el mencionado Estado el 28 de marzo de 1977³⁰.

2. Titularidad del derecho a la propiedad comunal

1.1. La construcción interpretativa de la Corte

La Convención Americana, en su artículo 1.2 precisa: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. En esa línea, su artículo 21 indica: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”. Resulta así que, conforme al texto de la Convención, la titularidad del derecho a la propiedad privada es individual.

El derecho a la propiedad comunal se caracteriza por presentar el rasgo colectividad en el elemento titularidad. La CorteIDH, de manera diversa, a lo largo de su jurisprudencia, ha introducido dicho rasgo. En ese sentido, en algunos casos se refiere al ser humano como miembro de un grupo, y en otros al grupo en sí mismo –comunidades, pueblos indígenas–.

En el primer supuesto, mencionamos los siguientes pronunciamientos del Tribunal: “(...) el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”³¹; “(...) los miembros de la comunidad pueden ser considerados los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual tienen derecho al uso y goce de las mismas”³²; “(...) el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana (...), confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria ”³³.

la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

- 29 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.
- 30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 95.
- 31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 148.
- 32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 124, párr. 134.
- 33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 95.

Bajo la segunda orientación, destacamos estas manifestaciones de la Corte Interamericana: “(...) las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención”³⁴; “La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales”³⁵; “(...) los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”³⁶.

En síntesis, más allá de que las referencias al rasgo colectividad en el elemento titularidad del citado derecho, se hagan por alusión al sujeto como miembro de un grupo o al grupo en sí mismo; ponemos de relieve que el Tribunal ha valorado dicho rasgo, mejor aún, lo ha considerado como atributo distintivo en relación al concepto clásico de propiedad³⁷.

2.2. El problema de la ausencia del título formal

Al hablar de titularidad, no se puede dejar de lado que la mayoría de los pueblos indígenas, titulares del derecho a la propiedad comunal, no cuentan con un título formal de propiedad sobre sus tierras-territorios.

Sobre el particular, la Corte Interamericana especifica que los pueblos indígenas tienen derechos sobre sus tierras-territorios tradicionales, independientemente de que cuenten o no con un título formal de propiedad. Por lo tanto, el proceso de titulación de las tierras comunales indígenas se presenta como un acto meramente declarativo, no constitutivo de derechos. En términos rotundos, el Tribunal indica: “Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”³⁸. Asimismo, refiere: “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”³⁹.

Es del caso anotar que el concepto comunal de la tierra-territorio y los recursos naturales forman parte del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. La Corte

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párr. 133.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 154.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 120; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 87.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 120.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 149.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 128; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 109.

ha considerado que este derecho debe ser tenido en cuenta. Desde esta perspectiva, advierte que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que los pueblos indígenas que carezcan de un título, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su registro⁴⁰.

Lo expuesto en los párrafos precedentes nos sugiere la siguiente interrogante: ¿si los pueblos indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras ancestrales, mantienen el derecho de propiedad sobre dichas tierras? Al respecto, la CorteIDH sostiene que los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales, sí mantienen el derecho de propiedad sobre éstas, aun a falta de título legal, excepto cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe. Asimismo, puntualiza que cuando involuntariamente se ha perdido la posesión de las tierras y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros, se tiene el derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad⁴¹.

De este modo, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. En relación a este derecho, surge la temática de su límite temporal: ¿el derecho a la recuperación de las tierras indígenas permanece indefinidamente en el tiempo?

Para dilucidar este asunto, el Tribunal toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras-territorios tradicionales. En ese sentido, precisa que mientras esta relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente; caso contrario, se extinguirá. Además, manifiesta que debe considerarse que la relación con la tierra-territorio debe ser posible; es decir, si los indígenas realizan pocas o ninguna de sus actividades tradicionales –caza, pesca, recolección– dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencia o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan⁴².

Finalmente, conforme a la jurisprudencia de la Corte, la aludida relación puede expresarse de diferentes maneras, según el pueblo indígena del que se trate

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 151.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 128; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 109.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párrs. 131 - 132; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párrs. 112-113. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Serie C. No 245, párr. 148.

y las circunstancias concretas en que se encuentre. Puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura⁴³. Entonces, el Tribunal se refiere a esa relación de forma amplia, así incluye no sólo el uso permanente de la tierra-territorio por motivos productivos, sino también usos periódicos, y también con finalidades culturales y espirituales⁴⁴.

3. Contenido del derecho a la propiedad comunal

3.1. Particularidad de la propiedad comunal o identidad de la propiedad comunal con la propiedad privada de particulares

La inclusión, vía jurisprudencial, de la propiedad comunal en el ámbito de protección del artículo 21 de la Convención Americana, que de manera expresa hace referencia a la propiedad privada como derecho de titularidad individual, plantea la siguiente disyuntiva: se establece una identidad de la propiedad comunal con la propiedad privada de particulares o se acoge aquel tipo de propiedad tomando en cuenta sus particularidades.

A nuestro juicio, si bien en algunos aspectos el Tribunal establece ciertas coincidencias –la protección a través del artículo 21, los atributos del uso y goce, el ejercicio limitado–, también aprecia determinados rasgos diferentes. Así, en párrafos anteriores ya nos referimos a la titularidad colectiva como característica de la propiedad comunal; en este acápite, abordaremos otras particularidades: a) la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales; b) la interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos; y c) la inclusión de los recursos naturales en la propiedad comunal.

3.1.1. Sobre la relación especial

Los pueblos indígenas tienen una relación especial y armoniosa con la tierra, el territorio y los recursos naturales –tal como ya lo expresamos–. Esta nota distintiva ha sido apreciada por la Corte Interamericana, que no sólo valora tal relación –que tiene dimensiones que van más allá de los aspectos materiales, aborda cuestiones espirituales, culturales, sociales, etc.–, sino que considera que ésta debe ser salvaguardada por el artículo 21 de la Convención.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 131. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 113.

44 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 195.

Bajo esa perspectiva, la CorteIDH manifiesta que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base primordial de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica. Advierte que, para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁴⁵.

Cabe precisar que tal relación especial ha sido valorada, de manera inicial, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana o Comisión o CIDH). Así, entre otros, destacan los Informes sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito (1983)⁴⁶ y sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (1997)⁴⁷; y los casos *Mary y Carrie Dann* (2002)⁴⁸, y *Comunidades Indígenas Mayas* (2004)⁴⁹. En ellos se alude a la relación de los indígenas con la tierra, el territorio y los recursos naturales.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 149; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párr. 131; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 131; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 86.

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito. OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3, 29 de noviembre de 1983, párr. 30: “En el complejo esquema de valores de la población indígena, lo que da sentido a la vida es su intrínseca vinculación con su tierra, con su ganado, sus plantaciones, sus camposantos, su religión y un complejo nexo de otros elementos que se combinan para infundir al territorio un profundo contenido espiritual. En dicha cultura, el sentido de valor está profundamente vinculado al lugar de origen”.

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. OEA.Ser.L./V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, Capítulo IX. Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país: “La situación de los pueblos indígenas en el Oriente ilustra, de una parte, la conexión esencial que mantienen con sus territorios tradicionales (...). Estos temas son de igual importancia para los pueblos indígenas de la Sierra y los de las regiones costeras. Para muchas culturas indígenas, la utilización continuada de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio son esenciales para su supervivencia, así como para el bienestar individual y colectivo”.

48 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mary y Carrie Dann* - Estados Unidos. Informe N° 75/02. Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 128: “(...) este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección”.

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* - Belice. Informe N° 40/04. Caso 12.053, 12 de octubre de 2004, párr. 114: “(...) los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos”.

3.1.2. Interrelación con otros derechos

En el caso del derecho a la propiedad comunal, la interrelación con otros derechos –vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión, etc.– se presenta de manera acentuada.

La CorteIDH considera que toda denegación al goce o al ejercicio del derecho a la propiedad comunal acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de los pueblos indígenas, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones⁵⁰. En los párrafos siguientes desarrollaremos de manera más específica esta interrelación.

a) Derecho a la vida

La tierra, el territorio y los recursos naturales constituyen una importante fuente de subsistencia; son elementos trascendentales para la continuidad de la vida. En sus tierras-territorios, los pueblos indígenas cazan, pescan, cosechan, recogen agua, plantas para fines medicinales, etc.

El derecho a la vida no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente –obligación negativa–, sino que requiere que el Estado adopte las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de todos los que se encuentren bajo su jurisdicción –obligación positiva–. Desde esta perspectiva, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza a este derecho; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna⁵¹.

El Estado –en su posición de garante– está obligado a generar condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En esta orientación, el Tribunal sostiene

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párrs. 146, 147 y 203; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 222.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999, ya citada, párr. 144; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 112, párr. 156; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 161; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 140, párr. 120; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párrs. 150 - 153.

que al no garantizarse, a los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad comunal, se afecta el derecho a una vida digna, en la medida que se los priva de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicional, así como del uso y disfrute de los recursos naturales⁵².

La CorteIDH aprecia que, para los pueblos indígenas, la falta de acceso y posesión efectiva de sus tierras-territorios y recursos naturales, impide el desarrollo de sus actividades tradicionales y genera graves dificultades en la satisfacción de sus necesidades básicas. En ese sentido, el acceso a sus tierras-territorios es un presupuesto necesario para crear las condiciones que garanticen una vida digna.

b) Identidad cultural, libertad de religión

La tierra-territorio ancestral, además de constituir una fuente importante de subsistencia, constituye también la base fundamental de su cultura, vida espiritual y religiosa. En efecto, en dicho lugar se pueden desarrollar y reproducir diversos aspectos de su cultura; además, en ella se encuentran lugares considerados sagrados, espacios donde realizan sus ceremonias religiosas.

Esta situación ha sido apreciada por la Corte. Así, refiere que el cimiento fundamental de la cultura, integridad y vida espiritual de los pueblos indígenas, lo constituye su relación con las tierras-territorios ancestrales⁵³.

Para una mejor comprensión de esta temática, es útil exponer el caso Moiwana⁵⁴, cuyos hechos son los siguientes: el 29 de noviembre de 1986 los miembros de las fuerzas armadas de Surinam atacaron la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana. Hasta la fecha de presentación de la demanda ante la Corte Interamericana (2002), no se había efectuado una investigación adecuada de la masacre, nadie fue juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes fueron desplazados de sus tierras-territorios.

Sobre el particular, nos interesa poner de relieve que la CorteIDH, al momento de resolver este asunto y decidir sobre la vulneración o no por parte del Estado de Surinam de los derechos consagrados en la Convención, siendo uno de ellos el de la propiedad comunal, ha valorado diversas cuestiones culturales.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párrs. 162 y 168; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 215.

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 149; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párr. 101; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 131.

54 Los miembros de la Comunidad Moiwana no son indígenas de la región, sino que constituyen un pueblo tribal; sin embargo, abordamos su estudio, dado que la Corte Interamericana ha considerado que su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad debe, también, aplicarse a los miembros de una comunidad tribal.

Algunos de los aspectos de la cultura N'djuka que se apreciaron son: a) la relación de la comunidad N'djuka con su tierra tradicional, entendida en términos de vital importancia espiritual, cultural y material⁵⁵; b) la importancia de tener la posesión de los restos mortales del fallecido⁵⁶; c) la necesidad de realizar los diferentes rituales mortuorios⁵⁷; y d) los principios centrales de la sociedad N'djuka, tales como la justicia y la responsabilidad colectiva⁵⁸. Asimismo, el Tribunal ha tomado en cuenta que los miembros de la aludida comunidad no desean regresar a sus tierras tradicionales hasta que: a) el territorio sea “purificado” de acuerdo con los rituales culturales, y b) ya no tengan temor de que se presenten nuevas hostilidades en contra de la comunidad⁵⁹.

3.1.3. La inclusión de los recursos naturales en la propiedad comunal

Interesa anotar que otra particularidad del derecho a la propiedad comunal es que no sólo incluye la tierra-territorio, sino también a los recursos naturales. En efecto, la Corte Interamericana sostiene que la cultura de estos pueblos se constituye a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁶⁰.

Al respecto, es necesario puntualizar que, según la Corte, tal inclusión no se refiere a todos los recursos naturales, sino sólo a aquellos que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida⁶¹.

En la concepción de la CorteIDH, el término “supervivencia” significa mucho más que supervivencia física: debe ser entendido como la capacidad del pueblo de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su tierra-territorio⁶².

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párrs. 86.6 y 101.

56 Ibid., párrs. 86.8. y 98.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párrs. 86.9 y 99.

58 Ibid., párrs. 86.10 y 95.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párr. 212.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 135; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 118.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párrs. 118 y 121; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 122.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N° 185, párr. 37.

De alguna manera, la importancia que los recursos naturales tienen para los pueblos indígenas se ve reflejada en los casos que han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal. Así, en muchos de ellos, en los que se alega la vulneración del derecho a la propiedad comunal, la materia versa sobre la explotación de recursos naturales en tierras-territorios indígenas, por ejemplo, los casos *Awas Tingni* y *Saramaka*.

Por su parte, la Comisión Interamericana, en el caso de las Comunidades Indígenas Mayas, ha puesto énfasis en que “(...) los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”⁶³.

3.2. Sobre el contenido del derecho a la propiedad comunal

El contenido del derecho a la propiedad comunal comprende las facultades –uso, goce– que se encuentran especificadas en el artículo 21 de la Convención Americana y que son atribuibles a la propiedad privada de los particulares, pero también abarca otros elementos, que constituyen características de la propiedad comunal. Resulta así que la CorteIDH se ha decantado por una tesis amplia sobre el contenido de este derecho, pues no restringe su ámbito de protección a las potestades que se predicen de la propiedad privada, sino que al reconocer que la propiedad comunal presenta rasgos diferentes, incluye otros atributos.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tal derecho implica la protección no sólo de la tierra-territorio, sino también de algunos de los recursos naturales que se encuentran en ella. Los recursos que están protegidos en los términos del artículo 21 de la Convención son aquellos que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida⁶⁴.

El Tribunal observa que el derecho a usar y gozar de la tierra-territorio carece de sentido, en el contexto de los pueblos indígenas, si este derecho no está conectado con los recursos naturales. Ello en virtud de que su subsistencia cultural, social y económica depende del acceso y uso de dichos recursos. Así, se previene su extinción como pueblos; se garantiza que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional; y

63 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Mayas..., ya citado, párr. 114.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 122.

que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados⁶⁵.

Asimismo, la Corte ha precisado que el término “bienes” mencionado en el artículo 21 de la Convención, contempla aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; tal concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor⁶⁶. En consecuencia, la protección del citado artículo comprende el derecho al uso y goce de los bienes, tanto materiales como inmateriales.

Bajo esa perspectiva, la CorteIDH sostiene que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana⁶⁷. En ese sentido, la garantía del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, costumbres y lenguas, artes y rituales, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, artes culinarias, derecho consuetudinario, vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los pueblos indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial⁶⁸.

De lo expresado en los párrafos precedentes, inferimos que el Tribunal, al pronunciarse sobre el contenido del derecho a la propiedad comunal, ha tomado en cuenta la especial relación existente entre los pueblos indígenas; y, la tierra, el territorio y los recursos naturales. Resulta así que a partir de este desarrollo jurisprudencial, el artículo 21 de la Convención Americana ampara el “uso y goce” de los bienes por motivos no sólo de interés económico, sino también de interés cultural.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párrs. 120 - 121. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, ya citada, párr. 146.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, Nº 74, párr. 122; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tz'utuj Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 144; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 137.

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párrs. 118 y 121, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, ya citada, párr. 85. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, ya citada, párr. 145.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 154.

4. Límites del derecho a la propiedad comunal

El ejercicio del derecho a la propiedad comunal no es absoluto, está sujeto a ciertos límites. Este derecho ha sido considerado dentro del ámbito de protección del artículo 21 de la Convención; en tal virtud, los límites que tal dispositivo estipula para el ejercicio de la propiedad privada de particulares, esto es, que el uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”, y que puede haber privación de bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; son aplicables también –conforme a la jurisprudencia de la CorteIDH– al derecho objeto de nuestro estudio⁶⁹. Resulta así que, entre otros, la utilidad pública o el interés social son límites del derecho a la propiedad comunal.

Entonces, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, los Estados pueden restringir, bajo ciertas condiciones, el ejercicio del derecho a la propiedad comunal. Estas condiciones son:

- a) Que la restricción haya sido previamente establecida por ley.
- b) Que sea necesaria.
- c) Que sea proporcional.
- d) Que tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- e) Que no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes⁷⁰.

Precisamos que en el caso de la restricción del derecho a la propiedad comunal, la Corte no sólo hace mención a las condiciones –las cuatro primeras– requeridas para la limitación del uso y goce del derecho a la propiedad privada de los particulares, sino que agrega una más: que la restricción no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas. A efecto de cumplir esta condición, se establecen las siguientes salvaguardas:

a) Asegurar la participación efectiva del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su tierra-territorio.

b) Garantizar que el pueblo se beneficie razonablemente del plan que se realice.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 145; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 127.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 144; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párrs. 127 - 128. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, ya citada, párr. 156.

c) Garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de su tierra-territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen estudios previos de impacto social y ambiental⁷¹.

En vista de que la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunal de los pueblos indígenas se encuentran protegidas por el artículo 21 de la Convención, es probable que se presenten situaciones en las que, sobre la misma área geográfica, se alegue, por un lado, el derecho a la propiedad privada, y, por el otro, el derecho a la propiedad comunal.

Sobre este supuesto, la CorteIDH señala que debe valorarse, caso por caso, la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática -utilidad pública o interés social-, para restringir el derecho a la propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro⁷². Resulta así que la Corte Interamericana ha establecido una serie de pautas para resolver los conflictos que puedan surgir entre los pueblos indígenas y terceras personas, respecto a la propiedad sobre determinadas tierras.

Al momento de realizarse la valoración correspondiente, según el Tribunal, se debe tomar en cuenta que el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas abarca un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo, con el control de su hábitat como una condición indispensable para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra-territorio garantiza que los pueblos indígenas conserven su patrimonio cultural⁷³.

Bajo esa perspectiva, la Corte enfatiza que al desconocerse el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma del pueblo⁷⁴.

En cuanto a la restricción sobre el derecho a la propiedad privada de los particulares, la CorteIDH considera que ésta podría ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en

71 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 129. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, ya citada, párr. 157.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 138; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 144.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 146.

74 Ibid., párr. 147.

el sentido de la Convención Americana; y, proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención⁷⁵.

A pesar de realizar tales afirmaciones, el Tribunal advierte que esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales, y los intereses territoriales de los pueblos indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Además, sostiene que no le corresponde decidir qué interés prevalece, sino que tal tarea corresponde exclusivamente al Estado⁷⁶.

Finalmente, precisamos que los conflictos en torno a la propiedad comunal requieren de un análisis casuístico, el cual debe tomar en cuenta las particularidades del derecho objeto de nuestro estudio. Asimismo, es necesario que a nivel interno se articulen mecanismos idóneos para la resolución de estos conflictos.

III. Reflexiones sobre el tratamiento del derecho a la propiedad comunal en el Sistema Interamericano

El tratamiento que el Sistema Interamericano ha otorgado al derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas nos suscita diversas reflexiones que planteamos en el presente apartado.

1. Sobre las herramientas interpretativas

Las normas base del Sistema Interamericano –Declaración y Convención– se encuentran ancladas en una concepción liberal de los derechos humanos, basada en el reconocimiento de derechos individuales⁷⁷. Así, los derechos consagrados, en tales instrumentos, tienen como titular a un sujeto individual –“toda persona”–.

Los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y, en mayor medida, derechos colectivos. Uno de estos derechos es la propiedad comunal, que no figura en el catálogo de la Declaración, ni tampoco en el de la Convención⁷⁸. Además, la simple lectura del artículo 21 de la Convención evidencia que se protege el derecho

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 148.

76 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 136.

77 RODRÍGUEZ-PINERO, Luis, “El sistema interamericano”, op. cit., p. 159.

78 En términos similares, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXIII señala: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

a la propiedad privada en la dimensión individual, tal como lo concibe el derecho civil clásico. En efecto, el numeral 1 de este artículo estatuye que “toda persona” –se entiende como “toda persona” a “todo ser humano”– “tiene el derecho al uso y goce de sus bienes”; es decir, tiene la facultad para ejercer su dominio sobre los bienes que le son propios. A nuestro juicio, este sentido y alcance de la propiedad privada no es suficiente para abarcar un conjunto muy amplio de realidades, entre las que se encuentran la de los pueblos indígenas, que reivindican una propiedad colectiva.

Nos interesa puntualizar que la ausencia de reconocimiento explícito del derecho a la propiedad comunal en los principales documentos del Sistema Interamericano, no ha sido óbice para que la Corte IDH interprete que el artículo 21 de la Convención, que protege el derecho a la propiedad privada de los particulares, ampara también el derecho a la propiedad comunal. En este caso, la denominada por la Corte “interpretación evolutiva” del artículo 21 de la Convención, una interpretación que busca adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales; y la aplicación del principio pro homine (artículo 29.b Convención), han sido fundamentales para ampliar el ámbito de protección del artículo 21. Esto ha permitido amparar aquellas demandas de los pueblos indígenas referidas a cuestiones de tierra, territorio y recursos naturales.

De este modo, el Tribunal va más allá de aquella mirada individualista del derecho a la propiedad y da cabida en el artículo 21 a la dimensión colectiva de la propiedad indígena; así, tal norma adquiere un sentido y alcance acorde con realidades emergentes, como las de esos pueblos.

El uso de las aludidas herramientas interpretativas no constituye una exclusividad para la resolución de demandas referidas al derecho a la propiedad comunal, menos aún una novedad en la labor de la Corte Interamericana, pues en anteriores oportunidades dicho organismo recurrió a ellas. Por ejemplo, en las opiniones consultivas OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-16/99 “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, y, en el caso de los “Niños de la Calle”⁷⁹, caso anterior a *Awas Tingni*.

En virtud de la interpretación evolutiva y del principio pro homine se ampara, junto con las formas de propiedad individual propias de la tradición liberal occidental, la propiedad de los pueblos indígenas, así como algunos de los rasgos que la caracterizan: a) su carácter colectivo; b) la relación especial entre pueblos indígenas, y, la tierra, el territorio y los recursos naturales, que engloba aspectos culturales, sociales,

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Fondo. Serie C, N° 63, párrs. 192 - 194.

económicos, etc; y c) su interrelación con otros derechos, como la vida e identidad cultural⁸⁰.

La interpretación del Tribunal evita las discriminaciones del pasado y lejos de excluir las modalidades indígenas de propiedad, las acepta, marcando una nueva dirección en lo concerniente a la comprensión de los derechos humanos y al status de los pueblos indígenas en todo el mundo⁸¹.

La norma fundamental de no discriminación requiere, según James Anaya, el reconocimiento de las formas de propiedad derivadas de patrones tradicionales o consuetudinarios de los pueblos indígenas, con independencia de las modalidades de propiedad creadas por la sociedad dominante⁸².

Por otra parte, destacamos que la Comisión y la Corte han tomado en cuenta los desarrollos normativos que se han producido a nivel internacional. En ese sentido, recurrieron a instrumentos internacionales distintos a la Convención para interpretar el artículo 21 de acuerdo al desarrollo experimentado en materia de pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo: el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas.

También, apelaron a informes y estudios de una serie de organismos internacionales: Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entre otros.

Las herramientas hermenéuticas utilizadas por la CorteIDH permitieron una interpretación extensiva del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, que se adaptó a la evolución de los estándares internacionales existentes en torno a los derechos de los pueblos indígenas, al incluir bajo su ámbito de protección las formas indígenas de tenencia comunal de la tierra-territorio.

80 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales”, en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 231.

81 ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio, “El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo hito en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas”, en Felipe Gómez Isa (Ed.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2003, p. 28.

82 ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Traducción de Luis Rodríguez-Piñero, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 204.

Cabe advertir que dichas herramientas fueron utilizadas, también, por la Comisión. Así, se tomó en cuenta el precedente y la metodología interpretativa del caso *Awas Tingni* para analizar un litigio relativo al derecho a la tierra de los shoshones occidentales. Asimismo, en el caso *Mary y Carrie Dam*, la CIDH extendió la interpretación del derecho de propiedad de la Convención (Art. 21) desarrollada por el Tribunal a la disposición análoga existente en la Declaración Americana (Art. XXIII)⁸³.

Finalmente, valoramos positivamente el hecho de que frente a la restricción del texto de la Convención Americana, los jueces de la Corte hayan utilizado distintas herramientas interpretativas para tutelar el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas.

2. La propiedad comunal en el Sistema Interamericano: ¿derecho colectivo?

En el ítem anterior, reflexionamos sobre las herramientas interpretativas utilizadas para ampliar el ámbito de protección del artículo 21 de la Convención, de forma tal que incluya el derecho a la propiedad comunal. En este apartado, nos interesa determinar si la Corte Interamericana ha catalogado a tal derecho como un derecho colectivo o no.

Para definir tal situación, a nuestro modo de ver, es necesario centrarnos en el estudio de dos elementos: el titular y el objeto, como rasgos a considerar para la configuración de un derecho colectivo. Así, lo característico de este derecho es que su titular es un “sujeto colectivo” y que el objeto es un “bien colectivo”. Tomando como base esta premisa, a continuación analizamos la jurisprudencia de la Corte.

En cuanto a la titularidad, nos interesa poner de relieve que el Tribunal ha hecho referencia a un sujeto colectivo como titular del derecho a la propiedad comunal: el pueblo indígena. En efecto, la CorteIDH refiere: “(...) los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”⁸⁴; “La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas (...)”⁸⁵.

En otras ocasiones, la Corte Interamericana no ha aludido al pueblo en sí mismo, sino a los integrantes del pueblo; es decir, a sujetos individuales como miembros de un grupo. Tal mención podría llevar a inferir que el Tribunal cataloga a la propiedad comunal como un derecho individual situado en un colectivo –derecho cuya titularidad reside en el individuo en función de su pertenencia a un determinado grupo–. Sin

83 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mary y Carrie Dann*..., ya citado, párr. 124.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párr. 120.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 154.

embargo, sería prematuro llegar a esa conclusión, en tanto, aún hay muchas cosas para analizar a efecto de determinar si la CorteIDH cataloga a la propiedad comunal como derecho colectivo o no.

En nuestra opinión, aquellas referencias indistintas –sujeto colectivo/sujetos individuales con referencia al grupo– de la Corte sobre la titularidad del derecho a la propiedad comunal, deben ser apreciadas y valoradas como parte de un desarrollo jurisprudencial, que aún continúa consolidándose en el tiempo. Se recuerda que los casos que abordan tal temática son de reciente data.

Además, los pronunciamiento del Tribunal se realizan a la luz del texto de la Convención Interamericana, que en su artículo 21 señala: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” (subrayado agregado) y que según, refiere su artículo 1.2: “persona es todo ser humano”. De ahí que la CorteIDH, en algunos casos, menciona como titulares del derecho a la propiedad comunal a seres humanos como miembros de un grupo. Al respecto, reproduzco las palabras del Juez Sergio García Ramírez, expresadas en su voto razonado en el caso Sawhoyamaya: “Una vez más, la Corte ha debido observar los derechos comunitarios desde el lente que autoriza el artículo 1.2 de la Convención Americana, de los derechos correspondientes a seres humanos. De ahí que se refiera a los integrantes o miembros de los grupos indígenas, y no necesariamente a estos mismos. La perspectiva convencional, que constituye el marco para la competencia de la Corte, no significa en modo alguno desconocimiento o reserva frente a derechos colectivos”⁸⁶.

La articulación en términos individuales del derecho a la propiedad comunal, según Rodríguez-Piñero, se explica no como una exclusión de una titularidad colectiva de este derecho, sino más bien como una forma de enfatizar la relación indisoluble existente entre el derecho individual y el derecho colectivo, de tal manera que el segundo se fundamenta en el primero y éste se comprende sólo a la luz de aquél⁸⁷.

Como bien señala Raquel Yrigoyen, la Corte ha interpretado que el sujeto titular de los derechos de la Convención no sólo está constituido por seres humanos individuales, sino también por colectivos, como las comunidades y pueblos indígenas⁸⁸.

86 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 146. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

87 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad...”, op. cit., p. 237.

88 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Integración y complementariedad de los derechos de participación. Consulta previa y consentimiento a propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Natalia Álvarez, Daniel Oliva y Nieves Zuñiga (Eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un Mundo intercultural y sostenible*, Catarata, Madrid, 2009, p. 354.

Por otra parte, destacamos que a través de su jurisprudencia, la Corte Interamericana se ha pronunciado a favor del reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 Convención) a un pueblo⁸⁹; es decir, el Tribunal no sólo plantea que un sujeto colectivo es titular del derecho a la propiedad comunal, sino que repara en un medio –personalidad jurídica– para hacer operativo tal derecho.

A nuestro entender, la referencia a sujetos individuales como miembros de un grupo, pone en evidencia una tensión existente: por un lado, artículos de la Convención que consagran derechos a sujetos individuales –“toda persona”– y por otro, una realidad emergente en la que pueblos indígenas –sujeto colectivo– reivindican derechos de titularidad colectiva. Realidad que el Tribunal ha intentado abordar, de alguna manera.

Además, consideramos que la referencia en algunos casos a sujetos individuales con referencia a un grupo, no debe ser considerada como una negación de la categoría de derecho colectivo a la propiedad comunal, sino que debe ser apreciada como la presencia del rasgo colectividad en el elemento titularidad.

En cuanto al elemento “objeto”, advertimos que en el caso de los derechos colectivos, el objeto es un “bien colectivo”, un bien que es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos.

De la jurisprudencia de la Corte emerge que el objeto de protección del derecho a la propiedad comunal es la propiedad comunitaria de la tierra-territorio, que presenta rasgos distintos a los de la propiedad privada de particulares. Por ejemplo, la citada propiedad no sólo incluye la tierra-territorio de los pueblos indígenas, sino también algunos recursos naturales⁹⁰; y existe una relación especial entre dichos pueblos y sus tierras-territorios⁹¹.

El Tribunal ha apreciado que esta relación va más allá de aspectos materiales, y que comprende cuestiones culturales, religiosas, espirituales y sociales⁹². En efecto, en su

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 169.

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, ya citada, párrs. 118 y 121; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ya citada, párr. 122.

91 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 149; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párr. 131; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 131.

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, ya citada, párr. 149; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, ya citada, párr. 131; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 131.

tierra-territorio los pueblos indígenas obtienen el alimento para subsistir, las plantas medicinales para curar sus enfermedades, pueden realizar sus ceremonias religiosas, desarrollarse, y reproducir diversos aspectos de su cultura, entre otras cosas.

En razón de dichas características, no se puede disponer de tal bien como si fuera un bien particular, es insusceptible de apropiación individual; es decir, se trata de un bien colectivo.

En conclusión, a nuestro juicio, la Corte Interamericana ha considerado a la propiedad comunal como un derecho colectivo; en su jurisprudencia ha puesto de relieve que su titular es un “sujeto colectivo” y que su objeto es un “bien colectivo”.

Diversos autores se han pronunciado por el reconocimiento por parte de la Corte del derecho a la propiedad comunal como un derecho colectivo. Así, James Anaya y Claudio Grossman, haciendo referencia al caso *Awas Tingni*, sostienen que ésta es la primera decisión legalmente vinculante por parte de un tribunal internacional que proclama los derechos colectivos a la tierra y a los recursos de los pueblos indígenas frente a un Estado que ha sido incapaz de garantizarlos⁹³. En idéntico sentido, Mikel Berraondo manifiesta que, en ese caso, el Tribunal se posiciona a favor de los derechos colectivos a la propiedad del territorio y de los recursos naturales de los pueblos indígenas⁹⁴. Por su parte, Luis Rodríguez-Piñero anota que es la primera vez que una corte internacional de derechos humanos falla a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sentando un precedente que refleja y consolida la norma internacional del derecho de propiedad indígena sobre la tierra y los recursos naturales⁹⁵.

Por último, ahondando en estas reflexiones, Claudio Nash Rojas destaca que la CorteIDH establece claramente el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra en el marco del artículo 21 de la Convención, fijando como núcleo del derecho la titularidad grupal y comunitaria sobre la tierra, acorde con los criterios generales desarrollados internacionalmente en esta materia⁹⁶.

93 ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio, “El caso *Awas Tingni* vs. Nicaragua: un nuevo hito en el Derecho Internacional”, op. cit., p. 12.

94 BERRAONDO LÓPEZ, Mikel, “El caso *Awas Tingni*: la esperanza ambiental indígena”, en Felipe Gómez Isa (Ed.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2003, pp. 29-30; BERRAONDO LÓPEZ, Mikel, “Pueblos indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos. Entre la privatización y el ejercicio de los Derechos Humanos”, en Marco Aparicio Wilhelmi (Coord.), *Camino hacia el reconocimiento*, Universitat de Girona, Girona, 2005, p. 174.

95 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El caso *Awas Tingni* y la norma internacional de propiedad”, op. cit., p. 228; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El sistema interamericano”, op. cit., p. 187.

96 NASH, Claudio, *Protección de los Derechos Humanos Indígenas en el Sistema Interamericano*, Ponencia presentada en el Seminario “Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile”, Universidad Arturo Prat, Iquique, 2003, p. 16.

3. La configuración del derecho a la propiedad comunal

Las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales se vienen canalizando mediante la figura de los “derechos colectivos”. Sobre el particular, no se puede perder de vista que se trata de construcciones jurídicas que intentan abordar una realidad, en este caso la de los pueblos indígenas.

Estos pueblos utilizan los mecanismos para la protección de derechos que se encuentran estipulados en los sistemas jurídicos existentes, que en su mayoría presentan estructuras jurídicas planteadas desde presupuestos individualistas. Uno de esos derechos colectivos es el derecho a la propiedad comunal, que ha sido reivindicado por los pueblos indígenas en el marco del Sistema Interamericano.

Ponemos de relieve que se ha erigido una importante jurisprudencia, cuyos principales desarrollos son los siguientes:

- El contenido del artículo 21 de la Convención Interamericana ha sido ampliado, de forma tal que dentro de su ámbito de protección comprende no sólo el derecho a la propiedad privada de los particulares, sino también el derecho a la propiedad comunal.
- El derecho a la propiedad comunal ha sido catalogado como un derecho colectivo.
- Los pueblos indígenas -sujeto colectivo- han sido considerados como titulares del derecho a la propiedad comunal.
- Se ha reconocido que los pueblos indígenas tienen derecho sobre sus tierras-territorios tradicionales, independientemente de que cuenten o no con un título formal de propiedad.
- Se ha considerado que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido en cuenta. Así, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería de bastar para que los pueblos indígenas que carezcan de un título, obtengan el reconocimiento oficial de su propiedad y el consiguiente registro.
- La relación especial y armoniosa de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales ha sido valorada.
- Se ha precisado que mientras esa relación exista, el derecho a la recuperación de tierras-territorios indígenas permanece vigente.
- Se ha reconocido la interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, identidad cultural, libertad de religión, etc.

- Se ha establecido que la propiedad comunal no sólo incluye la tierra-territorio, sino, también los recursos naturales que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente y que son necesarios para su supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida.
- La estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras-territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.
- Se ha precisado que el ejercicio del derecho a la propiedad comunal no es absoluto, sino que está sujeto a ciertos límites. Así, el Estado puede restringir este derecho, bajo las siguientes condiciones: a) que la restricción haya sido previamente establecida por ley, b) que sea necesaria, c) que sea proporcional, d) que tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, y e) que no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.
- Se ha considerado que el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas abarca un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.
- A fin de garantizar que las restricciones impuestas al pueblo indígena respecto del derecho a la propiedad no impliquen una denegación de su subsistencia, se ha dispuesto las siguientes salvaguardas: a) la participación efectiva del pueblo indígena, b) que el pueblo se beneficie razonablemente del plan que se realice, c) la realización de estudios previos de impacto social y ambiental.

Los desarrollos existentes, en el ámbito del Sistema Interamericano, sobre el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, nos suscitan algunas reflexiones. Precisamos que el término “propiedad” no es propio de una cosmovisión indígena, tampoco el uso de este concepto con referencia a la tierra-territorio; sin embargo, viene siendo utilizado para integrar las reivindicaciones de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales a los sistemas jurídicos.

Cabe advertir que la tierra-territorio indígena constituye una unidad indivisible en su esencia, que define una relación especial y armoniosa con componentes culturales, religiosos, espirituales, etc. Es un patrimonio indisponible, transgeneracional, que se vincula más bien al pueblo que al individuo.

Por el contrario, el concepto de la propiedad privada es la base de todo el sistema económico occidental. Es el ámbito de poder que el individuo tiene sobre las cosas y que le permite disponer de ellas de manera exclusiva frente a todos los demás. Se trata de una clave cultural occidental.

Destacamos que la jurisprudencia de la Corte –en gran medida– resulta congruente con los desarrollos normativos existentes sobre los derechos de los pueblos indígenas y abre un importante canal para la defensa del derecho a la propiedad comunal; sin embargo, debemos advertir que es probable que la utilización de la figura jurídica de la “propiedad” pueda generar ciertos inconvenientes. En todo caso, el tiempo permitirá vislumbrar esta situación.

Es necesario puntualizar que además de encauzar las aludidas demandas mediante el artículo 21 de la Convención Americana, el Tribunal ha procurado que en la configuración del derecho a la propiedad comunal, se consideren aquellas particularidades que lo diferencian del derecho a la propiedad privada de particulares, y que se recojan algunos aspectos importantes para pueblos indígenas.

Bajo esa orientación destacamos, entre otros, los siguientes aspectos: la titularidad colectiva del derecho a la propiedad comunal; la relación especial y armoniosa de los pueblos indígenas con la tierra, el territorio y los recursos naturales, que tiene componentes culturales, religiosos, espirituales; y la interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos.

A nuestro juicio, constituye un importante precedente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas aquella consideración de la Corte según la cual los derechos sobre las tierras y territorios indígenas no se basan en la existencia de un título formal otorgado por el Estado, sino en la posesión enraizada en su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. Resulta así que la titulación es un acto de mero reconocimiento de derechos preexistentes, y que, desde luego, no otorga tales derechos.

Entonces, el derecho a la propiedad comunal no emana de un acto de reconocimiento del Estado, sino que más bien se basa en el derecho consuetudinario y las prácticas tradicionales de los propios pueblos indígenas.

En palabras de Claudio Nash, el derecho consuetudinario servirá para determinar el goce y ejercicio del derecho de propiedad, y como criterio de prueba de la titularidad en caso de conflicto. Coincidiendo con este autor, señalamos que es destacable el hecho que el Tribunal no sólo reconozca elementos propios de la cultura indígena, sino que también extraiga consecuencias prácticas de dicho reconocimiento y obligue al Estado a reconocer oficialmente la propiedad y a registrarla⁹⁷.

Tal como precisa Luis Rodríguez-Piñero, uno de los aspectos más rupturistas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es la caracterización de la propiedad comunal indígena como una propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el propio uso y posesión tradicional de las comunidades y pueblos indígenas⁹⁸.

97 Ibid., p. 17.

Por otra parte, nos parece relevante que la CorteIDH haya valorado la dimensión cultural del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, que desborda la función meramente económica del clásico enfoque de la propiedad privada y la vincula a la posibilidad de supervivencia y reproducción cultural de los pueblos indígenas⁹⁹.

En cuanto al tema de los recursos naturales, si bien el Tribunal especifica que la propiedad comunal no sólo comprende la tierra-territorio, sino también los recursos naturales; reparamos que tal inclusión no se refiere a todos los recursos naturales, sino sólo a aquellos que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente y que son necesarios para su supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida, es decir, habría recursos naturales que no se encuentran comprendidos dentro de aquella propiedad comunal.

Sobre el particular, debe recordarse que para los pueblos indígenas la tierra-territorio constituye un todo integral, y como tal no puede estar sujeto a la desmembración de sus partes integrantes, sin riesgo de destruirse o desnaturalizarse. Bajo esta orientación, el reconocimiento de derechos sobre la tierra-territorio debe extenderse a la totalidad de sus componentes. Esta situación no ha sido tomada en cuenta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que el derecho a la propiedad comunal sólo ha sido reconocido respecto de determinados recursos.

En el seno de las Naciones Unidas se ha elaborado un estudio sobre “La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales” (2004-Relatora Especial. Erica-Irene A. Daes). En él se sostiene que la evolución de los acontecimientos en la esfera del derecho internacional y de la normativa de los derechos humanos en particular, demuestra que actualmente existe un principio legal establecido según el cual los pueblos indígenas tienen un derecho colectivo a las tierras y territorios que tradicionalmente utilizan y ocupan; y que este derecho incluye el de utilizar, poseer, administrar y controlar los recursos naturales que se encuentran en ellos. Además, se considera que la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales es un derecho colectivo en virtud del cual el Estado está obligado a respetar, proteger y promover los intereses de dichos pueblos, en términos de gobierno y propiedad, sobre sus recursos naturales¹⁰⁰.

Las principales conclusiones de este informe, precisan que: “si no ha habido un acto de disposición previo, equitativo y legal de los recursos, los pueblos indígenas son

98 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El sistema interamericano”, op. cit., p. 189.

99 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, “El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad”, op. cit., pp. 233-235.

100 DAES, Erica-Irene, *Prevención de discriminación. Prevención de discriminación y protección de los pueblos indígenas y a las minorías. La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, párrs. 39-40.

los propietarios de los recursos naturales que están en la superficie o en el subsuelo de sus tierras y territorios. Si se trata de tierras y territorios compartidos, será necesaria una investigación particular que determine el alcance y el carácter de los derechos de propiedad indígenas”¹⁰¹. Se enfatiza que si los pueblos indígenas fueran privados de los recursos naturales que corresponden a sus tierras y territorios, serían privados de una capacidad real de libre determinación económica y política, y de autodesarrollo; y, en muchos casos, serían privados de hecho de su cultura y del disfrute de otros derechos humanos a causa de su extrema pobreza y de la falta de acceso a medios de subsistencia propios¹⁰².

De otro lado, con relación a los límites del derecho a la propiedad comunal puntualizamos que, si bien la Corte ha reconocido características particulares en dicho derecho, tales como aquella relación armoniosa de los pueblos indígenas con la tierra, el territorio y los recursos naturales; sin embargo, en cuanto al tema de las restricciones a su ejercicio, el tratamiento que le ha otorgado el Tribunal es en gran medida similar al que le confiere a la propiedad privada de particulares.

Así, las pautas –establecimiento por ley, necesidad, proporcionalidad, objetivo legítimo en una sociedad democrática– para definir las restricciones admisibles al ejercicio del derecho a la propiedad comunal son las mismas que se aplican en el caso de la propiedad privada, salvo el agregado referido a la subsistencia del pueblo. En todo caso, el tiempo nos permitirá apreciar si la aplicación de dichas pautas constituye una verdadera garantía.

Respecto a aquellas situaciones en las que sobre la misma área geográfica se reclama, por un lado, el derecho a la propiedad privada de particulares, y, por el otro, el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas; cabe precisar que si bien la Corte Interamericana estipula que este último derecho implica un concepto más amplio y diferente, posteriormente sostiene que tales aseveraciones no implican que el derecho a la propiedad comunal deba prevalecer sobre el otro. Resulta así que los órganos del Estado que se encarguen de vislumbrar tal situación, desempeñarán una labor decisiva en la que deberán realizar una valoración adecuada de los bienes que se encuentran en juego.

Otro aspecto que nos interesa destacar es que en el caso *Yakye Axa*, antes de realizar el examen de los derechos presuntamente vulnerados –siendo uno de ellos, el de la propiedad comunal–, el Tribunal incorporó una sección denominada “Consideraciones Previas”, en la cual expresó lo siguiente: “Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante

101 Ibid. párr. 54.

102 DAES, Erica-Irene, *Prevención de discriminación. Prevención de discriminación y protección de los pueblos indígenas y a las minorías. La soberanía permanente...*, ya citado, párr. 58.

la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”¹⁰³.

Del texto citado se infiere que el Tribunal propone que la diferencia cultural de los pueblos indígenas debe ser considerada al interpretar y aplicar normas nacionales, así como para determinar el alcance y contenidos de los artículos de la Convención. Al parecer, la Corte Interamericana estaría introduciendo un nuevo criterio interpretativo: la diversidad cultural.

Esta idea es puesta de relieve por diversos autores. Así, Carlos Iván Fuentes afirma que se estaría dando un paso definitivo hacia el reconocimiento de la diversidad cultural. Para él, es evidente que el Tribunal ha creado un criterio interpretativo general que valora la diferencia cultural y la costumbre indígena como herramientas para ampliar el contenido de la Convención Americana¹⁰⁴.

Boaventura de Sousa considera acertado que la Corte IDH al interpretar tome en cuenta aspectos culturales y las realidades locales de los pueblos indígenas¹⁰⁵, en aras de alcanzar un universalismo contextualizado o situado¹⁰⁶. Por su parte, Delmas-Marty sostiene que la Corte ha dispuesto relativizar lo universal, es decir, ponerlo en relación con una realidad localizada en el espacio y situada en el tiempo¹⁰⁷.

El planteamiento formulado en las consideraciones previas del caso Yakye, de alguna manera fue expuesto, anteriormente, en los votos de algunos magistrados –caso

103 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, ya citada, párr. 51.

104 FUENTES, Carlos Iván, “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa”, en *Revista CEJIL*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Año I, N.º 2, Buenos Aires, septiembre 2006, p. 73.

105 SANTOS, Boaventura de Sousa, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 18, 1997.

106 ALGOSTINO, Alessandra, *L'Ambigua Universalità dei Diritti: Diritti Occidentali o Diritti della Persona Umana?*, Jovene, Nápoles, 2005, p. 298; BREMS, Eva, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2001, p. 225; DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights*, 2da. Ed., Corner University Press, Ithaca, 2003, p. 98.

107 DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, p. 406.

Awas Tingni-. Así, el magistrado Sergio García, sostiene que no existe sólo un modelo de uso y goce de bienes. Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes. En suma, considera que se trata de conceptos históricos que deben ser examinados y entendidos desde esta misma perspectiva. Bajo esa orientación, es de la opinión que concebir que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela del artículo 21 de la Convención, sustrayéndolas así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan a las demás personas. De esta suerte, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos¹⁰⁸.

Finalmente, los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli sostienen que la atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. Pero reparan en que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana¹⁰⁹.

108 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N° 79. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 11 y 13.

109 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, N° 79. Voto razonado concurrente de los Jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, párr. 14.

POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO DEL ASEGURAMIENTO UNIVERSAL EN SALUD Y SU EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Felipe Johan León Florián

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister en
Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.
Integrante de Constitucionalismo Crítico

SUMARIO: I. Introducción. II. Temas abordados en la sentencia. III. Crítica. 1. Derecho a la salud y principio de solidaridad. 2. Modelo de pluralismo estructurado y sistema público unificado de salud. 3. Progresividad del aseguramiento universal e indicadores de derechos humanos.

I. Introducción

En pocas oportunidades el Tribunal Constitucional peruano ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la adecuación de una política pública integral al marco del contenido y de las exigencias que se derivan de uno o más derechos fundamentales; es decir, de leer y examinar la política pública bajo una perspectiva de derechos. Esta lectura es cuanto más importante en el caso de los llamados derechos sociales, los cuales para su realización, como se afirma recurrentemente, requieren el diseño, elaboración y aplicación de una política pública estructurada que permita el suministro de los servicios públicos y sociales necesarios para hacer realidad los derechos sociales de todos los ciudadanos. De allí, en primer lugar, la importancia de la sentencia recientemente emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00033-2010-PI/

TC, en la que el máximo intérprete de la Constitución ha procedido a analizar, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, a la salud y a la equidad en salud, la política pública de aseguramiento universal en salud dispuesta en la Ley N° 29344.

La evaluación del adecuado diseño y estructuración de las políticas sociales se ha constituido, por lo demás, en un flanco abierto por algunos tribunales o cortes constitucionales para controlar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este tipo de derechos. La idea esgrimida por tribunales como la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Corte Constitucional colombiana o la Corte Suprema de la Nación argentina¹ es que si bien resulta difícil determinar la violación de un derecho social a partir de los resultados ofrecidos por el Estado con relación al grado de satisfacción del derecho en cuestión, no obstante es posible determinar la violación del derecho social en función a la actividad desplegada por el Estado para lograr, en la medida de sus posibilidades fácticas², la mayor satisfacción del derecho afectado.

Es decir, más allá de algunos casos límite donde la falta de cobertura de un derecho social pueda significar la afectación de bienes esenciales para la vida³, en el examen de un caso judicial sobre la afectación de un derecho social, lo que es factible de examinar –parecen haberlo entendido estos tribunales– no es si el derecho a la vivienda, a la salud o a la educación se encuentra plenamente garantizado para todos, sino si existe una política, razonablemente dispuesta, que permita alcanzar dicha satisfacción de un modo progresivo. En dicha perspectiva, podría decirse que al margen del derecho a una protección adecuada del derecho social en casos de gravedad y urgencia, el derecho social en cuestión otorga un título jurídico a una política pública adecuadamente formulada y ejecutada que permita la satisfacción del referido derecho, título que puede ser judicialmente exigido. El examen de adecuación constitucional de dichas políticas públicas se ha efectuado, sobre todo, bajo el influjo del llamado test de razonabilidad pergeñado por la Corte Constitucional de Sudáfrica⁴, el que ha sido recogido también por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia objeto de comentario.

El test de razonabilidad, que pretende respetar el margen de apreciación que le corresponde a la política, incorpora sin embargo elementos mínimos de racionalidad en el diseño de la política pública, así como la necesidad de considerar las exigencias derivadas del contenido de los derechos en la formulación de dicha política. En esta doble perspectiva parece haberse movido nuestro Colegiado Constitucional al evaluar

1 AA.VV.: *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

2 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª. reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

3 STC 2945-2003-PA/TC, caso Azanca Alhelí.

4 ESPEJO YAKSIC, Nicolás: “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (Coordinadores), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos – LAEHR, Bogotá, 2010, pp. 155-193.

la constitucionalidad de la política de aseguramiento universal en salud, la cual al constituir un nuevo modelo de estructuración del sistema de salud en nuestro país, con diversos matices y novedades, requería un examen de adecuación constitucional de este tipo a efectos de verificar si se estaba emprendiendo de un modo adecuado el cambio sustancial que se estaba planteando en la política de salud.

Al analizar la forma cómo ha llevado adelante este examen el Tribunal se contrae el presente artículo. Se identifican en todo caso tres temas que creemos de crucial importancia en el destino que pueda tener la política de aseguramiento universal como política que lleve a la mayor satisfacción posible el derecho a la salud de todos los residentes en nuestro país, y que han sido abordados con distinto grado de profundidad en la sentencia objeto de comentario. Estos temas tienen que ver: i) con la importancia que tiene para la sostenibilidad de los sistemas de salud basados en la solidaridad entender la salud como un bien básico que es al mismo tiempo un derecho y una responsabilidad de la sociedad en su conjunto; ii) con la posibilidad del modelo de pluralismo estructurado o competencia regulada de alcanzar la igualdad en el acceso equitativo y de calidad a los servicios de salud; y iii) con la necesidad de establecer mecanismos que nos permitan saber si realmente, con el modelo impuesto, estamos progresando adecuadamente en el logro de la equidad en salud.

II. Temas abordados en la sentencia

La Ley N° 29344, Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud (LMAUS), introduce un nuevo modelo de estructuración del sistema de salud en nuestro país. Este modelo se conoce como “pluralismo estructurado” o “competencia regulada”⁵. Este modelo se basa en algunas premisas que pasaremos a explicar, con el objeto de clarificar el análisis que se efectuará a continuación:

- a) A diferencia de la forma como venía funcionando el sistema de salud hasta antes de la Ley N° 29344, donde la estrategia para brindar acceso a los servicios de salud a toda la población, especialmente a la ubicada en los quintiles de ingresos más bajos, se centraba en el subsidio a la oferta, esto es, en subsidiar los costos del servicio que brindaban los centros de salud y hospitales adscritos al Ministerio de Salud; el sistema de aseguramiento universal se centra en la estrategia del subsidio a la demanda, esto es, en el subsidio a los costos que implique para una persona sin recursos económicos suficientes contratar un seguro de salud. La idea pues de

5 Sobre este modelo y otros existentes en América Latina puede verse MADIES, Claudia; CHIARVETTI, Silvia y CHORNY, Marina: “Aseguramiento y cobertura: dos temas críticos en las reformas del sector salud”, en <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v8n1-2/3002.pdf>. También puede verse MACEIRA, Daniel: *Dimensiones horizontal y vertical en el aseguramiento social en salud de América Latina y el Caribe*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Managua, 2011, disponible en <http://www.lachealthsys.org/documents/dimensioneshorizontalesyverticalesenelaseguramientosocialensaluddeamericalatinay-ES.pdf>.

este nuevo sistema, influido por las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud⁶, es que todas las personas cuenten con un seguro que les permita una atención gratuita frente a un conjunto de enfermedades determinadas, lo que permita una mejora en términos de equidad en el acceso y en términos de resultados globales del sistema de salud.

- b) Derivado de lo anterior, el sistema plantea tres formas de aseguramiento: el seguro contributivo (afiliados de EsSalud, financiado con aportes de los asegurados), el seguro semicontributivo (personas ubicadas bajo la línea de la pobreza pero que contribuyen conjuntamente con el Estado) y el seguro subsidiado (personas ubicadas bajo la línea de la pobreza, financiado íntegramente por el Estado). La idea es pues focalizar los recursos del tesoro público en subsidiar el seguro de salud de los más necesitados. Como este es un sistema costoso, la cobertura de salud brindada a través del seguro subsidiado y semicontributivo comienza siendo básica (Plan Esencial de Aseguramiento en Salud – PEAS), a diferencia de la cobertura completa brindada por el seguro contributivo, con miras a una ampliación progresiva de dicha cobertura.
- c) Otro cambio trascendente de este nuevo sistema es que se escinden las entidades que administran los fondos de aseguramiento (IAFAS) de las entidades encargadas de prestar el servicio (IPRESS), buscando optimizar una gestión más eficiente. Del mismo modo, se pretende aprovechar al máximo los recursos existentes en el sistema, permitiendo que la institución administradora de fondos contrate la prestación del servicio que requiere el asegurado con cualquier entidad prestadora del servicio. Es decir, EsSalud, por ejemplo, en tanto institución administradora de fondos, congestionada en la prestación de servicios, podría contratar una atención determinada con un hospital del MINSA. Los procesos de estandarización de servicios y los convenios de intercambiabilidad de prestaciones están orientados a este objetivo. De este mayor aprovechamiento de recursos y de la presencia de tres formas de aseguramiento, el sistema recibe el nombre de “pluralismo estructurado”. De la competencia generada entre instituciones prestadoras, bajo la supervisión de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, el modelo adopta el nombre de “competencia regulada”.
- d) Se introducen también, como una reforma crucial, las llamadas “garantías explícitas” relativas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad, con la que deben ser otorgadas las prestaciones de salud. Esta reforma supone una mayor predecibilidad en la prestación de los servicios de salud, pues la forma cómo debe ser brindada la prestación se encuentra claramente definida en los planes de aseguramiento respectivo. Del mismo modo, es una medida tendiente a mejorar la

6 Vid. el Informe sobre la salud en el mundo de 2010: *La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*, OMS, 2010, disponible en http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf.

calidad del servicio brindado y a lograr la equidad en salud, pues dichas garantías también son aplicables al régimen subsidiado.

- e) Finalmente, se crea, casi de modo accesorio, un mecanismo que permite a las personas ubicadas en el régimen subsidiado, con cobertura básica, el acceso a atenciones de alto costo. Este mecanismo financiado por el FISSAL (Fondo Intangible Solidario de Salud), sin embargo, no es general, sino condicionado y acusa, por lo general, un financiamiento insuficiente.

La sentencia dictada por el Tribunal en el Exp. N° 0033-2010-PI/TC aborda, respecto a esta nueva política de aseguramiento universal en salud, algunos cuestionamientos hechos por la bancada nacionalista (25% del número legal de congresistas) contra la Ley N° 29344, como también trata algunos otros temas, accesorios a los planteados en la demanda, pero de vital importancia en el examen de adecuación constitucional de la política pública en cuestión. De este modo, los temas abordados por la sentencia del Tribunal los podemos sintetizar del siguiente modo:

- a) El examen de afectación del principio de igualdad formal, que fue demandado al coexistir en el sistema tres formas de aseguramiento diferenciado, con una cobertura distinta: completa para los del régimen contributivo (afiliados a EsSalud) y básica para los del régimen subsidiado y semicontributivo (personas ubicadas por debajo de la línea de la pobreza). El Tribunal resuelve el tema afirmando que si bien la cobertura era diferenciada, esto no se debía a razones discriminatorias, dado que no podían equipararse, en puridad, los tres regímenes, pues éstos eran financiados y administrados por instituciones distintas, de los que dependía la cobertura brindada a cada asegurado (STC 0033-2010-PI/TC, FF.JJ. 8-11).
- b) El examen de afectación del principio de igualdad sustantiva, que es adonde el Tribunal reconduce el debate respecto a la legitimidad de la diferenciación entre las coberturas de los tres regímenes de aseguramiento en salud. Aquí el Colegiado Constitucional empieza afirmando que, en efecto, el principio de igualdad sustantiva exige que todas las personas tengan la igual oportunidad de acceder a un bien básico como la salud. Sin embargo, también afirma que dicha exigencia, en un contexto de escasez de recursos, sólo puede realizarse progresivamente. Lo que hay que comprobar, en todo caso, es si existe una política pública orientada a la realización progresiva de dicha igualdad sustantiva en materia de salud. En dicha línea, el Tribunal valora que la política de aseguramiento universal haya sido estructurada con el objetivo de alcanzar dicha igualdad sustantiva, de modo progresivo. Así, el TC destaca que:

“Así, por lo que se refiere a la **ampliación de la cobertura en salud a todas las personas residentes en el territorio nacional**, el Tribunal observa que la Primera Disposición Complementaria de la LMAUS ha dispuesto el cumplimiento de dicho objetivo a través del mecanismo de selección de zonas piloto donde se iniciará el proceso de aseguramiento universal, priorizando las zonas de pobreza y extrema pobreza, lo que es conforme con el principio de equidad (artículo 5.3. de la LMAUS). En esta línea, el Comité Técnico Implementador del Aseguramiento Universal en

Salud (conformado mediante D.S. 011-2009-SA) ha diseñado, en junio de 2011, el “Plan Estratégico al 2021 para la Implementación del Aseguramiento Universal en Salud”, donde se prevé la cobertura total de la población (al 100%) hasta antes de culminar el próximo quinquenio (esto es, antes del 2016), avanzando hasta dicha fecha, con base en “criterios de inclusión social, zonas de pobreza extrema y de necesidad imperiosa de la población de recibir servicios de salud”.

Por otro lado, en lo relacionado a la **ampliación de la cobertura de las necesidades de salud**, el Tribunal aprecia que la misma se realiza a través de la fijación de un plan básico de atenciones (PEAS), el cual debe evaluarse cada dos años “para incluir progresivamente más condiciones de salud” (art. 16 de la LMAUS). Como ya se precisó, la cobertura del Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud (PEAS), alcanza 140 condiciones asegurables, añadiendo al Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias contenido en el Decreto Supremo N° 004-2007-SA, la atención de algunas neoplasias y enfermedades mentales. Esta cobertura comprende el 65% de la carga de enfermedad y, según el Ministerio de Salud, ésta puede ampliarse a 160 condiciones asegurables en el 2012 y 185 en el 2014, lo que representaría el 85% de la carga de enfermedad (Cf. el Informe de Gestión. A un año de Implementación del Aseguramiento Universal en Salud. Abril 2009-Abril 2010, p. 7).

Finalmente, en lo atinente a la **mejora en la calidad del aseguramiento en salud**, el Tribunal aprecia que la LMAUS ha previsto un sistema de garantías explícitas que pretende una prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Estas garantías, que de acuerdo al artículo 112 del Reglamento de la LMAUS, son de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera han sido recogidas parcialmente en el Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud, que ha previsto dichas garantías para 34 condiciones asegurables, principalmente asociadas a las condiciones obstétricas, ginecológicas y pediátricas, previéndose incrementar dichas garantías a 60 en el año 2011, hasta cubrir las 185 condiciones asegurables en el 2016” (STC 0033-2010-PI/TC, FFJJ. 19-22).

- c) Otro tema abordado por el TC, derivado del anterior, es la legitimidad de la priorización hecha por la Ley N° 29344 en el aseguramiento de la población pobre del país, y dentro de ésta, la que se encuentra en situación de pobreza extrema. El Tribunal legitimó esta medida afirmando que:

“la adopción de medidas orientadas a establecer el acceso equitativo a los servicios de salud no se superpone ni es incompatible con la obligación de adoptar **medidas especiales** a favor de los grupos más vulnerables. Como recuerda el artículo 10, inciso f), del Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todo Estado se encuentra en el deber de satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

En la obligación jurídica de brindar a todas las personas un acceso equitativo a los servicios de salud, entonces, especial preocupación ha de tenerse por las poblaciones más vulnerables y, entre ellas, las personas calificadas en condición de pobreza y pobreza extrema. Este es un deber que se justifica no sólo por la especial dificultad de estas personas para acceder por su cuenta a los servicios de salud, sino por la grave situación a la que estas personas se enfrentan ante el evento de una enfermedad, lo que puede comprometer, además de la propia vida, el ejercicio de otros derechos básicos y la propia posibilidad de superar la condición de pobreza en que se encuentran. Es por esta razón que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha afirmado, en su Observación General N° 14, que “Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes” (párrafo 19)” (STC 0033-2010-PI/TC, FFJJ. 14-15).

- d) El Tribunal también afronta el cuestionamiento hecho por los demandantes en el sentido de que la Ley N° 29344 excluye a los afiliados independientes de EsSalud de los beneficios de planes complementarios y de las atenciones de alto costo, beneficios que sí poseen los demás afiliados al régimen subsidiado, semicontributivo y contributivo. En este punto, el TC establece que, en realidad los planes complementarios también se encuentran regulados para los afiliados independientes y que, en todo caso, existe el deber de ampliar progresivamente dichos planes a efectos de alcanzar la cobertura completa brindada a los afiliados dependientes de EsSalud. En lo que respecta a las atenciones de alto costo, el Tribunal detecta el primer vacío en la Ley N° 29344, pues no ha sido previsto ningún mecanismo que permita a este tipo de afiliados la atención ante el evento de una enfermedad de alto costo; por lo que ordena al Ministerio de Salud que en coordinación con EsSalud diseñen un plan que posibilite el acceso a este tipo de atenciones. El TC sustenta dicha postura en los siguientes términos:

“[...] Si bien es legítimo iniciar el proceso de aseguramiento universal con los sectores más vulnerables de la población, el Estado tampoco puede desatender su obligación de brindar un acceso adecuado a los servicios de salud al resto de la población nacional (...). Y es que el hecho de no encontrarse ubicado bajo el umbral de la pobreza o pobreza extrema (...), no supone que las personas así clasificadas puedan afrontar un evento de enfermedad sin poner en riesgo su seguridad financiera y la de su familia o, incluso, su propia salud y la vida en caso de no alcanzar a cubrir el alto costo de una enfermedad compleja.

[...] De modo que el Estado no debe ni puede perder de vista que si bien es legítimo que el proceso de aseguramiento universal focalice sus esfuerzos y los recursos del presupuesto público en las personas más necesitadas, los problemas existentes en las instituciones encargadas del aseguramiento en el régimen contributivo (entre ellos EsSalud) no son pocos y requieren también atención por parte de los órganos constitucionalmente encargados de garantizar el derecho a la salud” (STC 0033-2010-PI/TC, FFJJ. 25 y 27).

- e) Una vez corroborada la existencia de un plan destinado a lograr la tan anhelada igualdad sustantiva en materia de aseguramiento en salud, lo que empieza otorgándole legitimidad a la política pública dispuesta en la Ley N° 29344, el Tribunal procede a efectuar la lectura de la política de aseguramiento universal en una perspectiva de derechos. Esta lectura la realiza a partir del principio de equidad en salud, recogido en el artículo 9 de la Constitución. La equidad en salud no resulta ser otra cosa que las exigencias específicas que tendría el principio de igualdad en materia del derecho a la salud⁷. Entonces de lo que se trataría es no sólo de verificar la existencia de una política orientada al logro de la igualdad sustantiva en materia sanitaria, sino de cotejar si dicha política se encuentra –como se dijo al inicio de este artículo– razonablemente formulada y si es acorde con las exigencias que se derivan del contenido constitucionalmente protegido del principio de equidad en salud; en definitiva si la política de aseguramiento universal es conforme o no con los límites y mandatos fijados en la Constitución.

Las variables que el Tribunal encuentra como incorporadas en el principio de equidad en salud son:

- La necesidad de enfrentar las desigualdades sociales que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud. Este extremo el TC se abstiene de analizarlo pues el problema de los llamados determinantes sociales de la salud (educación, alimentación, entorno, etc.)⁸ es afrontado desde fuera del sistema de salud. No obstante, alude a la necesidad de efectuar coordinaciones intersectoriales a efectos de contar con un enfoque global del problema de salud que permita alcanzar la equidad sanitaria.
- La necesidad de garantizar la vigencia de otros derechos esenciales para el logro de la equidad sanitaria. En este aspecto, el TC reconoce que, conjuntamente con los determinantes sociales, es preciso que otros sectores del gobierno avancen en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de derechos tan importantes para la salud, como los derechos a la vivienda, a la educación, al agua potable, entre otros. En lo que respecta al propio sistema de salud, el TC valora que la Ley N° 29344 haya reconocido, por lo menos formalmente, los derechos a la participación en la formulación y seguimiento de la política pública, y a reclamar administrativamente en el caso de infracción a las normas que rigen el aseguramiento universal.
- La necesidad de garantizar que los servicios brindados por el sistema, en cualquier régimen sanitario, sean prestados de conformidad con los elementos esenciales del derecho a la salud, esto es, que sean disponibles, accesibles, de

7 SEN, Amartya: “¿Por qué la equidad en salud?”, en *Primero la gente*, Deusto, Barcelona, 2007, pp.74 y ss.

8 Comisión de Determinantes Sociales de la Salud: “*Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*”, OMS, 2009, en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf.

calidad y culturalmente aceptables (Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 12). Esta exigencia –afirma el TC– es recogida por la Ley N° 29344 a través de la incorporación de “garantías explícitas” de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera.

- La necesidad de garantizar que la atención brindada, en cualquier régimen de aseguramiento, sea ofrecida de modo integral, esto es, que la atención incorpore los aspectos de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, que permitan la superación de la enfermedad y el restablecimiento pleno de la salud (Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 12). Aquí es donde el Tribunal encuentra el segundo vacío en la Ley N° 29344, pues si bien formalmente se mencionan estos aspectos en la Ley, el Plan Esencial de Aseguramiento Universal en Salud, vigente para los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo, recoge prestaciones limitadas según la condición asegurable de que se trate. Esto supone la posibilidad de que un tratamiento, necesario para preservar la vida o capacidades funcionales esenciales de una buena salud, pueda ser interrumpido si excede la cobertura brindada por el PEAS. La amenaza grave que esto implica para el derecho a la vida y a la salud, llevan al Tribunal a ordenar al Ministerio de Salud a que “Establezca un plan de contingencia que permita cubrir las atenciones necesarias para preservar las capacidades esenciales de una buena salud o los riesgos contra la vida, cuando dichas atenciones superen el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS” (STC 0033-2010-PI/TC, punto resolutivo 3 b).
- La necesidad de garantizar que el sistema de salud, en cualquier de sus regímenes, no incluya criterios discriminatorios en la financiación o prestación del servicio de salud. Aquí el Tribunal destaca que a pesar de que el modelo de “competencia regulada” incentiva la competencia entre entidades administradoras y prestadoras de salud, lo que puede incidir en la elección tendenciosa de usuarios de salud económicamente rentables, el sistema ha incorporado mecanismos de control de la llamada “selección adversa”, así como ha dispuesto órganos encargados exclusivamente de vigilar la presencia de este fenómeno (Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud).
- La necesidad de que los recursos destinados a la política encargada de alcanzar la equidad sanitaria sean suficientes, como parte del acuerdo adoptado en el Estado de incrementar el gasto en salud. La equidad no supone pues sólo la inversión adecuada de los recursos sanitarios en el logro de la igualdad sustantiva, sino una mayor inversión en salud que suponga el cumplimiento de todas las exigencias previamente establecidas. Aquí el Tribunal destaca cómo, desde la promulgación de la norma, el presupuesto en salud se ha ido incrementando significativamente. Además, resalta la promulgación de la Ley N° 29761, Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal en Salud, que recoge un sistema de financiamiento más predecible y

regular, en aras de alcanzar la protección financiera y las metas de equidad fijadas en la Ley. Por otro lado, en un contexto de limitación financiera, el principio de equidad exige también –según el Tribunal– un uso eficiente de los recursos con los que se cuenta y un manejo transparente y honesto de los mismos, exigencias que han sido plasmadas a través de la intercambiabilidad de servicios y de la supervisión de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

- f) Otro aspecto importante en la sentencia objeto de análisis y que constituye un avance en la jurisprudencia del Tribunal de cara a la posibilidad de exigir judicialmente la satisfacción de los derechos sociales lo constituye la interpretación que el Tribunal hace del deber de progresividad. En la línea de lo dicho por otros tribunales, el TC peruano afirma rotundamente, en primer lugar, que dicho deber es jurídicamente exigible, es decir, su eficacia jurídica debe ser práctica y poder exigirse por diversos medios, entre ellos el judicial. Dicho deber de progresividad supone, por principio, el deber de no regresividad, esto es, de no retroceder en el avance de los derechos sociales, a no ser por razones debidamente justificadas. En segundo lugar, –y aquí lo importante– dicho deber no supone para el Tribunal –como ya lo adelantáramos en la introducción del presente artículo– la necesidad de que todos se encuentren gozando completamente de los derechos sociales (deber de resultado), sino que el Estado efectúe –como dice el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– el esfuerzo por realizarlos “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Esta disposición, un poco genérica, se concreta para el Tribunal, en la obligación de que exista un plan o política destinada a realizar efectivamente los derechos sociales (deber de actividad); plan que si bien le compete definir al Estado dentro del marco de sus competencias, debe contar con unas exigencias mínimas que lo hagan constitucionalmente adecuado. Lo crucial en este punto es que el TC afirma que los jueces pueden y deben controlar que las políticas públicas cumplan estas exigencias mínimas, es decir, los derechos sociales pueden exigirse judicialmente, además de en algunos casos graves y urgentes, cuando:

- se verifique la inexistencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la realización de los derechos sociales;
- no se verifique la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad;
- los planes diseñados para su satisfacción no han considerado un enfoque de derechos fundamentales, esto es, no toman en cuenta los niveles de protección mínima de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables;
- la política en cuestión no ha incluido indicadores de evaluación de las medidas adoptadas o no ha dispuesto mecanismos de transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y,

➤ dicha política no ha brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas⁹.

g) Finalmente, el Tribunal ha destacado el hecho de la ausencia de regulación del mecanismo de atenciones de alto costo, dispuesto en el artículo 21 de la LMAUS. Ha denunciado aquí la existencia de una inconstitucionalidad latente producto de dicha falta de regulación y ha ordenado se publique en el plazo más breve el Listado de Enfermedades de Alto Costo y el procedimiento destinado a acceder a dicho sistema. Aquí habría que precisar que si bien el Ministerio de Salud ha avanzado en la publicación del Listado de Enfermedades de Alto Costo, mediante Resolución Ministerial N° 325-2012/MINSA¹⁰, no ha cumplido aún con definir e informar cuál sería el procedimiento aplicable para acceder a este beneficio.

III. Crítica

1. Derecho a la salud y principio de solidaridad

El Tribunal ha afirmado, casi al final de la sentencia, que: “[...]como ha expresado la Organización Mundial de la Salud, las formas de financiamiento y manejo eficiente de los recursos pueden ser diversas. El Estado puede recurrir a diversos mecanismos que posibiliten un incremento de los recursos para este sector. La apelación a la **solidaridad** social, de distintos modos, es perfectamente legítima en esta circunstancia. Y es que como este Tribunal ha tenido ocasión de precisar, los derechos sociales deben entenderse, dentro una concepción integral, no sólo como obligaciones a cargo del Estado, sino como deberes de solidaridad que comprometen a la sociedad en su conjunto (STC 2945-2003-AA/TC, FF.JJ. 23-25)” (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 47).

Aunque el Tribunal sugiere la idea de que el Estado se encuentra legitimado para imponer mayores cargas a la sociedad con el objeto de conseguir más recursos para el sistema de salud, no explica por qué es que dicha imposición es legítima, pues solo encontramos una breve referencia a su propia jurisprudencia. Es obvio que el Tribunal es consciente que un sistema de salud altamente subsidiado sólo puede ser sostenible en el tiempo y mejorable si es posible mantener en la sociedad un compromiso con

9 Estos criterios, por su semejanza, el TC peruano parece extraerlos de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-760/08, fundamentos 3.3.10 - 3.3.15 y de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*.

10 Este Listado ha previsto la protección de las siguientes enfermedades: cáncer de cuello uterino, cáncer de mama, cáncer de colon, cáncer de estómago, cáncer de próstata, leucemias, linfomas e insuficiencia renal crónica.

el sistema y un espíritu de solidaridad con los más necesitados. Requiere pues el Colegiado Constitucional concluir su discurso con la idea de solidaridad, pues sin ella las pretensiones de progresividad, igualdad sustantiva y equidad en salud, desarrolladas a lo largo de la sentencia, simplemente no serían factibles.

No obstante ello, el modelo de economía de mercado que se impuso en el Perú desde la década del 90, bajo el argumento de la ineficiencia estatal, pareció buscar terminar con el principio de solidaridad, reduciendo el gasto estatal en los programas públicos, privatizando algunos servicios básicos y, sobre todo, promoviendo la migración de los ciudadanos a entes privados que administraran y prestaran los servicios sociales (salud, educación, pensiones) de un modo más eficiente y con mayor calidad que lo que lo hacían los organismos estatales¹¹. Si bien este cambio favoreció la calidad de la atención al grupo de la población (clase media) que podía sufragar los costos de los servicios privados, la nueva política estatal terminó por afectar el acceso a dichos servicios en perjuicio de los más pobres. El costo de los servicios privados impedía a la población más deprimida acceder a dichos servicios, conformándose con el servicio otorgado por el Estado, el cual merced a la reducción presupuestal y al quiebre del principio de solidaridad, había reducido gravemente su cobertura y calidad. La realidad que se ha vivido en estos años, producto de la política de privatización de los servicios públicos y focalización del gasto, es muy simple de describir: servicios básicos (salud, educación, vivienda, seguridad social, etc.) de buena calidad para los ricos, de mediana calidad para la clase media y de pésima calidad para los pobres.

Este contexto de fractura institucional y social, y el marco de un mundo globalizado que presiona por la máxima rentabilidad económica, parece conducirnos a la pregunta de si la solidaridad aún es posible y, por ende, si los sistemas de salud basados en este principio son factibles y tienen alguna posibilidad de progresar hacia una mayor igualdad sustantiva. La pregunta por si un valor como la solidaridad es posible, sin embargo, nos distrae de la pregunta de fondo: la de si este valor debe ser un principio que rija nuestras comunidades políticas. La justicia, la igualdad, el respeto por los demás, la tolerancia, la dignidad humana, son valores que no se encuentran sometidas a las circunstancias sociales imperantes. Nadie se pregunta si el hecho de que exista una creciente intolerancia religiosa en el mundo, nos debe llevar a abandonar nuestra lucha por la libertad religiosa. Lo verdaderamente importante es, pues, conocer los fundamentos de nuestros deberes morales y políticos, estar convencidos de su corrección, para así luchar por su realización efectiva.

¿Debe ser la solidaridad un principio político y jurídico?¹² Concretamente en el caso de la salud, ¿debemos una ayuda, como sociedad políticamente organizada, a los más

11 PETRERA, Margarita, REMÈNYI, M^a Antonia y PARODI, Fernando: *La gestión estatal y la privatización en el sector salud, la seguridad social y el sector financiero*, Documento de Trabajo N° 50, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1993, disponible en <http://www.iep.org.pe/textos/DDT/ddt50.pdf>.

12 GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús: "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad", en *Revista Sistema*, N° 101, Madrid, 1991, pp. 123 y ss.

necesitados? ¿Es legítimo pues imponer cargas a los que más tienen a favor del derecho a la salud de los que menos tienen? Estas preguntas, por lo demás, se encuentran en el centro del debate acerca del carácter de la salud como derecho¹³. Este debate ha sido recientemente reabierto en Estados Unidos a propósito de la política de seguros de salud impuesta por Obama y que ha sido cuestionada ante la Corte Suprema, alegando su inconstitucionalidad. Los términos de la discusión pueden presentarse de esta manera: con el objeto de ampliar la cobertura de salud y hacer menos prohibitivos los seguros de salud vendidos en Estados Unidos, el Congreso dispuso la obligación por parte de todo estadounidense de contratar un seguro y por lo tanto efectuar un aporte al sistema, con lo cual los ingresos de los seguros se incrementarían, viéndose luego impedidos de negar la afiliación y la atención a las personas de menos recursos (que es lo que usualmente sucede en el sistema sanitario de ese país). En pocas palabras, el Congreso propugnaba, a través de esta reforma, una mejora del sistema de salud, en cuanto a la equidad en el acceso, por medio del principio de solidaridad. El cuestionamiento a la ley planteado ante la Corte ataca el corazón de la reforma: obligar a una persona a cubrir las necesidades de otra viola los elementales derechos de propiedad y autonomía reconocidos en la Constitución; imponer la solidaridad constituye pues una especie de expropiación. Ronald Dworkin nos recuerda que este argumento reproduce aquel planteado por Robert Nozick, en el sentido que la salud pertenece a ese tipo de contingencias que pueden ubicarse dentro de una “lotería natural”, cuya responsabilidad no puede asignarse al conjunto de la sociedad de modo causal; por lo que constituiría una injusticia imponer los costos de un sistema sanitario a quienes no son responsables de las contingencias de salud de los demás. Esta tesis conocida como “libertariana” refuta pues la posibilidad de considerar a la salud como un derecho y de exigir su otorgamiento al Estado: la salud es un bien que debe ser adquirido, como otros, en el mercado¹⁴.

Autores como Ronald Green y Norman Daniels han refutado dicha tesis, sosteniendo no sólo que está demostrado que las condiciones sociales y económicas tienen una fuerte influencia en la salud, por lo que en realidad la sociedad es responsable de muchos de los males que afectan a los más pobres, sino que, recurriendo a la idea rawlsiana de la posición original¹⁵, estos autores han sostenido que la salud se encontraría dentro de aquellos bienes primarios que toda persona racional escogería dentro de un contrato ideal, con el objeto de protegerse, de modo igualitario, contra las eventuales enfermedades, impidiendo de esta manera que una diferencia de renta les imposibilite conservar la salud y los coloque en situación de inferioridad frente a los que detentan mayor poder económico¹⁶. Es decir, la salud sería una exigencia de justicia derivada de la igual consideración que merecen las personas en sus bienes básicos.

13 LEMA AÑÓN, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009; VIDIELLA, Graciela: *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

14 Vid. El artículo de DWORKIN, Ronald: “Why the Health Care Challenge Is Wrong?”, en el blog de *The New York Review of Books*, (abril de 2012) disponible en <http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2012/apr/02/why-health-care-challenge-is-wrong/>.

15 RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, 2ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

16 Estas posturas en VIDIELLA, Graciela: op. cit., pp. 45-51.

Siguiendo a autores como Sen¹⁷ y Nussbaum¹⁸, sin embargo, un fundamento más real que el contrato hipotético de Rawls, para la afirmación del derecho a la salud, se encontraría en la dignidad humana, concebida como aquel consenso cultural que alcanza la sociedad sobre cierto núcleo básico de bienes que toda persona debe poseer para llevar las vidas valiosas que deseen tener. La salud puede entenderse entonces como un derecho (como un título que da derecho a servicios de salud igualitarios brindados por el Estado) y la solidaridad con los que carecen del mismo como una exigencia derivada de él, cuando entendemos lo que implican principios como la dignidad humana, el igual respeto y consideración por los demás y la corresponsabilidad social por los beneficios y daños producidos por la sociedad en su conjunto. Si asumimos con seriedad –como afirmara Dworkin– el alcance de estos principios, las reformas de los sistemas de salud orientadas a una mayor igualdad sustantiva, como en Estados Unidos y Perú, no sólo serían más estables, sino que realmente podrían progresar hacia la equidad sanitaria tan anhelada.

2. Modelo de pluralismo estructurado y sistema público unificado de salud

El modelo de pluralismo estructurado incorporado en el Perú mediante la Ley N° 29344 fue desarrollado también en Colombia mediante la Ley 100, del año 1993. De este país podemos, por tanto, sacar algunas lecciones sobre el funcionamiento del mismo. Si bien en dicho país también se anunció que al cabo de unos años se alcanzaría el aseguramiento universal y el equiparamiento de las coberturas, entre los que pertenecen al régimen subsidiado y los que se ubican en el régimen contributivo; lo cierto es que 19 años después, al día de hoy, dicha promesa no ha sido cumplida. La Corte Constitucional colombiana ha tenido que declarar incluso el estado de cosas inconstitucional en el funcionamiento del sistema¹⁹. El excesivo número de tutelas llegadas a la Corte, como consecuencia de la negativa de las entidades prestadoras a atender a las personas afiliadas al régimen subsidiado, cuando la enfermedad se encuentra excluida del POS (plan obligatorio de salud, análogo al PEAS peruano), aun cuando dicha negativa implicaba graves riesgos para la vida y la salud, llevó a la Corte a pronunciarse por diversos aspectos del sistema que funcionaban deficientemente y que impedían el logro de la igualdad sustantiva planteada como objetivo en la Ley 100.

Estos defectos tenían que ver con cosas como la falta de una regulación clara del POS (que seguía sin incorporar atenciones que la Corte había ordenado incluir a través de su jurisprudencia), la ausencia de una actualización de los estudios que permitan establecer un nuevo POS, la demora en el sistema de recobro, lo que perjudicaba la prestación adecuada del servicio, la salida indebida de recursos del sistema por corrupción, formas de selección adversa detectadas en la prestación,

17 SEN, Amartya: *La idea de la justicia*, Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, México, 2009.

18 NUSSBAUM, Martha: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.

19 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-760/08.

ausencia de información adecuada y de participación ciudadana, falta de un enfoque diferencial que permita priorizar los recursos hacia poblaciones específicas como niños y adolescentes, mujeres embarazadas, discapacitados, etc. Sin embargo, más allá de estos defectos específicos y de las órdenes que impartió la Corte al respecto (entre las que se encuentra la equiparación definitiva de los planes de salud en el caso de los niños), en el proceso de seguimiento de la sentencia se han evidenciado problemas mucho más agudos, que han puesto en entredicho la viabilidad misma del sistema.

La pregunta básica es si realmente el modelo del pluralismo estructurado puede llevar a la igualdad sustantiva, al ideal de la equidad en salud. Lejos de estar en ese camino, el sistema aqueja un déficit financiero que pone en riesgo la prestación de los servicios. ¿Por qué ha sucedido esto? ¿Cuál es el diagnóstico que se ha dado? Una de las razones que se ha argüido es que al encontrarse separados los dos regímenes (subsidiado y contributivo) no ha existido mucha preocupación por lo que suceda con el régimen subsidiado, ni apoyo al progreso de la cobertura ofrecida. Otro motivo tiene que ver con el hecho que, dada la alta tasa de informalidad laboral, muy pocos han ingresado al sistema contributivo, por lo que dicha carga tiene que ser asumida por el régimen subsidiado. Además de ello, la competencia entre entes administradores de fondos, y entre entes prestadores, lleva al sistema a una lógica meramente económica y no necesariamente de derecho a la salud²⁰.

Como afirman algunos especialistas, el inconveniente con los sistemas focalizados, frente a los sistemas universales de prestación de servicios básicos, es que los problemas de falta de financiamiento, y de prestación deficiente de los servicios en los subsistemas subsidiados no son vistos por la sociedad en su conjunto, dado que una buena parte de esta no participa de dichos subsistemas, por lo que adquieren poco compromiso con el mantenimiento y mejoramiento de un régimen subsidiado. En la misma línea, dado que no participan de sus beneficios, las personas que se encuentran fuera del régimen subsidiado contribuirán siempre con recursos residuales a dicho subsistema²¹. Hay de este modo un lugar muy limitado para la solidaridad en el modelo del pluralismo estructurado. Producto de todo ello, el régimen subsidiado tendrá siempre un espacio marginal en el ámbito de las políticas públicas y la promesa de la equidad en salud se verá siempre postergada.

Es por eso que en Colombia, como en otros países, se ha propuesto pasar a un Sistema Público Unificado de Salud (como el que existe en Costa Rica), en el que se integren los dos regímenes con la misma cobertura; sistema que al fin y al cabo permita

20 Al respecto pueden verse las audiencias llevadas a cabo en la etapa de seguimiento de la sentencia T-760/08, colgadas en la página web de la Corte, en el siguiente enlace <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/audiencias.php>.

21 Esta ha sido sobre todo la crítica, para el caso del sistema educativo segregado en Chile, de ATRIA, Fernando: *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007. Otro análisis, desde una perspectiva de economía de los derechos humanos, en UPRIMY YEPES, Rodrigo y César RODRÍGUEZ GARAVITO: “Constitución, modelo económico y políticas públicas: Una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op. cit. pp. 271 y ss.

el incremento de los recursos económicos para el sector salud, y la ampliación equitativa del plan único de aseguramiento, cumpliéndose de este modo la tan anhelada meta de la igualdad sustantiva. El paso a un sistema universal o público unificado de salud representa un reto importante para la solidaridad presente en una sociedad, dado que todos tendremos que preocuparnos por todos y no sólo por nosotros como hasta ahora. Por esa razón los sistemas públicos son muchas veces resistidos. Sin embargo, el paso importante dado con el modelo de pluralismo estructurado es que en este sistema la solidaridad vuelve a reaparecer, aunque de un modo limitado, y puede prepararnos, como ha sugerido la Organización Mundial de la Salud, para un sacrificio mayor a favor de la equidad sanitaria²². Por ahora, sin embargo, en la propia Colombia, esto es algo que aún está en debate²³.

3. Progresividad del aseguramiento universal e indicadores de derechos humanos

El análisis efectuado en la sección anterior, respecto a las reales posibilidades de alcanzar la equidad en salud por parte del modelo del pluralismo estructurado, parece revelar un examen excesivamente formal en la sentencia del Tribunal respecto a la promesa de progresividad efectuada por la Ley N° 29344. El Tribunal parece confiar ciegamente en lo que se recoge en el articulado de la norma en cuestión y en los planes dispuestos por el Estado, sin una referencia a la forma cómo funciona nuestro sistema de salud en la realidad. En defensa del Tribunal podría decirse, sin embargo, que el modelo recién ha empezado a funcionar y, por tanto, sólo podía evaluarse el texto de la norma y su conformidad con los principios constitucionales, además de alguna alusión al incremento sustantivo de recursos para el sistema de aseguramiento universal y la priorización que se estaba haciendo de las zonas más deprimidas del país. Por lo demás, como ya se dijo, el modelo de pluralismo estructurado, como primer paso, para la igualdad sustantiva, puede ser un paso conveniente.

Sin embargo, en contra del Tribunal debe decirse que una reforma sería del sistema sanitario, que lo aleje de una mera política de gobierno y lo convierta en una verdadera política de Estado²⁴, debió haber incluido, como prioridad la fijación de indicadores de derechos humanos que midan el avance y los logros de la política de aseguramiento universal, especialmente de los componentes de la equidad en salud establecidos por el Tribunal. Sólo de esta manera podría saberse, con un cierto grado de confiabilidad, si se está progresando o no, y cuáles son los problemas para arribar a la meta de equidad planteada por la Ley N° 29344.

22 *La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*, OMS, 2010, disponible en http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf.

23 Vid. igualmente las audiencias llevadas a cabo en la etapa de seguimiento de la sentencia T-760/08, en la página web de la Corte, en el enlace <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/audiencias.php>.

24 Lo que parece estar sucediendo, dado que el actual gobierno de Ollanta Humala no ha incluido entre sus políticas de salud el afianzamiento del aseguramiento universal, además de no brindar información sobre los avances de dicho proceso, como sí sucedía en el gobierno de Alan García. En el portal web del Ministerio de Salud puede verse el lugar accesorio que ocupa hoy la política de aseguramiento universal: www.minsa.gob.pe.

No obstante ello, el Tribunal sólo hace una referencia a la necesidad de que la política de aseguramiento incluya indicadores de derechos humanos, componente que incluso –afirma el Tribunal– puede ser reclamado judicialmente si se encuentra ausente en la política pública. Sin embargo, de un modo contradictorio, el Tribunal abandona esta premisa y se abstiene de evaluarla al momento de decantarse por la constitucionalidad de la LMAUS. Y es que uno de los grandes déficits de la política de aseguramiento, como de casi todas las políticas públicas y sociales que se proyectan en nuestro país, es precisamente la ausencia de indicadores de derechos humanos. La importancia de indicadores específicos de derechos humanos, en la medición de las políticas públicas, ha sido recientemente destacada, tanto en el ámbito internacional²⁵, como a nivel de la doctrina²⁶ y la jurisprudencia comparadas²⁷: exigencias normativas de los derechos tan concretas como el enfoque diferencial de la política, con medidas de protección especial a favor de poblaciones desfavorecidas, o los aspectos de calidad, aceptabilidad cultural y no discriminación en la prestación de los servicios, así como el nivel de participación y transparencia, sólo pueden ser captados –se ha dicho– por indicadores con un marco conceptual de derechos humanos, que no posee el conjunto de indicadores sociales que sólo se concentran en la medición de cuestiones más generales como el acceso, la cobertura y la cantidad de recursos ingresados al sistema²⁸. Aunque estos últimos también son importantes para evaluar el esfuerzo que está haciendo el Estado para mejorar el sistema de salud y saber si se está cumpliendo o no con el mandato establecido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prescribe que el Estado debe utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la vigencia efectiva de los derechos sociales; la importancia de los indicadores de derechos humanos es central, pues permite saber justamente si los procesos de mejora del sistema de salud implementados por el Estado están siendo dirigidos de un modo tal que satisfagan las exigencias normativas del derecho a la salud²⁹.

25 Vid. al respecto los “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.132), de 19 de julio de 2008). Específicamente para el caso del derecho a la salud: “Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (A/58/427, de 10 de octubre de 2003) e “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (E/CN.4/2006/48, de 3 de marzo de 2006).

26 Vid. ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (Compiladores): *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2010.

27 Autos de Seguimiento de la Corte Constitucional de Colombia 109/2007, 233/2007 y 116/2008, emitidos en seguimiento a la Sentencia T-025/04.

28 PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo: “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op. cit. pp. 463 y ss.

29 Así lo ha entendido también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en sus “Observaciones finales al Informe presentado por el Estado peruano en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto”, del 18 de mayo de 2012 (E/C.12/per/CO/2-4), ha dispuesto que el Estado garantice el cumplimiento de la política de aseguramiento universal, priorizando las zonas más pobres e informando de los avances efectuados desglosados según regiones (esto es, mediante indicadores de derechos humanos que permitan medir el enfoque diferencial al que aquí se ha aludido). El Comité de DESC ha establecido lo siguiente: “El Comité está preocupado por el alto porcentaje de la población que no se beneficia de la cobertura de atención en salud. También le preocupa el acceso insuficiente y la calidad de los servicios de salud, especialmente en las zonas rurales y remotas (art.12).

La necesidad de ordenar el establecimiento de una línea de base³⁰, que nos permita saber en qué grado de satisfacción de la equidad en salud (con todas las variables que ella supone) nos encontramos ahora, para poder compararlo después con los resultados de los indicadores previstos para la medición del sistema de pluralismo estructurado (cuya elaboración también debía ordenarse), constituía –en nuestra opinión– un imperativo en la solución de la controversia constitucional sometida a examen del Tribunal. Alguna orden en este sentido no se encuentra, sin embargo, en la sentencia del Colegiado Constitucional³¹. Aunque el tema de los indicadores de derechos humanos no es muy conocido en nuestro país, su inclusión debió haber cerrado el avance que el Tribunal tuvo, en la sentencia objeto de análisis, en la definición de los componentes del principio de equidad sanitaria y de las posibilidades para la judicialización de las políticas que pretenden realizar los derechos sociales.

El Comité recomienda que el Estado Parte vele por la aplicación efectiva de la Ley Marco para el Aseguramiento Universal en Salud (Ley No.29344). El Comité también recomienda que el Estado Parte adopte medidas para mejorar el acceso y la calidad de servicios, especialmente en las zonas rurales y remotas, tomando en cuenta las barreras económicas, culturales y sociales para dicho acceso. El Comité pide al Estado parte que incluya en su próximo informe periódico, datos sobre el acceso y la calidad de los servicios de salud, desglosados por región” (párrafo 20).

- 30 COURTIS, Christian: “Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op. cit. pp. 413 y ss.
- 31 También hay ausencia de un *procedimiento de seguimiento* a las tres órdenes dispuestas por el Tribunal, a saber: a) el diseño de un plan de contingencia progresivo que permita cubrir las enfermedades de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud, b) el establecimiento de un plan de contingencia que permita cubrir las atenciones necesarias para preservar las capacidades esenciales de una buena salud o los riesgos contra la vida, cuando dichas atenciones superen el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS, y c) la regulación, mediante Decreto Supremo, del Listado de Enfermedades de Alto Costo y del procedimiento para acceder a este mecanismo. Este proceso de seguimiento no necesariamente debía ser efectuado por el Tribunal, sino que podía realizarlo también el Congreso de la República, a quien el Ministerio de Salud debe informar de los avances de la política de aseguramiento, de acuerdo a lo establecido en la propia Ley N° 29344, o la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de sus funciones constitucionales (vid. el Informe No. 15: *Problemas advertidos en la Implementación del Aseguramiento Universal en Salud*, del 29 de octubre de 2011). No debía dejarse –creemos– abierta esta cuestión, pues como ya se ha hecho práctica en nuestro sistema constitucional, las órdenes dictadas por el Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad no son cumplidas por los órganos encargados de hacerlas efectivas.

LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Hernán Alejandro Olano García

Director del Grupo de Investigación en Derecho Público “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”, en la Universidad de La Sabana. Es además el Vicecónsul Honorario de la República de Chipre en Colombia y Cabildero inscrito ante la Cámara de Representantes del Congreso de Colombia. Delegado en Colombia de FUNDALEX – Fundación para la Libertad de Expresión

SUMARIO: 1. Introducción y reseña histórica. 2. Determinación de contenidos y definiciones. 3. Interpretación. 4. La información y sus límites. 5. Derecho de Petición e Información confidencial, reservada y pública. 6. Máxima publicidad e internet. 7. Conclusiones.

1. Introducción y reseña histórica

En primer lugar, quiero agradecer al honorable magistrado Gerardo Eto Cruz, al permitirme presentar dentro de mi línea de investigación en Derecho Procesal Constitucional este trabajo titulado “El Derecho de Libre Acceso a la Información Pública”, que se compagina con la reforma que a partir de 2012 se aplicará en Colombia en los temas concernientes al Derecho de Petición, al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Las primeras disposiciones sobre la censura en materia de libertad de información, datan de 1502 y fueron expedidas por sus augustas majestades los Reyes Católicos. Los redactores de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de

1789, al romper con el modelo de Estado absolutista y sus abusos, no pasaron por alto determinar en su artículo 5 que “la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los derechos más precisos del hombre; –y que por ende todo ciudadano puede entonces hablar, escribir, imprimir libremente, con la sola limitación de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinado por la ley”¹. Debe recordarse, además, que esta Declaración, constituye uno de los textos que determinan los llamados Derechos Fundamentales de Primera Generación.

En el caso colombiano, esta conciencia ha estado igualmente presente. Así pues en el pilar del ordenamiento jurídico colombiano “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones”² y la enunciación de esta libertad ha sido una constante en los textos constitucionales colombianos de siglo XIX, no obstante algunas restricciones en la Constitución de 1886 muy recién expedida, dando lugar a un naciente Derecho de Acceso a la Información Pública.

Aparecen los primeros diarios, por supuesto, siempre bajo la lupa vigilante. “En 1791, el bibliotecario público de Bogotá, Manuel del Socorro Rodríguez, establece el primer periódico regular del país: **El Papel Periódico de la Ciudad de Santa Fe de Bogotá**, un semanario que se publicó durante casi seis años. Era un periódico oficial, sometido a estricta censura, pero tuvo un papel muy importante. Al publicar textos de interés más amplio, artículos de varios de los criollos locales, empezó a crear lo que hoy llamaríamos un espacio de debate público, un lugar no oficial de discusión, que fue prolongado por los otros periódicos publicados en los últimos años del régimen colonial, como el Correo Curioso y el Semanario del Nuevo Reino de Granada, que además fueron dirigidos por particulares”³.

Para nosotros, así como en otros países que fueron colonias españolas, los voceadores o pregoneros fueron la fuente de información que motivaba en las antiguas calles de nuestras ciudades la compra de los primeros periódicos y la transmisión de la noticia.

Este auge de publicaciones escritas, que más adelante incluye textos temáticos y literarios, introduce a los contemporáneos en un idilio cultural que revoluciona la concepción de vida hasta ahora percibida. “Para los criollos, que creían, como dijo Camilo Torres que la imprenta es “el vehículo de las luces y el conducto más seguro que las pueda difundir”, la posibilidad de publicar textos científicos y literarios y una limitada información sobre el Nuevo Reino y el mundo –así se publicara bajo el pretexto de censurar los excesos revolucionarios– era ya un gran avance, relacionado

1 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitucionalismo Histórico*. 2ª edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2007, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Artículo 11.

2 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia –Comentada y Concordada–*. 7ª edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006, Artículo 20.

3 http://www.andiarios.com.co/notas/body_notas9.htm

además con otros cambios en el ambiente cultural y político de la época: el interés por las tertulias literarias y científicas, la preocupación por el conocimiento de la realidad natural local, la apertura al pensamiento ilustrado europeo, la información sobre los hechos del mundo, los primeros esbozos de conformación de una identidad nacional”⁴.

En 1794, El Precursor Antonio Nariño, publicó secretamente, en su imprenta “La Patriótica”, la traducción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tomados de la historia de la Asamblea Constituyente de Francia. En aquella época, cualquier documento que se imprimiera, por disposición legal requería permiso de las autoridades, por lo cual Nariño fue condenado a prisión y posteriormente desterrado.

Cuando se produce la Independencia, Nariño retorna a su patria y retoma su vida periodística, centrándose en el establecimiento de la libertad de imprenta, escribiendo en las “noticias gordas” en “La Bagatela” y en los “Toros de Fucha”. Evidentemente la batalla por la libertad de imprenta fue apoyada por varios hombres más, entre ellos Camilo Torres quien en el Memorial de Agravios (escrito en 1809) expuso los derroteros de la libertad de imprenta, reforzando así el criterio de libertad de su compatriota Nariño. En sus escritos afirmó: “la imprenta, el vehículo de las luces y el conductor más seguro que los puede difundir, ha estado más severamente prohibido en América que en otra parte”.

Estas luchas lideradas por Camilo Torres y Antonio Nariño dieron como resultado que se tuviera en cuenta el principio de libertad de imprenta en nuestro país.

De ese modo tras proclamar la independencia de la Nueva Granada, nacieron diversas constituciones que se ocuparon de la libertad de imprenta. La primera fue la Constitución de Cundinamarca de 1811, que establecía:

De las formas de Gobierno y sus bases:

Art. 16: “El Gobierno garantiza a todos los ciudadanos los sagrados derechos a la religión, propiedad y libertad individual, y la libertad de imprenta, siendo los autores los últimos responsables de sus producciones y no los impresores, siempre que cubran con el manuscrito del autor bajo la firma de éste y pongan en la obra el nombre del impresor, el lugar y el año de la publicación, exceptuándose de estas reglas generales los escritos obscenos y los que ofendan al dogma, los cuales, con todo y eso, y aunque parezcan tener estas notas, no se podrán recoger ni condenar, sin que sea oído el autor. La libertad de imprenta no se extiende a la edición de los libros sagrados, cuya edición no podrá hacerse sino conforme a lo que dispone el Tridentino”⁵.

⁴ Ibidem.

⁵ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *La Constitución Monárquica de Cundinamarca*. Colección Portable, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, D.C., 2006.

La segunda Constitución de Cundinamarca de 1812 consagró en su artículo 1° “Los derechos del hombre y sus deberes” previsiones respecto a la libertad de expresión y opinión de la siguiente manera:

“Artículo 1°. (...) Numeral 8°: también puede libremente (refiriéndose a todo ciudadano) manifestar sus opiniones Políticas e inventos políticos por medio de la imprenta o de otro cualquier modo. (Paréntesis fuera del texto)

Entre esa Constitución y la de 1886, hay cerca de diez Constituciones; en esta última, con el respaldo de Rafael Wenceslao Núñez Moledo, y la redacción realizada por Miguel Antonio Caro Tobar, su artículo 16° expresó:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

Y, en el artículo 42° decía:

La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública.

Ninguna empresa editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras.

Mientras que en su artículo 38, inciso 3° se expresó:

“Podrá gravarse pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.”

En las disposiciones transitorias se agregó el Artículo k:

“Mientras no se expida la ley de imprenta el gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa.”

Lo anterior delimitaba el mapa bajo el cual existía la libertad de prensa en Colombia, es decir, existía mientras ésta no atentara contra parámetros establecidos, parámetros que el Estado debía salvaguardar, y para ello, por virtud del artículo transitorio k), tenía facultades prácticamente ilimitadas, mientras no se expidiera la regulación de la prensa.

Es así como en virtud del mencionado artículo transitorio, el Gobierno Nacional expide el Decreto 635 de 5 de Noviembre de 1886, “Sobre libertad de imprenta y juicios que se siguen por los abusos de la misma”, firmada por el Presidente de la

República, José María Campo Serrano. Con esta regulación, se terminó limitando de forma tal la libertad de prensa, que ésta quedó muy deprimida.

El 23 de Mayo de 1888, se expidió la ley 61, “Por la cual se conceden al Presidente de la República algunas facultades extraordinarias” Facultando posteriormente al Presidente a “Prevenir y reprimir administrativamente los delitos y las culpas contra el Estado que afecten al orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos, por el tiempo que sea necesario. Esta ley fue denominada “la ley de los caballos”, bautizada así por don Fidel Cano, porque a ella se atribuye que muchos caballos fueran degollados, como protesta por parte de los liberales, quienes no estaban de acuerdo con los cambios pretendidos por el Gobierno conservador.

Se decía que la ley 61 facultaba al gobierno para reprimir sin un marco legal cualquier acto que atentara contra el Estado, el orden público, la propiedad pública o privada, valiéndose de arbitrariedades. Y, ese año, la Ley 149 de 1888, en su artículo 204, fue la primera en permitir a todo individuo a pedir copia de documentos públicos.

En el año 1889, se expidió el Decreto 286, por medio del cual se facultó al Ministro de Gobierno y a los gobernadores para “prohibir la venta pública, en las calles o agencias particulares de los periódicos extranjeros cuya circulación sea perjudicial a la paz pública, al orden social o a las buenas costumbres.”

A los voceadores infractores se les castigaba con cárcel y no se les permitía vocear otras publicaciones.

El 29 de noviembre de 1889 el Presidente Carlos Holguín, expidió el Decreto 910, donde se estableció que para vocear un periódico se requería autorización del Ministro de Gobierno o de los Gobernadores.

El Congreso dictó la ley 19 del 18 de octubre de 1890, “Sobre el Código Penal”, donde le dedicaron títulos y capítulos exclusivamente a la prensa. Seis años después, el 12 de diciembre de 1896, el Congreso dictó la ley 157 sobre prensa que se convirtió en un “Código sobre Prensa”.

Esta ley desarrolló el precepto constitucional del artículo 42, derogó todas las disposiciones dictadas con anterioridad “con excepción hecha de las que se refiere a los delitos de injuria y de calumnia, siempre que no se opongan a lo preceptuado en esta ley” y declaró surtidos los efectos del artículo k) de la Constitución.

A esta norma la derogó la ley 51 de 1898 “sobre prensa”, suscrita por Lorenzo Marroquín y Euclides de Angulo, como presidentes del Senado y de la Cámara y la sancionó y promulgó el Presidente Manuel Antonio Sanclemente.

La nueva disposición en líneas generales reprodujo casi en su totalidad la ley 157, le hicieron numerosas adiciones, acabó con la institución del jurado de imprenta y dio competencia a los Jueces Superiores para conocer de los delitos de prensa. En cuanto al proceso administrativo señaló para la primera instancia al prefecto y a la segunda al Gobernador.

El 18 de octubre de 1899 el gobierno declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional, y con esta medida la ley 51 quedó suspendida. Había estallado la guerra de los mil días, entonces el gobierno ejercía una drástica censura.

Posteriormente, existió una transitoria libertad de prensa entre 1910 y 1949, año en el que el presidente Mariano Ospina Pérez decretó la censura previa de la prensa y de la radio, los atentados contra los periódicos *El Tiempo*, *El Espectador* y *El Siglo*, que agudizaron la caída del teniente general Gustavo Rojas Pinilla, por entonces Jefe del Estado.

La garantía constitucional, supone que el ejercicio de las libertades mencionadas, se debe dar dentro de un ámbito de responsabilidad social; lo cual de suyo supone unos límites. Pero señala además la norma, como mandato imperativo, la prohibición a la censura en la difusión de la información.

El derecho a la información pública y particularmente, como dice Marcela Basterra⁶ “el derecho a informar y ser informado implica uno de los derechos fundamentales y constitutivos del Estado constitucional de derecho. Se trata de un derecho inescindible de la forma democrática de Gobierno. El fin del derecho de acceso a la información pública reside en la búsqueda de control, en la necesidad de transparencia y en la fundamentación de todo acto público”.

Comprendida ya la importancia que supone este tema para el Derecho en todas sus vertientes, el presente estudio se encaminará a determinar cómo el desarrollo del derecho a la información, y lo que sobre ello se ha determinado, para advertir aquella fina línea que diferencia la legítima regulación de la reprochable censura.

Evidentemente, para lograr el cometido propuesto, el estudio habrá de detenerse en reflexiones propias del tema que nos ocupa y que sólo pretenderán advertir, de manera más clara, los rasgos propios que el lector de este escrito sabrá hacerse útiles para presentarles el caso colombiano sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública -DAIP-, sigla que por primera vez será utilizada en nuestra doctrina.

6 BASTERRA, Marcela. *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*. Prólogo de Néstor P. Sagüés. Editorial Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006, p. 39.

2. Determinación de contenidos y definiciones

El artículo 20 de la Constitución Política de Colombia consagra el derecho a la información y la prohibición a la censura de la siguiente manera:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tiene responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

Lo primero que habrá que decir, ya concentrados en Colombia y sobre el Derecho a la Información, es que su consagración se manifiesta dentro de la concepción de un Estado Social y Democrático de Derecho, permitiéndonos sostener que si bien sería absurdo pretender una información por parte de los medios de comunicación falsa, inequívoca y poco seria, sería peor aun que el Estado, en uso de uno de sus muchos poderes,⁷ mantuviese la facultad de prohibir determinadas informaciones sin fundamento legal y/o constitucional.

Siguiendo esta línea, podremos comprender, aunque ahora resulte evidente, que es aquí la persona quien goza de libertad para expresarse, para informar, para formar medios masivos de comunicación, y que al mismo tiempo, estas libertades deberán ser respetadas también por personas, y que cualquier restricciones, configurará una vulneración grave al núcleo esencial del Derecho, lo que se verá reflejado en un ámbito de libertad. Por ende, será el Estado quien deba adquirir, principal y ejemplarmente, ese compromiso inquebrantable de respetar la libre manifestación de las ideas, la libertad de escribir y publicar, de formar medios de comunicación, de informar, etcétera; pero señalando con claridad que los particulares poseerán entonces un deber correlativo, sin el cual el Derecho mismo y el Estado dejarían de existir. De manera general, podemos expresar esa correlatividad en cuanto a: el respeto por los derechos de los demás, es decir, que no exista posibilidad de consagración o ejercicio del abuso del derecho; veracidad, objetividad e imparcialidad; y responsabilidad social, si estamos frente a medios masivos de comunicación. Un manejo irresponsable de la información, transformaría la concepción del Estado, incluso hasta sumirlo en uno con rasgos totalitarios

Sin embargo, no sólo el derecho de acceso a la información pública se encuentra consignado en el artículo 20 Superior, pues en Colombia también se encuentra en el

7 Poder que, según el tratadista André Hauriou, es una engría de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa de gobernar un conglomerado humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la competencia y de la fuerza. HAURIU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Editorial Ariel. Barcelona. 1971, p. 38.

artículo 15 (Hábeas Data), artículo 23 (Derecho de Petición), artículo 70 (difusión de los valores culturales de la Nación), artículo 74 (libre acceso a los documentos públicos), art. 78 (la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información sobre su comercialización, deben regularse por la ley), art. 112 (libre acceso de los partidos políticos a información específica), art. 136 (restricción al acceso de información relacionada con la actividad diplomática del Estado), art. 137 (libre acceso a la información por parte de la Corte Constitucional en los casos de excusas para comparecer al Congreso de la República), art. 284 (libre acceso a la información por parte de los organismos de control, sin ninguna oposición), etc., así como en el reconocimiento legal como parte del Bloque de Constitucionalidad para el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 1, 2, 13.1 y 25), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19).

En cuanto a las definiciones derivadas de la jurisprudencia, en la sentencia C-488 de 1993 de la Honorable Corte Constitucional, se ha definido el Derecho a la información de la siguiente manera:

“(…) es aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí mismo sobre la realidad con conocimiento suficiente (…)”.

También expresó al respecto de las características legales universales del Derecho a la información lo siguiente:

“(…) es un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es Universal: Toda persona –sin ninguna distinción– y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial como lo consagra el artículo 20 de la Carta Política (...)”

Así, se puede afirmar, que el primer elemento relevante de este Derecho, es su carácter **Fundamental**, es decir, que es inherente a la naturaleza del hombre. Sobre los Derechos Fundamentales, ha dicho el máximo tribunal constitucional colombiano, que se caracterizan por ser:

- a) Universal: Se entiende a que es valido en todo tiempo y en todo lugar. Al ser una expresión de la esencia humana es, obviamente, universal por cuanto la esencia del hombre es común a todo los individuos de la especie humana cualquiera que sea su condición vital, social, política, jurídica, económica o circunstancial.

- b) Inalienable: Pues al responder una tendencia natural del ser humano, es imposible que dicha facultad de ser informado este despojada del individuo de la especie humana, por que equivaldría a negar sus inclinaciones naturales, debidas a todo hombre, tales como la sociabilidad y las tendencias al conocimiento y a la comunicación.
- c) Irrenunciable: Ya que la persona legítimamente no puede despojarse de las potencialidades básicas de su correspondiente naturaleza. Y es razonable que así sea, ya que todo derecho tiende hacia la perfección humana, es decir, a su realización.
- d) Imprescriptible: En el sentido que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, entre otras razones por que, al ser un derecho universal se tiene siempre y ello indica por todo el tiempo.
- e) Inviolable: Es decir, nunca se puede vulnerar su núcleo esencial bajo ningún título, si hay justificación posible contra un derecho fundamental. Lo cual no quiere decir que sea absoluto, por que lo absoluto no admite limitaciones y este derecho por ser de carácter jurídico necesariamente ha de ser limitado.

El segundo elemento del derecho a la información establecido por la H. Corte en la mencionada sentencia consiste **en informar y ser informado veraz e imparcialmente**, lo que se constituye como el bien jurídicamente tutelado y se traduce en la información de la verdad, que al mismo tiempo implica la existencia de la imparcialidad.

El tercer elemento destacado podría considerarse como la causa final del mismo, puesto que se constituye en el juicio que puede hacer el individuo de la especie humana respecto de la información basada en la realidad, que ha recibido.

Por otro lado, encontramos que se han determinado unos principios⁸ sobre los cuales puede decirse que descansa el Derecho en cuestión y estos son, a saber, los siguientes:

“No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos.

Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público.

El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores,

⁸ Se incluyen en el estudio realizado por OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *El Derecho a la Libertad de Información*. MSD/USAID Colombia, Bogotá, D.C., 2001.

coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y solucionados con severidad.

La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la información arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.

Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar y castigar a medios o periodistas.

El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.

La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de la precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación de los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.

Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público⁹.

3. Interpretación

El Derecho a la información es un Derecho de carácter Fundamental, lo cual quiere decir que depende de la calidad de persona humana; por tanto, se pueden establecer límites al ejercicio del mismo, ya que como es bien sabido, se evita el abuso del Derecho y se crea, dentro del aspecto social en que se desenvuelve el Derecho, una cierta seguridad de convivencia encaminada al bien común.

Según el profesor de la Universidad de Santiago de Compostela José Julio Fernández Rodríguez¹⁰, “es usual que las Constituciones democráticas prevean en su articulado a la hora de tratar los derechos fundamentales las libertades de expresión e información, herederas de la histórica libertad de imprenta”, que como sabemos y ya indicamos,

⁹ Ibidem.

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La modulación de la libertad de información en internet*, en: CARBONELL, Miguel (Coordinador). *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2002, p.300.

apareció en las dos primeras constituciones colombianas de Cundinamarca y de Tunja de 1811 y luego en la de Cádiz de 1812.

En el caso de un país con gran evolución en materia constitucional, como lo es los Estados Unidos de Norteamérica, desde 1927, en la decisión *Whitney vs. California*, se estableció que la discusión pública es un deber político y además principio fundamental del buen gobierno, contexto sobre el cual se pueden desarrollar las libertades de expresión, información, opinión y el acceso a los documentos públicos.

Ya en 1981, el Tribunal Constitucional español, estableció como indispensable para la sociedad política “el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real, los restantes derechos que la Constitución consagra”¹¹; frente a lo cual, se encuentra que para ser ejercido en su integridad, el derecho a la información requiere de cuatro presupuestos que García Toma nos presenta:

- La existencia de una pluralidad de fuentes de información;
- El acceso a las fuentes de información;
- La ausencia de obstáculos legales para ofrecer o acceder a las fuentes de información, salvo los casos previamente justificados en la legislación;
- La entrega de información veraz; es decir, no deformada, retaceada u ocultada.

Esa libertad de información y de expresión, también fue tratada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 121/1989 el 3 de julio de ese año, en la cual:

“Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales.”

En el caso peruano, la regulación constitucional se comenzó con la Carta de 1979, artículo 2°, inciso 4, discutida por una asamblea que convivía con el poder de facto, luego de que en 1974, como lo refiere Domingo García Belaunde¹², “en 1974 el gobierno militar de esa época expropió los medios de difusión, escritos y televisados, y los entregó teóricamente a los sectores organizados de la sociedad, pero en la práctica eran controlados por el propio Estado. Los medios fueron en la práctica asaltados y tomados

11 GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Cuadernos del Rectorado # 10, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, p. 146.

12 BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial Adrus, Lima, 2009, p. 10.

por la fuerza pública la noche del 27 de julio de ese año, avalado, como siempre sucede, por algunos juristas defensores de la democracia cuando les conviene, y golpistas cuando ella no les presta el apoyo popular. Así tuvimos una prensa monocorde, parametrada, que sólo vertía noticias oficiales de manera tal que con comprar un diario ya se sabía lo que decían todos los demás. Igual fue con los canales de televisión. Se impuso así una verdad oficial y fue negada toda información y todo acceso a ella. Un poco lo que sucede hoy en China, en donde la astucia oriental ha llegado al extremo de haber manipulado el mundo cibernético y los que pasean en Beijing, por ejemplo, si bien disponen del Internet, no pueden acceder a noticias que al régimen no le interesa divulgar, pues el ciberespacio ha logrado ser interceptado por el comunismo chino”.

Actualmente, en el Perú, con el artículo 2, inciso 4 de la Constitución vigente se encuentra la regulación de la libertad de información, al expresarse en dicha Norma Superior que toda persona tiene derecho:

“(…) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el código penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación. (...)”

Por tanto, como lo expresa el profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹³, en el Perú se entiende como derecho a la información a “aquel derecho a buscar y obtener la información de carácter público que obra en el Estado o en los particulares (en este último caso, básicamente cuando dichos particulares asumen funciones públicas y/o se encuentran obligados a actuar mediante procedimientos administrativos). Naturalmente, según se prevé en la misma Constitución peruana vigente, se exceptúan de lo exigible mediante este derecho fundamental a las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”.

En México, por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución, que no sufrió ninguna modificación con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, porque ya se le habían incorporado cambios en el año 2007, consagra la siguiente disposición sobre la libertad de expresión¹⁴:

13 ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. “El Derecho de Información en el Perú: Luces, sombras y algunos retos para afrontar”, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial Adrus, Lima, 2009.

14 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, sexagésima novena edición, México, D.F., 2011.

“Artículo 6.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. el derecho a la información será garantizado por el Estado. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 13 de noviembre de 2007.)

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la federación, los estados y el distrito federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)

- i. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. en la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007).
- ii. la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)
- iii. toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)
- iv. se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)
- v. los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)
- vi. las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 20 de julio de 2007.)
- vii. la inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.”

Por su parte, en Chile¹⁵, la garantía de la libertad de expresión está consagrada en la Ley 19733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, así como en el numeral 12 del artículo 19 Constitucional, cuando éste señala que se asegura a todas las personas:

“12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad con la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”

En Argentina, como muy bien lo explica la doctrinante Marcela Basterra¹⁶, éste derecho, que puede ser considerado como fundamental, “se constituye como herramienta legal para alcanzar la transparencia de los actos del Estado, pero también como medio de fiscalización y participación efectiva de todos los sectores de la sociedad sin discriminación. El acceso a la información pública constituye hoy una de las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos, situación que ha sido recogida por el derecho, al considerar que la libertad de información es parte esencial de los derechos fundamentales.”

Por otro lado, en Costa Rica, como lo expresa Jorge Enrique Romero-Pérez¹⁷, dice que “tener acceso efectivo a la información que guarda el Estado o la Administración Pública, en los hechos, es una tarea difícil. A pesar de que la Constitución Política garantiza, en el papel, ese derecho, lo cierto del caso es que la Administración se vale de una serie de tretas y de maniobras para obstaculizar la realización de esa garantía fundamental”, no obstante por lo dispuesto en los artículos 24, 28 y 30 de su Constitución Política, pero “sin duda el rol de la Sala Constitucional en la protección de este derecho fundamental ha sido y es importante”¹⁸.

En el Uruguay, los artículos 29, 30, 72 y 332 de su Constitución, así como la Ley 18.381 del 17 de octubre de 2008, con sus 35 artículos, se ha dado un paso importante en el reconocimiento y protección de este derecho fundamental, como lo explica más ampliamente Rubén Correa Freitas¹⁹.

15 PINOCHET CANTWELL, Francisco José. *El Derecho de Internet*. Editorial de Derecho de Chile, Santiago, 2006, p. 173.

16 BASTERRA, Marcela. “El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Argentina”, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial ADRUS, Lima, 2009, pp. 45- 90.

17 ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Costa Rica*, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial ADRUS, Lima, 2009, p. 181.

18 *Ibid.*, p. 202.

19 CORREA FREITAS, Rubén. “El Derecho de Acceso a la Información Pública en Uruguay”, en: BASTERRA, Marcela y ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (Directores). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en Iberoamérica*. Prólogo de Domingo García Belaunde. Editorial ADRUS, Lima, 2009.

Esta libertad, en el ámbito de América Latina posee un panorama muy preocupante, lleno de obstáculos, no obstante que el mismo artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, deja plasmado que ha de garantizarse no sólo la búsqueda, recepción y difusión de ideas e información de toda índole, sin consideración de fronteras, recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también “a las que ofenden, chocan, inquieta o resultan ingratas a los funcionarios públicos o a un sector de la población. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad verdaderamente democrática”, como señala el doctrinante argentino Alberto J. Lucchetti²⁰.

A nivel internacional, la libertad de expresión encuentra cabida en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos de la O.N.U., expedida en 1948, artículos 18, 19 y 29.2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19; en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de la O.N.U., expedida el 25 de mayo de 2000; entre otros.

La Corte Constitucional colombiana ha dispuesto sobre el particular a la libertad de expresión, desde que fue expedida la Sentencia T-332 de 1993 que,

“(…) el Derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cubre únicamente a quien informa, (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información (...)”,

“(…) al igual que la misma o el ejercicio del derecho no puede vulnerar otros derecho de carácter fundamental (...)”

La Corte llega a establecer aquí la manera en la que este Derecho debe estar sujeto al hombre, razón del mismo y al no abuso del Derecho.

Así las cosas se debe ver el Derecho desde dos puntos de vista: a) el Derecho como derecho y b) el Derecho como deber. Lo anterior depende del sujeto que ejerza el derecho, razón por la cual es conveniente aclarar las tendencias del mismo así: primero, una acepción tendiente al desarrollo de la información como actividad y luego, otra al Derecho de toda persona de obtener una información veraz e imparcial.

El ya citado profesor español José Julio Fernández Rodríguez²¹, señala precisamente que:

20 LUCCHETTI, Alberto J. “La libertad de expresión”, en: ALBANESE, Susana (Coordinadora). *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de convencionalidad*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 240.

21 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La modulación de la libertad de información en internet*. Art. cit., p. 301.

“la libertad de expresión y la de información son dos derechos distintos. La libertad de expresión tiene por objeto la posibilidad de manifestar cualquier concepción intelectual (pensamientos, ideas, creencias, opiniones, juicios de valor, etc.) por cualquier medio, ostentando, por lo tanto, un carácter muy amplio. Es una de las dimensiones externas de la libertad de opinión, aquella que permite pensar y decir lo que se cree verdadero. El único condicionamiento, hablando ahora de manera general y sin entrar en las peculiaridades necesarias para exponer la concepción intelectual correspondiente, excluyéndose, por ello, los excesos innecesarios y agresivos.

En cambio, la libertad de información tiene un sentido diferente. Supone la existencia de un derecho a la libre comunicación y/o recepción de información veraz, lo que, en realidad, puede entenderse, a su vez, como dos derechos diferentes o como dos vertientes distintas del mismo derecho (una a comunicar, otra a recibir, o sea, un derecho a informar y un derecho a ser informado). El interés general a la información es el que otorga la relevancia institucional a esta libertad”.

Y, en otro estudio, el mismo José Julio Fernández Rodríguez²², señala que “la libertad de expresión es clave en cualquier sistema verdaderamente democrático al colaborar en la transparencia del mismo y en la conformación de una opinión pública libre, elemento básico de la inexcusable idea de pluralismo político.”

Depende el Derecho respecto del sujeto que lo ejerce: Así, el sujeto activo del Derecho, que corresponde al individuo o individuos que dentro del sistema de lenguaje se identifican con el emisor de la información; este puede ser un individuo singular de la especie humana o los medios de comunicación, que tienen una limitante en su ejercicio, la que se fundamenta en la incidencia de la información que promueven por cuanto su carácter es masivo. Esto se debe diferenciar de acuerdo a dos situaciones: el difundir ideas o tendencias intelectuales y la información de las situaciones plasmadas en el país.

La primera de ellas conlleva la responsabilidad que las mismas no sean destructoras de la conformación democrática que nos abarca, contrarias a la decisión del poder originario y la libre determinación de los pueblos. Y la segunda, posee una responsabilidad social.

Este tema en especial, fue objeto de análisis por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-179 de 1994, donde se establece el ejercicio del Derecho en los Estados de Excepción, y se manifiesta que toda censura de los medios de comunicación es antidemocrática e inconstitucional. Se añade que ésta sólo se permitiría en regímenes

22 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “La Libertad de Expresión en un Horizonte Multicultural”, en: CARBONELL, Miguel (Compilador). *Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión*. Editorial Porrúa – Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 111.

fascistas y autoritarios. En cambio en el Estado Social de Derecho, en el que rige una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica, es decir al imperio del Derecho y la negación de la arbitrariedad; esto sería inconcebible. En este Estado, sólo siendo libres las personas se cumplen los fines del mismo, señala la Corte.

Los límites del Derecho a la información pueden condensarse en los siguientes: los derechos de los demás, la veracidad e imparcialidad de la información y la responsabilidad social que poseen los medios de comunicación.

Ha establecido la Corporación, que ninguno de éstos es absoluto y, en consecuencia, el Derecho a la información, tiene como únicos límites, la veracidad e imparcialidad de la información divulgada, la responsabilidad social (si se trata de medios masivos de comunicación), así como el respeto por los Derechos Fundamentales de las demás personas, que puedan verse involucrados en un eventual conflicto en el ejercicio del Derecho. En la mayoría de los casos se trata del Derecho al buen nombre, a la intimidad, a la honra y los demás que puedan caracterizarse como Fundamentales por estar íntimamente relacionados con la dignidad humana.

De otra parte, la Corte nunca ha desconocido la prohibición constitucional a la censura. Entendida esta como los actos discriminatorios y dolosos tendientes a limitar el libre ejercicio del Derecho a la información. Sin embargo, existen algunos casos en los cuales se ha establecido alguna prohibición respecto a publicaciones, divulgación de informaciones, emisión de programas y similares, así como, la rectificación de informaciones por parte de los medios, por atentar de manera directa contra algún Derecho Fundamental, o por la necesaria protección que el orden público exige.

Es claro que lo anterior no puede entenderse como censura cuando justificadamente se limita el Derecho a la libre expresión o a la información, por la autoridad legitimada para hacerlo. Por el contrario, es el cumplimiento, por parte de la Corporación, respecto de los límites que la misma Constitución impone al Estado y a los particulares respecto del ejercicio del Derecho a la información. Por ello, mal haría la Corte en pasar por alto mandato. Y la omisión, traería como consecuencia el desconocimiento de los principios y valores que caracterizan a la Carta Política de 1991.

A continuación, se explicarán brevemente los tres casos específicos, en los cuales la Corte Constitucional colombiana ha restringido o limitado el Derecho a la libre expresión como género y a la información como especie, por las razones anteriormente explicadas y que se convirtieron en sentencias hito o marcadoras de línea dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana, aunque por su antigüedad, algunos neo-constitucionalistas desconocen la trascendencia de estos fallos:

T-293 de 1994: Las menores accionantes Shani y Maya Ospina Fei sintieron violados sus Derechos Fundamentales a la intimidad, honra y dignidad por la publicación en

Colombia y en diferentes países del libro “PERDUTE”, por la editorial Sperling & Kupfer Editori y otra edición del libro en francés, “publicación que fue escrita por su madre, Sandra Pía Aurelia Fei, en la cual describe hechos y circunstancias que pertenecen única y exclusivamente al círculo familiar. Por otro lado, afirman las menores que los hechos descritos en libro son falsos y que han afectado sus relaciones interpersonales. La Corte consideró que “resulta válida la decisión judicial que impida la circulación del escrito o impreso que probadamente atenta contra Derechos Fundamentales de personas en concreto, sin que ello pueda considerarse censura sino apenas el natural cumplimiento de los mandatos constitucionales en lo que atañe al adecuado equilibrio entre deberes y derechos”.

Y luego añadió la sentencia:

“No puede sostenerse que quien hace uso de la libertad de expresión o del derecho a la información esté autorizado para transgredir mediante sus publicaciones la normatividad constitucional o para atropellar a otros miembros de la comunidad en el ejercicio de sus derechos. No es de recibo la interpretación en cuya virtud se sacrifican la honra y el buen nombre de las personas en aras de un malentendido derecho a la información o con el pretexto de un distorsionado criterio sobre la libertad de expresión. Ha de entenderse que el derecho de quien informa o se expresa tiene unos límites y que, cuando esos límites son traspasados, deja de estar en el ejercicio de un derecho para ubicarse en el terreno inconstitucional de la trasgresión de otros derechos que está obligado a respetar.

Toda persona puede reclamar el derecho a publicar libros, en los cuales aparezcan plasmados los resultados de su creación intelectual. Pero si el escritor no ejerce un derecho absoluto, está sujeto a las restricciones que le impone la propia Constitución cuando consagra derechos en cabeza de todos los asociados. Entonces, no le será lícito hacer uso de la obra para revelar detalles de la vida íntima de otro individuo o de su familia, o para proferir calumnias, injurias o amenazas. Atenta contra los derechos constitucionalmente consagrados si en la publicación juega con la honra o el buen nombre de personas o instituciones, pues éstas, en ejercicio de las prerrogativas que la misma Constitución les reconoce, están en posición de acudir al juez para que haga valer sus derechos e imparta las órdenes necesarias para que cese la violación. La publicación afecta gravemente la integridad moral de las niñas accionantes y pone en serio peligro su estabilidad emocional.”

La Corte no ordenó ninguna rectificación, ya que el libro no ha aparecido en Colombia y por lo tanto, cualquier decisión escaparía del ámbito jurisdiccional del juez de tutela, y, por otra, sin embargo se adicionó la sentencia ordenando que se oficiara al Director General de la Policía Nacional para que las autoridades vigilen

que, aún en el caso de publicarse dicho libro en español fuera del país, no circule en el territorio nacional. Como en los tiempos de la Inquisición, se creó así un Index en Colombia.

De otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia, en el evento en que exista conflicto entre el Derecho a la información o la libertad de expresión y el Derecho a la intimidad, prevalece el último, toda vez, que el Derecho sujeto a violación o amenaza tiene que ver con la vida privada de los niños.

Hay que hacer notar, debido a que pertenece a nuestro Bloque de Constitucionalidad, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pesar de la prohibición expresa de establecer una censura previa, cuenta con dos posibilidades para establecer controles preventivos en el ejercicio de la libertad de expresión, como por ejemplo el artículo 13.4, en el cual se sugiere una censura previa para los espectáculos públicos, con el propósito de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia, como lo desarrollaré más adelante al citar la OC-11/96.

Otro supuesto relacionado con la censura previa, en estados de excepción, lo permite el artículo 27 de la citada Convención Americana y, en los mismos términos lo establecen varias constituciones de nuestro Continente y, en todo caso, como lo dijo la misma Corte Interamericana, “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos”, entre los que se pueden encontrar abusos oficiales como el que en Colombia se dio durante el gobierno de Rojas Pinilla, al crearse la figura del censor en todos los medios de comunicación.

T-539 de 1994: En este caso, el Consejo Nacional de Televisión, prohibió la transmisión de un comercial de televisión, que tenía por objeto la prevención del SIDA. El contenido de las imágenes mostraba a dos hombres besándose. En este caso la Corte Constitucional manifiesta, que “el motivo técnico del Consejo Nacional de Televisión para negar la transmisión del comercial, no implica violar el pensamiento de un grupo de personas. No se ha prohibido que los homosexuales expresen sus opiniones, sino que se ha determinado la inconveniencia e ineficacia del mensaje”. Siguiendo la tesis de la Corte, se puede establecer, que no existe censura, ya que ésta es, per se, discriminatoria, y lo relevante en este caso fue el juicio de conveniencia realizado por la Corte Constitucional.

SU-056 de 1995: Con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, en torno al libro “La Bruja”, escrito por el periodista Germán Castro, expresándose que:

“La libertad de expresión tiene una concreción y manifestación efectivas en el derecho que tiene toda persona de plasmar en libros la narración de sus experiencias, concepciones intelectuales y creaciones espirituales que pueden asumir la forma de obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, y difundirlos

o darlos a la publicidad. En consecuencia, el autor de un libro tiene el derecho a que su obra sea conocida, difundida y reproducida en condiciones que garanticen el respeto de los derechos de su creación intelectual.

En lo que concierne con la libertad de expresión que no se materializa o no tiene por objeto informar, sino recrear en una obra literaria, gráfica, plástica o filmica, hechos o situaciones reales o imaginarios, no es procedente sujetarla a las exigencias impuestas a la libertad de información, como son el atenerse a la verdad e imparcialidad de la noticia, lo cual no significa que el artista –escritor, periodista, caricaturista, pintor, director–, pueda desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular sus derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre.”

El profesor mexicano Alfonso Gómez Robledo, ha dicho que “la libre expresión de las opiniones es sin duda un mandamiento que se impone a la conciencia moderna”.

Expresando que:

“Si la libertad de expresión es un fundamento esencial del orden democrático, es igualmente cierto que la protección de la vida privada es garantía y condición de la vida democrática.

En principio la publicación de informaciones no debería ser obstaculizada en forma alguna; sin embargo debe hacerse la distinción entre información verídica y falsa noticia. La prohibición de informaciones falsas no es contraria a la exigencia de libertad. La posibilidad de limitar la libertad de publicar informaciones, incluso fidedignas, está vinculada a la existencia de otras libertades, y la libertad de información ejercida en forma dolosa pone en riesgo grave otras libertades.

La libertad de la persona, el debido respeto a la vida privada, son protegidos contra los abusos de la información. Esa protección queda generalmente asegurada por el régimen jurídico de la difamación.

Las necesidades de una buena administración de justicia y la salvaguarda de los derechos de la defensa, conducen igualmente a prohibir la publicación de ciertas informaciones.”

Esos son los denominados casos “hito” sobre el tema del DAIP, pues por otra parte, existen otros cientos de pronunciamientos del Alto Tribunal Constitucional de Colombia, en los cuales existe una limitación al derecho a la información, caracterizada por violar otros Derechos Fundamentales de las personas objeto de la noticia o información divulgada. Cuando se trata de medios de comunicación, la opinión debe

ser expresada de una manera profesional y responsable, para evitar así interpretaciones equívocas, por estar de por medio Derechos Fundamentales como a la honra y al buen nombre de las personas respecto de las cuales se opina, así como, el Derecho de los receptores, a recibir información veraz e imparcial.

En principio, el periodista puede expresar libremente lo que quiera, así tenga como única base, meras especulaciones. Pero lo que se le prohíbe, es hacer ver esas especulaciones como hechos ciertos. Esta limitación al Derecho a la información, se manifiesta claramente, en la rectificación de información, por la institución o persona encargada de difundir la noticia. La rectificación, consiste en que el afectado con la noticia o información falsa, errónea, inexacta o incompleta, que lesione sus derechos, tiene derecho a obtener del medio que haya difundido la información, la correspondiente rectificación, en condiciones de equidad. Se entiende que se ha rectificado, cuando el informador acepta su equivocación, con el mismo despliegue e importancia que prestó a la información y, por el mismo medio utilizado inicialmente.

A propósito de la rectificación, ésta se garantiza con el nombre de “Derecho de Rectificación o Respuesta”, en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposición única a nivel internacional sobre la materia, que incluso fue utilizada en la República Argentina por la Corte Suprema el 7 de julio de 1992, al fallar el Caso Ekmekdjian Miguel Ángel Vs. Sofovich Gerardo y otros, en el que se consideró la aplicabilidad directa de esta disposición en un caso en el cual al recurrente se le había negado su derecho de rectificación en un programa televisivo.

4. La información y sus límites

Para hablar de los límites, lo primero es tratar de contestar esta pregunta: ¿Cuál es el alcance del derecho a expresar libremente las opiniones y cual la cuota de responsabilidad que ello entraña frente a juicios de valor que pueden derivar en calumnias e injurias?

Según la doctrinante Blanca Nélida Barreto Ardila, los columnistas no pueden atacar sin fundamento jurídico o prueba, la integridad y la moral de los particulares, ya que “sin ningún elemento probatorio que haya sido discernido por algún organismo del Estado, de control o de administración de justicia no se puede informar al país bajo un criterio subjetivo de responsabilidad de alguien que no tiene la autoridad de administrar justicia como un periodista.”

La tesis de la Magistrada Barreto es que quienes exponen su opinión en los diarios, no pueden juzgar, sin prueba alguna, a otra persona, ya que “es la administración de justicia o los organismos de control fiscal del país a los que compete esa labor.”

Y añade, que la labor periodística se ha de desarrollar desde un presupuesto esencial: **la objetividad de la información.**

Ello implica que las manifestaciones hechas a la opinión pública, han de ser veraces e imparciales, pues:

“es ahí donde se sustenta la garantía de la libre expresión o de la libertad de expresión y, rotos esos postulados, la garantía de la intimidad, la fama, el buen nombre y la honra, contemplados como derechos constitucionales, quedan desequilibrados por el agente autor de una información parcializada y nada veraz.

Así, en los casos de las columnas en los periódicos, la opinión debe transmitirse dentro de criterios sanos que puedan llevar al lector a formarse juicios igualmente sanos. El derecho a la información, se ampara en la libertad de expresión, difusión de pensamiento y opinión siempre y cuando esas libertades no menoscaben las libertades y los derechos de los demás.”

Merece la pena consignar aquí, que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-010 de 2000, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, estableció la **responsabilidad social de los medios y su deber de distinguir entre la presentación de una noticia y la divulgación de cualquier otro contenido:**

“En los programas periodísticos o informativos no se puede tratar “de caracterizar a una persona mediante la imitación de la voz”. No se puede hacer creer, mediante una simulación de voz, que una persona habla en la radio, cuando ella en realidad no lo está haciendo. Esta prohibición se encuentra ligada a la consecución de ese objetivo, puesto que la deformación de los hechos, al presentar como cierto un suceso que no ha acaecido, afecta de forma evidente el derecho de todas las personas a recibir una información veraz e imparcial. En particular, conviene resaltar que esta interdicción se aplica en los programas periodísticos o informativos, en donde el oyente está predispuesto a que el medio presentará exclusivamente datos sobre hechos que han ocurrido. Existe pues una actitud del receptor de estos programas a asumir como ciertas o verdaderas todas las informaciones que se le transmiten, por lo cual los riesgos de confusión y engaño son mayores. Así, en un programa humorístico o recreativo, el radioescucha comprende, sin mucha dificultad, que puede estarse haciendo una parodia de un personaje conocido, pero en cambio, esa misma imitación, en un programa informativo o periodístico, puede ser asumida, con relativa facilidad, por el oyente, como una noticia cierta.

Conforme a lo anterior, la prohibición de que en los programas periodísticos o informativos no se caracterice a otra persona mediante la imitación de su voz

encuentra claro sustento constitucional, pues constituye una simple aplicación de deberes más generales de los medios de información masiva, los cuales, en desarrollo de su responsabilidad social, y para asegurar el derecho de todos a una información veraz, tienen la obligación de no inducir a las personas a confusiones falsas o erróneas sobre hechos o sucesos, tal y como esta Corte lo ha destacado en numerosas ocasiones (Pueden consultarse las sentencias T-050 de 1993, T-080 de 1993 y T-066 de 1998). En particular, esto significa que los medios de comunicación no deben mezclar dolosamente la presentación de los hechos con otros contenidos, ni hacer aparecer como noticia lo que en realidad es otra cosa. Y así como viola el principio de veracidad que un medio no distinga entre la información de un hecho y el juicio de valor que éste le merece, o haga aparecer como noticia fáctica lo que no es más que la mera publicidad de los productos de sus anunciadores, es legítimo que la ley prohíba a los noticieros inducir en error a sus oyentes debido a imitaciones de voz, en donde no sea claro que se trata de una mera parodia.

Esta obligación de los medios de diferenciar la noticia de cualquier otro contenido es particularmente rigurosa en los noticieros y programas periodísticos, por cuanto como se indicó, en estos casos, el receptor del programa está predispuesto a asumir como cierta cualquier información que le sea suministrada. Lo anterior no significa, obviamente, que los medios deban presentar las noticias como relatos puros, y si se quiere escépticos, sobre los hechos acaecidos, pues la libertad de opinión de los propios periodistas, y la defensa del pluralismo, autorizan que los medios valoren de determinada manera lo sucedido. El deber constitucional que se les impone, en desarrollo del principio de veracidad, es que tales valoraciones no deformen la divulgación de las informaciones sobre los sucesos, ni induzcan a error al receptor de la noticia.

La prohibición acusada es entonces una restricción clara y taxativa, que en forma evidente contribuye a la consecución de un objetivo constitucional esencial, como es asegurar la veracidad de la información. Entra por último la Corte a examinar si esta limitación es proporcionada, esto es, si ella no restringe la libertad de expresión más allá de lo estrictamente necesario para proteger la veracidad informativa.

Para responder a ese interrogante, la Corte precisa que esta restricción sólo se aplica a los programas periodísticos e informativos, lo cual significa que en los otros tipos de programas, como los humorísticos, esas imitaciones son posibles. Esto significa que el legislador tuvo el cuidado de limitar la prohibición a los campos en donde verdaderamente se podía ver afectada la veracidad de la información. Sin embargo, esos programas pueden prever una sección, claramente diferenciada de la presentación de noticias, en donde puedan utilizarse, con sentido crítico u humorístico, imitaciones y parodias de algún

personaje. En tales condiciones, y siempre y cuando, el medio tome las medidas necesarias para evitar cualquier confusión en el oyente, la Corte considera que la prohibición absoluta de imitación de voces resulta excesiva incluso en los programas, por lo cual esta Corporación declara la exequibilidad condicionada de esa restricción. Esto significa que el operador radial, al realizar un comentario periodístico o presentar una noticia, no puede dolosamente inducir a confusión al oyente sobre quien ha emitido una determinada declaración, pero que están autorizadas imitaciones, con sentido crítico o humorístico, cuyo carácter paródico sea evidente para el oyente.”

De esta forma, la objetividad de la información y la responsabilidad social de los medios de información encontraron una guía para ser tenida en cuenta en tanto que el desarrollo del DAIP requiere de una Ley Estatutaria que la regule.

Para poder hacer más detallado el análisis jurisprudencial y doctrinal del DAIP, es necesario enunciar los elementos de la misma, que en su orden, son los siguientes:

- Los medios masivos de comunicación son libres;
- Los medios masivos de comunicación tienen responsabilidad;
- No habrá censura en Colombia;
- Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones;
- Se garantiza a toda persona la libertad de fundar medios masivos de comunicación;
- Se garantiza a toda persona la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial;
- Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

Es importante tener también en consideración la legislación penal, no obstante que en algunos países, las disposiciones relativas a los delitos contra el honor tienen un componente de otra jurisdicción al disponerse que el daño moral causado sólo puede resarcirse por vía civil los perjuicios causados por difamaciones, injurias y calumnias.

La profesora mexicana Perla Gómez Gallardo²³, abogada defensora en casos emblemáticos de libertad de expresión y miembro de la Fundación para la Libertad de Expresión – FUNDALEX, nos ilustra acerca de las definiciones para estos delitos:

“Difamación: La difamación es la comunicación dolosa a una o más personas de la imputación que se hace a una persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que le cause o le pueda causar deshonra, descrédito, perjuicio o el desprecio de los demás.

23 GÓMEZ GALLARDO, Perla. “Marco Legal de la Libertad de Expresión en México”, en: GÓMEZ GALLARDO, Perla (Coordinadora). *Acercamientos a la libertad de expresión (Diez visiones multidisciplinarias)*. FUNDALEX – Editorial Bosque de Letras y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2010, pp. 232 – 233.

Calumnia: Es imputar a otro un hecho determinado y tipificado como delito por la ley, sabiendo el que imputa que el hecho es falso o es inocente el acusado. Presentar denuncias o querellas calumniosas, aun sabiendo que la persona a quien se le imputa el hecho es inocente, o no se ha realizado la conducta típica que señala la ley. Hacer que un inocente aparezca como culpable de la comisión de un hecho ilícito y se pongan en su casa, vehículo, oficina o pertenencias indicios o presunciones que lo hagan responsable del hecho que se le imputa.

Injuria: Es todo dicho o hecho contrario a la razón o la justicia. Es todo agravio, ofensa o ultraje de palabra o de obra, con la intención de deshonar, afrentar, envilecer, desacreditar, poner en ridículo y mofarse de una persona.”

No debe dejarse pasar por alto que el Código Penal colombiano, Ley 599 de julio 24 de 2001, en su Título V, ha establecido los delitos contra la integridad moral y, en su Capítulo Único, ha dispuesto la normatividad sobre el tema de la libertad de expresión, de los artículo 220 a 228, tratándose en ellos la injuria, la calumnia, la injuria y la calumnia indirectas y las circunstancias especiales de graduación de la pena, con los eximentes de responsabilidad, así como la retractación, la injuria por vías de hecho, la injuria y la calumnia recíprocas y las imputaciones de litigantes, un artículo de especial atención que dejo transcrito a continuación:

Art. 228. Imputaciones de litigantes. Las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias correspondientes.

En un considerable número de Pactos, Convenciones, Declaraciones y otros instrumentos, encontramos consagrado el derecho de toda persona a la libertad de expresión, comprendiendo la libertad de investigar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, a través de cualquier procedimiento, ya sea en forma oral o escrita, como se lee, verbi gratia, en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Igualmente reconocido en documentos internacionales, está que el ejercicio de este derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por ello es que vemos que en varias Convenciones este derecho puede quedar sujeto a ciertas restricciones pero siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley. Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, nos advierte que estas restricciones pueden ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o igualmente para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (artículo 19, inciso 3º).

Según el artículo titulado “El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales”, del Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Panamericana de México, doctor Alfonso Gómez Robledo, “la libertad de expresión, derecho humano preeminente recoge el concepto clásico de libertad de opinión, esto es, el derecho a decir lo que uno piensa y a no ser perseguido por ello. A esto sigue la “libertad de expresión, en el sentido limitado del término, que incluye el derecho a buscar, recibir e impartir informaciones e ideas, sin limitaciones de fronteras, bien oralmente, por escrito o mediante imágenes, en forma de arte, o por cualquier otro medio de comunicación que uno elija. Cuando la libertad de expresión es puesta en acción por los medios de comunicación social, adquiere una nueva dimensión y se convierte en “libertad de información”. La carga política y social de estas libertades es inmensa y por esta razón todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hacen hincapié expresamente en que el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades especiales, y justifican ciertas restricciones... necesarias para el respeto de los derechos y de la buena fama de las personas o para la protección de la seguridad nacional y del orden público, o de la salud y moral públicas”.

La libertad de información que predica el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, está ciertamente ligada en forma estrecha al ejercicio de los derechos políticos, pues únicamente el ciudadano que tenga adecuado acceso a la información está realmente en condiciones de hacer una verdadera elección, esto es, de gobernarse a través de los mecanismos que la democracia proporciona.

El derecho a la información deja de existir en el momento en que se viola la esfera de la intimidad de las personas. La prensa debe ser expresión de la libertad, y una prensa libre es una de las manifestaciones más características de la democracia moderna.

Pero es igualmente cierto que la libertad de información, la libertad de prensa, no son derechos absolutos, ya que como hemos visto, tienen que coexistir forzosamente con otros derechos, y uno de ellos, fundamental, es el derecho a la intimidad.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de los periodistas OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985²⁴, solicitada por Costa Rica, dijo: “La libertad de expresión es la piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática, y la cual es indispensable para la formación de una verdadera opinión pública..., Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”.

24 Véase Inter American Court of Human Rights: Advisory opinion OC 5/85 of November 13, 1985. “Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for than Practice of Journalism”. Articles 13 and 29 of the American Convention on Human Rights, *International Legal Materials*, vol. XXV, núm. 1, enero de 1986, pp. 123-145.

Y agregó que la libertad de expresión “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.”

En otra Opinión Consultiva, la OC-11/96 del 3 de mayo de 1996, la Comisión Interamericana²⁵ en relación con un caso de censura sobre un libro titulado “Impunidad Diplomática”, recomendó al Estado que levantara la censura y que adoptara las disposiciones necesarias para que el vulnerado en su derecho pudiese ejercerlo: ingresar, circular y comercializar un libro castigado con censura previa, y señaló:

“La Convención permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho. El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones.

El principio estipulado en ese artículo, es claro, en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo cuarto, que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moralidad de los menores.

La única restricción autorizada por el artículo 13, es la imposición de responsabilidad ulterior. Además, cualquier acción de este tipo debe estar establecida previamente por la ley y sólo puede imponerse en la medida necesaria para asegurar:

- a. El respeto de los derechos o la reputación de los demás.
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo cuarto del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”²⁶.

25 LUCCHETTI, Alberto J. Op. Cit., p. 241.

26 PINOCHET CANTWELL, Francisco José. Op. Cit., p. 177.

Y, en la Sentencia de 5 de febrero de 2001, en el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, conocido como “La última tentación de Cristo”, la Comisión Interamericana, fijó su posición certera al presentar los alegatos en el caso contencioso, en relación con las medidas de acción positiva, al decir: “...el artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales (...)”²⁷.

En todo caso, la jurisprudencia dentro del sistema interamericano, relacionada con esta materia, se ha expedido a partir del análisis conjunto de las dimensiones individual y colectiva de la libertad de expresión, en cuanto por un lado se encuentra el derecho y la libertad personal de difundir información y, por el otro, el derecho de la sociedad a conocerlas.

Así las cosas, Lucchetti²⁸ nos comparte que “la Comisión Interamericana ha sentado que la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo, y de toda la comunidad, a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”, lo cual se desprende del Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dado a conocer en Washington en 1994.

Igualmente, en Colombia se han expedido otras disposiciones que respaldan la fundamentalidad del DAIP, como la Ley 79 de 1993 sobre información estadística y la Ley 962 de 2005 que consagra las normas básicas sobre información, desarrollando la Directiva Presidencial 02 de 2000 sobre la materia, e incluso la Sentencia T-473 de 1992 de la Corte Constitucional, que fue la que definió lo que es el documento público.

Un aspecto bien interesante es el de la cultura de la transparencia y, sobre ella, creo que en principio, se logra desde la autorregulación de los medios de comunicación, incluso acatando la decisión OC 5/85 ya citada, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la necesidad imperiosa para la expedición de un Código que pudiera asegurar la responsabilidad profesional y la ética de los periodistas, al mismo tiempo que la imposición de sanciones y penalidades a las infracciones de dicho Código. También la Asamblea General de la OEA aprobó en 2004 la resolución sobre la importancia de la libertad de expresión y el acceso a la información pública, sin descartar tampoco que la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión aprobara una Declaración en Chapultepec de diez principios.

Igualmente debe armonizarse el interés público a la información con el interés privado a la intimidad. El derecho a la información deja de existir en el momento

27 LUCCHETTI, Alberto J. Op. Cit., p. 250.

28 LUCCHETTI, Alberto J. Op. Cit., p. 252.

en que se viola la esfera de la intimidad personal. Ninguno de los dos es un derecho ilimitado o absoluto unas restricciones bien pensadas y aplicadas, asegurarán el respeto a los derechos de los demás, e incluso, podrán hasta proteger la propia integridad del Estado y de sus instituciones.

5. Derecho de petición e información confidencial, reservada y pública

En Colombia, el derecho de petición está consagrado en el artículo 23 Superior:

Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

Frente a la Constitución anterior en su artículo 45, la norma actual únicamente agregó la parte final del artículo en relación con la reglamentación del derecho de petición ante las organizaciones privadas.

Las **características del derecho de petición** según el contenido propio del artículo, son:

Es un derecho de toda persona: El artículo 23 de la Carta nos remite a los artículos 73 y 74 del Código Civil Colombiano. El 73, plantea que según el ordenamiento jurídico, las personas son naturales y jurídicas. El 74, establece que son personas, todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, raza, estirpe o condición.

De tal suerte, que el Derecho de petición lo pueden ejercer los nacionales y extranjeros, incluidos los colombianos residentes en el exterior que conserven su nacionalidad.

Debe dirigirse a las autoridades: Estas son, el conjunto de funcionarios del Estado, a los cuales la ley otorga poder decisorio en la buena marcha de la administración. Para tal efecto, se podrá presentar en forma escrita o verbal, por asuntos de interés general o particular, generalmente ante la ventanilla de archivo y correspondencia de la entidad pública requerida.

La petición escrita en original y copia, o incluso, ahora puede hacerse por medios electrónicos, debe contener por lo menos:

- * Designación de la entidad o dependencia a la cual se dirige;
- * Nombre y apellidos completos del solicitante, documento de identidad y dirección. Si es el caso, el del apoderado o representante.
- * Objeto de la petición o la consulta.

- * Las razones que le asisten.
- * Relación de documentos que se acompañen.
- * La firma del peticionario, si fuere del caso.
- * El poder conferido, si se actúa a través de mandatario.

En las oficinas de Archivo y correspondencia de las entidades públicas existe un manual de procedimiento para efectos del derecho de petición y se revisará si la petición reúne los requisitos señalados en este artículo; si faltare alguno, así lo hará saber al peticionario, si fue presentada personalmente. Si el peticionario insiste en que se radique, se le recibirá, indicando lo que falta, en constancia respectiva.

La administración está obligada a responder con prontitud: No basta con que responda a la petición negativa o positivamente, sino que debe seguir unos términos que para tales efectos consagra el Decreto 2733 de 1959, que es el de quince (15) días. Si no fuese posible satisfacerla, se enviará comunicación oportuna señalando los motivos de la demora y la fecha en que se resolverá, según lo indicado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Cuando la información proporcionada por el peticionario no fuere suficiente para decidir, se le requerirá por una sola vez para que entregue lo que haga falta, indicándole claramente cuál debe ser su aporte. El requerimiento interrumpe los términos para resolver.

Una vez aportados los documentos o la información, o completados los requisitos, correrán de nuevo los plazos.

Puede ser una petición verbal o escrita: Sin embargo, ciertas peticiones, únicamente se pueden presentar por escrito y en formularios preestablecidos. Sin embargo, en las peticiones verbales se puede pedir constancia al funcionario que la recibe.

Puede hacerse de manera individual o colectiva: Esta concepción nace con la Carta de 1991, ya que con anterioridad, únicamente se podía elevar individualmente una petición. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria para el interés público, expidiendo resolución motivada.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que trata el artículo anterior, no da respuesta en el término de dos (2) meses, se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud.

El peticionario puede desistir de su petición de manera expresa o tácita y que al igual, los funcionarios pueden no resolver una petición cuando se encuentre incompleta, de igual forma, las peticiones del artículo 23 constitucional se rechazarán

cuando sean presentadas en forma desobligante o irrespetuosa, cuando contengan amenazas, improperios, insultos o provocaciones.

En caso de ser solicitado un documento con carácter reservado y se negare la información, la negativa debe hacerse por resolución motivada, informando el carácter de reservado del documento, los fundamentos legales y los recursos que proceden contra la providencia. La decisión negativa al Derecho de Petición se notificará al Ministerio Público.

Si el peticionario presentare recurso de insistencia contemplado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985, el funcionario competente enviará la documentación al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la jurisdicción para que decida dentro de los diez días hábiles siguientes.

Los derechos de petición que sean recibidos directamente por las diferentes dependencias de la entidad pública, presentados personalmente, por fax, o por cualquier medio idóneo, incluso electrónico, deberán remitirse inmediatamente a la ventanilla de archivo y correspondencia para su respectiva radicación, el que deberá trasladarlos de forma inmediata a la Oficina Asesora Jurídica para los trámites correspondientes.

Las decisiones que resuelvan peticiones de interés particular y que sean susceptibles de recursos, se notificarán personalmente al interesado. De no ser posible se notificarán por edicto, conforme a lo prescrito por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiendo cuáles recursos proceden y los términos para interponerlos.

La demora injustificada en la absolución de peticiones, consultas, quejas o reclamos será sancionada disciplinariamente por la entidad pública, sin perjuicio del poder prevalente de la Procuraduría General de la Nación, conforme a ley vigente

La Ley 734 de 2002 en su artículo 34, numeral 19 expresa que son deberes de los servidores públicos competentes, dictar los reglamentos internos sobre Derechos de Petición y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que los organismos de la rama ejecutiva del poder público deben reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les competa resolver, así como la manera de atender las quejas por el mal funcionamiento de los servicios a su cargo, por tanto, las distintas entidades públicas colombianas han dispuesto lo pertinente acerca del tema, con mucha más profusión durante el año 2005, ya que además de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 58 de 1982 y 1° del Decreto 770 de 1984, corresponde a la Procuraduría General de la Nación la revisión y aprobación de los reglamentos que elabore la respectiva entidad para el trámite

interno de las peticiones, quejas y reclamos dirigidas a la Administración para lograr ejercer el DAIP.

Las autoridades cumplen en Colombia el papel de garantes del cumplimiento del ejercicio del derecho de acceso a la información, primero, en general todas las autoridades y, en cuanto a la violación de ese derecho por una autoridad cualquiera sea su rango o rama a la que esté vinculada, los órganos garantes son en cuanto al procedimiento que se sigue después de agotar la vía gubernativa la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en cuanto a la violación del DAIP como derecho fundamenta el órgano encargado de protegerlo es cualquiera de los de la jurisdicción constitucional, a los que se acude con el propósito de lograr el amparo a través de la acción de tutela.

Es decir que en Colombia, al igual que lo que sucede por ejemplo, en Argentina, “el Poder Judicial ejerce un necesario activismo en torno a la delimitación activa de las asociaciones que interponen acciones de amparo, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, según Marcela Basterra²⁹.

En cuanto a la llamada legitimación pasiva, todos los poderes públicos en Colombia están en la obligación de informar y de dar publicidad a sus actos, incluso, de tener una página obligatoriamente en la Internet y contestar hasta los correos electrónicos que remita cualquier interesado, disponiendo las normas pertinentes, que cuando una entidad pública no sea la competentes, debe también contestar al solicitante, expresándole a que entidad ha corrido traslado para la respuesta. El mismo Defensor del Pueblo también está facultado para solicitar informaciones, actuando a solicitud de parte o como agente oficioso.

Hay sin embargo restricciones en el suministro de la información, particularmente en casos como los ya señalados de instrucciones en materia diplomática y otros más, contenidos en la ley y relacionados con la solicitud para ejercer el derecho de acceso a la información, supuestamente pública, cuando se encuentra un proceso penal o disciplinario en etapa de instrucción, para preservar el derecho a la intimidad del implicado, así como su buen nombre en caso de ser absuelto.

En cuanto a las costas o “arancelamiento”, las normas y la doctrina colombianas no han unificado criterios, sin embargo, a la luz de la jurisprudencia, el solicitante debe ofrecer consignar el valor de las copias o elementos donde se contenga la información, para evitar gastos inoficiosos a la administración.

Podemos ver en los artículos 13 al 23 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son de mostrar ante la comunidad

29 BASTERRA, Marcela, Op. Cit., p. 160.

latinoamericana, por cuanto su redacción fue fruto de un análisis detallado por parte de expertos, el gobierno y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que vale la pena detallar a continuación:

Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades.

Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones.

Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

Artículo 15. Presentación y radicación de peticiones. Las peticiones podrán presentarse verbalmente o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este Código.

Cuando una petición no se acompañe de los documentos e informaciones requeridos por la ley, en el acto de recibo la autoridad deberá indicar al peticionario los que falten. Si este insiste en que se radique, así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes.

Si quien presenta una petición verbal pide constancia de haberla presentado, el funcionario la expedirá en forma sucinta.

Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito, y pondrán a disposición de los interesados, sin costo, a menos que una ley expresamente señale lo contrario, formularios y otros instrumentos estandarizados para facilitar su diligenciamiento. En todo caso, los peticionarios no quedarán impedidos para aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios por su diseño no contemplen, sin que por su utilización las autoridades queden relevadas del deber de resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios.

A la petición escrita se podrá acompañar una copia que, autenticada por el funcionario respectivo con anotación de la fecha y hora de su presentación, y del número y clase de los documentos anexos, tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado. Esta autenticación no causará costo alguno al peticionario.

Artículo 16. Contenido de las peticiones. Toda petición deberá contener, por lo menos:

1. La designación de la autoridad a la que se dirige.
2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia. El peticionario podrá agregar el número de fax o la dirección electrónica. Si el peticionario es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica.
3. El objeto de la petición.

4. Las razones en las que fundamenta su petición.
5. La relación de los requisitos exigidos por la ley y de los documentos que desee presentar para iniciar el trámite.
6. La firma del peticionario cuando fuere el caso.

Parágrafo. La autoridad tiene la obligación de examinar integralmente la petición, y en ningún caso la estimará incompleta por falta de requisitos o documentos que no se encuentren dentro del marco jurídico vigente y que no sean necesarios para resolverla.

Artículo 17. Peticiones incompletas y desistimiento tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta pero la actuación puede continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes. A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos comenzará a correr el término para resolver la petición.

Cuando en el curso de una actuación administrativa la autoridad advierta que el peticionario debe realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, lo requerirá por una sola vez para que la efectúe en el término de un (1) mes, lapso durante el cual se suspenderá el término para decidir.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales.

Artículo 18. Desistimiento expreso de la petición. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público; en tal caso expedirán resolución motivada.

Artículo 19. Peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas. Toda petición debe ser respetuosa. Sólo cuando no se comprenda su finalidad u objeto, se devolverá al interesado para que la corrija o aclare dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no corregirse o aclararse, se archivará la petición.

Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores.

Artículo 20. Atención prioritaria de peticiones. Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados.

Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.

Artículo 21. Funcionario sin competencia. Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los diez (10) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito.

Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario.

Los términos para decidir se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.

Artículo 22. Organización para el trámite interno y decisión de las peticiones. Las autoridades deberán reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver, y la manera de atender las quejas para garantizar el buen funcionamiento de los servicios a su cargo.

Cuando más de diez (10) ciudadanos formulen peticiones de información análogas, la Administración podrá dar una única respuesta que publicará en un diario de amplia circulación, la pondrá en su página web y entregará copias de la misma a quienes las soliciten.

Artículo 23. Deberes especiales de los Personeros Distritales y Municipales y de los servidores de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como

los Personeros Distritales y Municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.

En punto a la información confidencial, reservada y pública, la Constitución de 1991 toca estos aspectos en diversas normas, como son los artículos ya citados libre acceso a los documentos públicos (74); información sobre la calidad de bienes y servicios (78); libre acceso de los partidos políticos a información específica (112); restricción al acceso de información relacionada con la actividad diplomática del Estado (136); libre acceso a la información por parte de la Corte Constitucional en los casos de excusas para comparecer al Congreso de la República (137) y libre acceso a la información por parte de los organismos de control, sin ninguna oposición (284).

Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.
El secreto profesional es inviolable.

Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Artículo 112. (Modificado mediante Acto Legislativo 01 de 2003, julio 3).

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos

medios de comunicación.

Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

Artículo 136. Se prohíbe al Congreso y a cada una de sus Cámaras:

(...)2. Exigir al Gobierno información sobre instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado.

Artículo 137. Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante.

Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva.

La renuencia de los citados a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, será sancionada por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades.

Si en el desarrollo de la investigación se requiere, para su perfeccionamiento, o para la persecución de posibles infractores penales, la intervención de otras autoridades, se las exhortará para lo pertinente.

Artículo 284. Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo podrán requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna.³⁰

Relativo a la primera norma, es decir, al **acceso a documentos públicos**, podemos citar aquí que su desarrollo se debe en principio a la Ley 4 de 1913 y luego a la Ley 57 de 1985 la cual buscó garantizar el derecho a consultar los distintos documentos que se encuentren en las oficinas públicas y a que se pueda expedir copia de éstos, siempre que tal documentación no tenga el carácter de reservada conforme a la Constitución o a la ley o tenga vínculo con informaciones diplomáticas, defensa o seguridad nacional. Hoy en día, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fija las reglas generales del derecho de petición ante las autoridades de los artículos 13 al 23 y, luego, de los artículos 24 al 31 fija unas reglas especiales sobre la materia, que transcribimos a continuación:

30 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia –Comentada y Concordada*. Octava edición. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2011.

Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
3. Los amparados por el secreto profesional.
4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.
5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

Artículo 25. Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.

Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insiste en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente, la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

- “1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información

que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.

2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo”.

Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Artículo 29. Reproducción de documentos. En ningún caso el precio de las copias podrá exceder el valor de la reproducción. Los costos de la expedición de las copias correrán por cuenta del interesado en obtenerlas.

Artículo 30. Peticiones entre autoridades. Cuando una autoridad formule una petición de información a otra, esta deberá resolverla en un término no mayor de diez (10) días. En los demás casos, resolverá las solicitudes dentro de los plazos previstos en el artículo 14.

Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código; constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria.

La Sentencia T-473 de 1992, la cual, con Ponencia del Ex Magistrado Ciro Angarita Barón, expuso precisamente desde hace casi dos décadas la necesidad y el derecho de estar informado por parte de las autoridades públicas, en los siguientes términos:

“El derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado. El artículo 74 de la Constitución Nacional, al consagrar el derecho de acceder a los documentos públicos, hace posible el ejercicio del derecho a la información, y de esta manera los demás

derechos fundamentales ligados al mismo. El acceso a los documentos públicos no se traduce necesariamente en una petición o en la adquisición de una nueva información. Es, pues, independiente tanto de la petición como de la información y, como tal, plenamente autónomo y con universo propio.

Sin embargo, los funcionarios están autorizados para no permitir el acceso a aquellos documentos cuya consulta o comunicación pueda atentar contra secretos protegidos por la Ley, tales como los concernientes a la defensa y seguridad nacionales, a investigaciones relacionadas con infracciones de carácter penal, fiscal, aduanero o cambiario, así como a los secretos comerciales e industriales. El acceso no es tampoco permitido cuando el contenido de los documentos vulnere el derecho a la intimidad. Sólo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho, que por su puesto incluye la consulta de los documentos in situ y no sólo, como pudiera pensarse, la solicitud de copias de los mismos. El acceso a documentos públicos hace parte del núcleo esencial del derecho de petición”.

Y, en relación con las otras disposiciones que limitan el acceso para ejercer el Derecho de Acceso a la Información Pública, ha de tenerse en cuenta que la Constitución colombiana, para preservar en ciertos aspectos la propia seguridad del Estado, impone unos límites, a mi juicio razonables, para permitir el conocimiento de información reservada o privilegiada, así como sensible que pueda socavar la estabilidad de las instituciones estatales, más aún en la situación de conflicto interno con que se vive.

Sobre la reserva a la que se someten los documentos públicos, se complementa el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el artículo 13 de la ley 57 de 1985, el cual establece que:

“El carácter reservado cesará a los treinta (30) años de su expedición, y cumplido dicho plazo, el documento adquiere el carácter de histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano y la autoridad que esté en su posesión, adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo (...)”.

Para el caso de los proyectos de sentencia y actas de la Corte Constitucional, particularmente sensibles, debido a las trascendentales decisiones tomadas desde su creación por este Alto Tribunal colombiano, la reserva se imita a diez (10) años, de acuerdo con su propio Reglamento.

Bien clara ha sido la jurisprudencia interamericana en la sentencia de Olmedo Bustos y otros (caso “La última tentación de Cristo”), de fecha 5 de febrero de 2001³¹, en la cual la Corte en San José señaló el contenido del derecho a las libertades

31 Puede consultarse el fallo completo en www.cidh.org.cr

de pensamiento y de expresión al decir que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, que requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”

Algo muy importante en la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en Colombia, es que de los artículos 32 al 33, se reguló **el Derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas**, que comenzará a aplicarse a partir del mes de julio de 2012 y será de gran trascendencia, pues a mi juicio, esto colapsará las distintas jurisdicciones, pues no le dará espera a una millonada de acciones de tutela por esta circunstancia.

Artículo 32. Derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes.

Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo Primero de este Título.

Las organizaciones privadas sólo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución y la ley.

Las peticiones ante las empresas o personas que administran archivos y bases de datos de carácter financiero, crediticio, comercial, de servicios y las provenientes de terceros países se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatutaria del Hábeas Data.

Parágrafo 1º. Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario.

Parágrafo 2º. Los personeros municipales y distritales y la Defensoría del Pueblo prestarán asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición que hubiere ejercido o desee ejercer ante organizaciones o instituciones privadas.

Artículo 33. Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, y a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, que sean de carácter privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores.

Juzgaré el lector mi comentario anterior, que tendrá además como consecuencia la aparición de incidentes de desacato, que conforme al Decreto 2591 de 1991, castiga a los que no observen las decisiones de tutela con multa o arresto, sin contar con las sanciones disciplinarias y demás castigos que en materia penal pueden darse como el prevaricato o el fraude a resolución judicial.

6. Máxima publicidad e Internet

De las decisiones de la administración, ha de darse siempre la debida publicidad, como principio que está unido al DAIP y por tanto, según Basterra, “no puede hablarse de transparencia de la actividad administrativa y de los actos de los gobernantes, si como contrapartida no se garantiza el acceso público para tomar conocimiento de los mismos”³².

Además de que existen en Colombia páginas de casi el 100% de las entidades del Estado en la Internet, desde 1887 funciona el Diario Oficial para dar publicidad a las decisiones de la administración y lograr el ejercicio del DAIP; sin embargo, no todas las personas poseen la instrucción necesaria para consultar el Diario Oficial, recurriéndose miles de veces al día, en toda Colombia, al ejercicio del Derecho de Petición, definido como es un derecho público subjetivo de la persona para acudir ante las autoridades o funcionarios de los distintos organismos administrativos, legislativos o judiciales, o las organizaciones privadas que establezca la ley, con miras a obtener pronta resolución a una solicitud o a una queja, o en demanda de providencias que amparan los derechos de cada uno, en casos concretos, o en beneficio de la comunidad en general.

El Ministerio de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acuerdo con lo consagrado en el Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014 “Prosperidad para Todos”, ha de incentivar en estos años del período presidencial de Juan Manuel Santos Calderón el acceso a la internet en la mayoría de hogares colombianos, haciendo especial énfasis en los estratos 1, 2 y 3 de la población, pues se supone que los estratos 4, 5 y 6 ya poseen acceso directo a la internet o a través de servicios de terceros como locutorios o café internet; asimismo, la totalidad de los más de 1200 municipios de Colombia y todas las empresas públicas adscritas y vinculadas

32 BASTERRA, Marcela, Op. Cit., p. 172.

de los niveles nacional, departamental y municipal, deben contar como plazo máximo en 2012 con acceso a la internet y con formularios digitalizados para que los usuarios puedan ante ellos realizar los trámites desde la comunidad de su propio computador personal.

Precisamente, la internet y más precisamente el Derecho de internet, es definido por el doctrinante chileno Francisco José Pinochet Cantwell³³, como “el conjunto de normas legales y principios jurídicos, destinados a regular el fenómeno de Internet, en el ámbito público y privado.”

Junto con su trascendencia tanto económica, como social, el Derecho de Internet tiene una estrecha relación con el derecho de acceso a la información pública – DAIP, al derecho a la libertad de expresión, a la libertad de opinión y al derecho a la libre expresión y, hoy cuenta esta nueva rama casi con una autonomía propia, que se conjuga con otras áreas del Derecho.

El correo electrónico, los grupos de noticias, los foros de discusión, la casilla de “Escríbele al Presidente de la República” en la página oficial de esta institución, las video conferencias, las redes sociales, los servicios de telefonía y la propia Internet – WWW (World Wide Web), suponen una dimensión amplísima de la libertad de información, la libertad de expresión, la libertad de opinión, el derecho de petición y el libre acceso a la información pública y así, entonces, como lo dice el profesor español de la Universidad de Santiago de Compostela José Julio Fernández Rodríguez³⁴, “Asistimos a un alto grado de relativización en la distinción entre lo público y lo privado, que en la nueva realidad ya no son compartimientos estancos sino ámbitos con dosis de complementariedad y en proceso de redifinición. Sin embargo, parece que la diferencia entre asuntos públicos y privados se ha diluido menos que la oposición persona pública-privada. Las tradicionales diferencias de trato jurídico, especialmente en la práctica forense, entre los personajes públicos y privados ante los hipotéticos excesos de la libertad de información tampoco semeja muy operativa. En efecto, el ciberespacio otorga en buena medida una posición de igualdad de la que se carece en los medios de comunicación clásicos. La capacidad de reacción de un usuario desconocido puede ser la misma y tener la misma fuerza y operatividad que la de un personaje público o famoso. El usuario puede ser “editor” y difundir su mensaje a una enorme audiencia potencial. No obstante, lo dicho hay que entenderlo en sus justos términos y la argumentación expuesta no se puede llevar demasiado lejos pues sigue habiendo diferencias en las posibilidades de acceso. Sin duda, por ejemplo, no es lo mismo un portal que otro ya que hay unos más importantes y, por ende, más conocidos y visitados que otros.”

33 PINOCHET CANTWELL, Francisco José. Op. Cit., p. 37.

34 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La modulación de la libertad de información en internet*, Op. Cit., p. 307.

Por eso, ante la globalización, es necesario realizar una adecuada regulación de la internet a través de códigos de ética, así como formas de autocontrol y autorregulación de contenidos, sin desconocer la necesidad de acceder a la información básica y a que los elementos que configuran la libre expresión no sobrepasen la decencia, la moral, las buenas costumbres, ni que vulneren derechos fundamentales de otras personas y evitar que contenidos nocivos amparados por una supuesta libertad de expresión, impacten sobre grupos sensibles como son los infantes, los adolescentes o los grupos minoritarios de la población como son los indígenas, los afrodescendientes, los raizales, los ROM, los extranjeros y, en general los que puedan ser discriminados a través de acciones positivas difundidas por la internet.

La internet “abre, para las libertades de información y de expresión, unas posibilidades nuevas en tanto en cuanto ofrece vías y formas de comunicarse antes desconocidas que conllevan implicaciones de índole tanto cuantitativa como cualitativa”³⁵, pero también supone riesgos a veces muy difíciles de controlar y de regular, aunque nadie duda también de su expansión y acceso a través del ciberespacio.

7. Conclusiones

El DAIP, como derecho fundamental, basado en varios artículos de la propia Constitución colombiana, requiere de una Ley Estatutaria, que a la luz de los principios que la enmarcan (art. 152), sea expedida por el Congreso de la República para regular este derecho, sus deberes, así como los procedimientos y recursos para su protección.

Ya existe esa reglamentación, pero se requiere darle el nivel de Ley Estatutaria, para con ella, como dice Basterra, “hacer efectivo el derecho de los habitantes de acceder a los documentos, expedientes, archivos y bases de datos existentes en la administración pública, así como a aquellos que obran en mano de los poderes Legislativo y Judicial, dedicados al ejercicio de la función administrativa”³⁶.

El DAIP debe comprender en Colombia, como lo incluyen otros países, no sólo el acceso a textos, conceptos, informes o resolución de quejas y reclamos, lo cual es común a través del ejercicio del derecho de petición, sino también a que se comprenda en su definición todo tipo de escritos, así como fotografías, grabaciones, soporte técnico o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por el órgano requerido que se encuentre bajo su posesión y control, salvo posea algún tipo de reserva constitucional o legal, que por esa razón imposibilite su acceso libre y público, incluidas las informaciones obtenidas con ocasión del secreto profesional.

35 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La modulación de la libertad de información en internet*, Op. Cit., p. 320.

36 BASTERRA, Marcela, Op. Cit., p. 178.

Que un Estado no sancione una Ley Nacional de Acceso a la Información Pública, implica la obstaculización el acceso a la información relacionada con la gestión estatal, a la que tienen derecho todos los habitantes de la nación, como destinatarios de las prerrogativas que la propia constitución les otorga.

Prácticamente el acceso gratuito al DAIP, que se reconoce en Colombia, permite de manera libre, pero en muchas ocasiones desbordada y desordenada, ejercer este derecho fundamental en un término adecuado de quince días hábiles.

La transparencia en el ejercicio de las funciones públicas y la participación ciudadana en los asuntos de interés general requiere el conocimiento pleno de todo el sistema normativo y de los actos de gobierno.

Un Estado americano que no asegure a los ciudadanos el derecho de acceso a la información pública viola determinadas normas expresas que en la mayoría de los Estados tienen jerarquía constitucional. En Colombia, la gran ventaja del DAIP, es que si se solicita la información a través de un derecho de petición, puede actuarse en interés particular o colectivo, permitiéndose un cuasi pleno acceso a los distintos datos, salvo las excepciones legales y, en todo caso, si la autoridad incumple, existe una insistencia ante las autoridades y, posteriormente puede también ejercerse el amparo constitucional a través de la acción de tutela.

El derecho de acceso a la información se constituye como herramienta legal para alcanzar la transparencia de los actos del Estado, pero también como medio de fiscalización y participación efectiva de todos los sectores de la sociedad sin discriminación, lo que habilitará la participación activa e informada sobre el diseño de políticas y medidas públicas que afectan directamente a la población.

**“Las Inesitas”
Villa de Leiva, Colombia.
Navidad de 2011**

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS SUPUESTOS QUE EXIGEN AL ESTADO OBTENER EL CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Flavio Adolfo Reátegui Apaza
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

“La realidad del futuro de las comunidades indígenas no puede plasmarse en leyes, no podemos legislar sobre su pensamiento, imponer nuestras normas salidas de nuestros hábitos y entendimiento del mundo sin haber investigado las de ellos, sin saber cuál es su entendimiento del mundo (...).

La visión moderna ‘occidental’ no debe imponerse arbitrariamente sobre las visiones de sociedades que nos precedieron y que, con seguridad, entienden mejor qué es ‘bienestar’, qué es ‘equilibrio’. Estos pueblos que muchos llamamos ‘primitivos’ vivieron en armonía con la naturaleza por miles de años hasta la llegada de nuestra tecnificada sociedad moderna. ¿Cómo hablar de nuestro ‘progreso’ o ‘desarrollo’ como bienes también para ellos? ¿Les hemos preguntado para ellos qué es ‘progreso’, ‘bienestar’, desarrollo? ¿Cómo entenderán ellos términos como ‘participación’, ‘consulta’, ‘consentimiento’, cuando los aplicamos a medias o los amañamos a nuestra conveniencia? Los indígenas deberían participar de los proyectos en sus territorios desde su misma concepción por los interesados, para que entiendan nuestros propósitos y nosotros sus necesidades”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, 3 de marzo de 2011, f.j. 5.1.

SUMARIO: I. Introducción. II. La coexistencia cultural de los pueblos indígenas y de la sociedad mayoritaria: el respeto mutuo de sus derechos fundamentales como cimiento para la unidad de la comunidad política. 2.1 Los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos fundamentales. 2.2 La convivencia cultural de los pueblos indígenas y de la sociedad mayoritaria: la función de promoción del Estado en el respeto mutuo de sus derechos fundamentales. III. El derecho fundamental a la identidad étnica de los pueblos indígenas: la obligación del Estado de respetar su libre desarrollo cultural. IV. La ampliación del ámbito normativo del derecho a la consulta previa. 4.1 La configuración de los supuestos que exigen a la administración obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, mediante el Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa. 4.2 La recepción del Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam por la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. 4.3 La reafirmación de la obligación estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas: el caso Ángela Poma Poma vs. Perú. V. El respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en los casos de aprovechamiento de los recursos naturales. VI. Una reflexión final: el diálogo intercultural como espacio de respeto mutuo de los derechos fundamentales y de legitimación de la actividad administrativa.

I. Introducción

Recientemente se ha publicado el Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, D.S. N.º 001-2012-MC¹ (en adelante, el Reglamento). Entre los aspectos positivos que contiene, cabe resaltar la sétima de sus disposiciones complementarias, transitoria y finales, mediante la cual se han reconocido determinados supuestos que exigen no solo ser objeto de consulta, sino, además, imponen a la administración la obligación de obtener el consentimiento de la comunidad indígena consultada; estos supuestos, por cierto, encuentran su fuente directa en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, así como en decisiones adoptadas por organismos internacionales de derechos humanos, a los cuales se encuentra vinculado el Perú. Por ello, y en la medida que la obligación estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en los casos que se han regulado implica el reconocimiento de una nueva posición iusfundamental como parte del ámbito de protección del derecho fundamental a la consulta previa, el presente trabajo tiene por finalidad dar cuenta sobre los fundamentos constitucionales de la disposición reglamentaria citada, a los que arribaremos especialmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos indígenas, lo cual pasamos a explicar.

II. La coexistencia cultural de los pueblos indígenas y de la sociedad mayoritaria: el respeto mutuo de sus derechos fundamentales como cimiento para la unidad de la comunidad política

2.1 Los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos fundamentales

Teniéndose en cuenta el carácter pluricultural y el diverso origen étnico de la nación peruana, en la vigente Constitución de 1993 se ha reconocido que toda persona tiene derecho “A su identidad étnica y cultural” y, como correlato, que “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (artículo 2º.19); y, específicamente, con relación a la población indígena también se ha establecido que “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas” y que el Estado “respeta la identidad cultural” de tales comunidades (artículo 89º, párrafos primero y segundo)². Sobre este reconocimiento de nuestra diversidad cultural al

1 La Ley y el Reglamento aludidos se publicaron en el diario oficial *El Peruano*, respectivamente, el 7 de septiembre de 2011 y el 3 de abril de 2012.

2 En nuestra región, otros Estados con población indígena han sido más explícitos al reconocer constitucionalmente los orígenes étnicos de sus naciones: por ejemplo, la *Constitución argentina* de 1994 en su artículo 75º.17 destaca “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”; por su parte, la *Constitución paraguaya* de 1992 en su artículo 62º “reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización

máximo rango jurídico, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha señalado que encuentra su fundamento en el modelo de Estado adoptado por la Constitución, es decir, en el Estado social y democrático de Derecho: “la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales (...). Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana”; “El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú”; “En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afropereanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú”³.

Pero tal pluralismo étnico y cultural también ha significado que en la Constitución se reconozcan a los pueblos indígenas un elenco de derechos específicos que, como lo ha señalado el TC, buscan proteger su existencia y su cosmovisión⁴, a fin de garantizar su integridad y supervivencia cultural. Así, se les ha reconocido un ámbito de autonomía territorial con el objetivo de que tengan la oportunidad de organizarse socioculturalmente de acuerdo a sus propias instituciones: “El Estado (...) [g]arantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma [comunal]” (artículo 88º, primer párrafo); las comunidades campesinas y nativas son “autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible” (artículo 89º, segundo párrafo). Este espacio de autonomía también ha incluido el reconocimiento de su derecho consuetudinario y de la correspondiente función jurisdiccional: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con

del Estado paraguayo”; asimismo, la *Constitución mexicana* en su artículo 2º (reformado el 2001) prescribe que “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización”; y, de forma similar, la *Constitución de Bolivia* de 2009 en su artículo 2º reconoce “la existencia precolonial de las naciones [indígenas]”.

3 STC 0042-2004-PI, fundamento 1.

4 STC 03343-2007-PA, fundamento 28.

los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” (artículo 149°). A ello se suma la afirmación de sus idiomas como oficiales: “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley” (artículo 48°). Asimismo, con relación al idioma y la educación –derechos estrechamente relacionados–, se han establecido mandatos de acción al Estado: “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete” (artículo 2°.19, segundo párrafo); “El Estado (...) fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país” (artículo 17°, último párrafo). También se ha prescrito en materia de representación política que “La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de (...) [las] comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales” (artículo 191°). A tales posiciones se suman el catálogo de derechos humanos específicos (ej. consulta previa) y las correlativas obligaciones internacionales contraídas por el Estado a favor de los pueblos indígenas, contenidos en los diversos instrumentos internacionales sobre derecho humanos que forman parte de nuestro derecho nacional, especialmente el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante, el Convenio 169)⁵, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, la Declaración o DNUDPI)^{6, 7}.

5 Aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N.º 26253 (publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 5 de diciembre de 1993) y ratificado el 2 de febrero de 1994 (Organización Internacional del Trabajo, en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>).

6 Suscrita por el Estado peruano el 13 de septiembre de 2007.

7 Respecto de los alcances normativos del Convenio 169 y la DNUDPI, en la STC 00024-2009-PI se ha expresado lo siguiente:

«12. (...) el Tribunal recuerda que el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales (STC 3343-2007-PA/TC y STC 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos (...) detentan rango constitucional” (STC N.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar (normativa e interpretativamente) las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación.

13. (...), el Convenio 169 entró en vigencia en el año 1995 y desde ese momento forma parte del ordenamiento jurídico nacional y su cumplimiento es obligatorio [Cf. STC 00022-2009-PI/TC]. Su aplicación, como expresa el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, se aplica a los pueblos que detentan las características que allí se señala, independientemente de si éstos son de población nacional mayoritaria (o no).

14. De otro lado, en lo que se refiere al valor normativo que pueda tener la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tribunal destaca que ésta fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de septiembre de 2007. Este instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional en materia de garantía y respeto de los pueblos indígenas, al anidar en su contenido aquellas metas y objetivos que la comunidad internacional se impone. En ese sentido, **cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos**

Como se advierte del marco constitucional descrito, el estado peruano no podría ser neutral o “ciego a la diferencia” en su relación con las diversas comunidades indígenas, pues tiene obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover la realización cultural de aquellas, adquiriendo especial significación el componente de prestaciones u obligaciones positivas exigibles para la consecución de tal realización. Por ejemplo, el TC también ha destacado que los principios constitucionales del pluralismo cultural y del Estado Social y Democrático de Derecho exigen al Estado llevar a cabo en determinados ámbitos una serie de acciones que garanticen el desarrollo de las distintas culturas indígenas, o que promuevan la interacción y el desarrollo de tales grupos y sus miembros en el seno de la sociedad mayor, de una forma armoniosa: “el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la **obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural**, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”;

en nuestra Constitución “la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también **debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional**, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades políétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, **el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas**. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural”⁸ [resaltados nuestros].

Indígenas y las del Convenio 169 no existan antinomias, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas, teniendo la naturaleza, en todos los demás casos, de aquello que en el Derecho Internacional se denomina como *soft law*, esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos» [resaltados nuestros].

Con relación a la DNUDPI, el reciente Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa en su artículo 1º prescribe lo siguiente: “1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”.

8 STC 0042-2004-PI, fundamentos 2 y 5, respectivamente.

2.2 La convivencia cultural de los pueblos indígenas y de la sociedad mayoritaria: la función de promoción del Estado en el respeto mutuo de sus derechos fundamentales

Pero así como el principio del pluralismo cultural exige que el Estado establezca el correlativo marco institucional y legal de protección de los derechos indígenas, también tiene deberes constitucionales como los de promover la unidad, “la integración nacional” (artículo 17º, último párrafo) o “el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44º, segundo párrafo). Es decir, el Estado tiene que promover, como se ha indicado precedentemente, un modo de convivencia en donde coexistan y se realicen los derechos de las diversas culturas (mayoritarias o no), pero respetándose el sustrato moral común que subyace a sus derechos. Al respecto, el TC ha destacado lo siguiente: “en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo”⁹. En tal sentido, el principal cometido de la Constitución –continúa señalando el TC–, es el de «encarnar el consenso jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad (...) [La Constitución establece] “un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana”»¹⁰.

Creemos que la búsqueda de una convivencia o interacción armoniosa entre la población indígena y la sociedad mayoritaria –presupuesto para una real integración nacional y paz social–, demanda un Estado “imparcial (no neutral) frente a las culturas que coexisten en su interior. El Estado no debe imponer ninguna perspectiva cultural sobre sus ciudadanos; (...) debe equilibrar activamente los diferentes intereses y necesidades de las culturas que coexisten en su interior. Debe distribuir los recursos políticos, legales y económicos de la colectividad de acuerdo con criterios que acomoden justamente las necesidades y aspiraciones legítimas de las varias culturas que habitan el país”¹¹. Y es que no podemos obviar el hecho de que los pueblos indígenas pueden ser vulnerables a la presión cultural de la sociedad mayor, que “[l]as decisiones económicas y políticas de la mayoría bien pueden socavar la viabilidad de las comunidades de culturas minoritarias”¹²; de manera análoga, se

9 STC 0042-2004-PI, fundamento 3.

10 STC 0042-2004-PI, fundamento 25.

11 BONILLA, Daniel, “Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano”. En *Los derechos fundamentales*, SELA, 2001, p. 162.

12 KYMLICKA, Will, “Derechos Indígenas y Justicia Ambiental”. En VIGIL, Nila y ZARIQUIEY, Roberto (editores), *Ciudadanías inconclusas. El ejercicio de los derechos en sociedades asimétricas*, GTZ – PUCP, Departamento de Humanidades, Lima, setiembre 2003, p. 123.

ha expresado que “la superioridad técnico-económica del entorno nacional frente a las minorías étnicas (...) facilita una conducta de coacción y de engaño por parte del entorno nacional, es decir, un comportamiento que apunta justamente a la destrucción de la calidad de agentes morales de los más débiles y vulnerables”¹³. Siendo así, el principio constitucional del pluralismo cultural cobrará mayor relieve en el ámbito de los asuntos públicos, sobre todo cuando se hallen confrontadas diversas pretensiones legítimas. En tal sentido, el TC ha señalado que el pluralismo cultural y la democracia exigen a todo poder público el respeto de los derechos de los grupos minoritarios, incluso cuando actúen conforme con el principio de la mayoría: “el artículo 43° de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que (...) diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen en grupos minoritarios, **no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones.** Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2°) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2°, artículo 43 y artículo 60°) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse (...). [E]l poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, **creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos (...), aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas;** o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios (...)”¹⁴ [resaltados nuestros].

Hasta aquí resulta por demás evidente que la vinculación del Estado a los derechos indígenas trasciende las obligaciones específicas que puedan derivarse de su consideración de derechos subjetivos. Y es que, como lo ha señalado el TC, los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva, sino también presentan una dimensión objetiva, puesto que los derechos fundamentales “constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional”¹⁵; es decir, los bienes básicos protegidos por los derechos fundamentales garantizan posiciones jurídicas individuales y, a su vez, tienen la condición de valores o principios que informan el ordenamiento jurídico, cuyos contenidos materiales básicos supeditan y legitiman la organización jurídico político del Estado y vinculan la vida en sociedad. De tal dimensión objetiva se deriva, entre otras consecuencias, un deber especial de protección de los derechos fundamentales cuyos destinatarios son los poderes públicos,

13 Ver GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”. En OLIVÉ, León (compilador), *Ética y Diversidad Cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, Segunda edición, 2004, p. 47.

14 STC 0020-2005-PI y 0021-2005-PI, fundamento 100.

15 STC 0858-2003-PA, fundamento 6.

los cuales tienen la obligación de abstenerse de injerencias arbitrarias en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, pero también tienen la obligación positiva de llevar a cabo todo aquello que sirva a la actuación o realización de sus contenidos. Tal deber especial de protección «se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual “Son deberes primordiales del Estado [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”»¹⁶. En el caso de los pueblos indígenas, sus derechos específicos, como se puede advertir, presentan una fuerte conexidad material con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, como lo son los principios de igualdad, pluralismo cultural y del estado social y democrático; por lo que, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se les han reconocido garantiza la coexistencia cultural de las distintas comunidades étnicas con las mayorías sociales no indígenas en un plano de igualdad, lo cual demanda, antes que todo, el respeto mutuo de sus derechos fundamentales, tolerancia y diálogo intercultural, especialmente en aquellos casos que concurren o choquen sus diversas aspiraciones legítimas. Siendo así, por el deber especial de protección cobran mayor relieve las obligaciones de naturaleza prestacional exigibles al Estado, pues tiene que velar porque las comunidades indígenas tengan la oportunidad desarrollar sus modos de vida culturalmente distintos (por lo menos de aquellas que así lo deseen).

III. El derecho fundamental a la identidad étnica de los pueblos indígenas: la obligación del Estado de respetar su libre desarrollo cultural

Con relación al derecho a la identidad étnica de los pueblos indígenas, el TC ha sostenido que “consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, **evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo**. Esto es, el **derecho de la etnia a existir**, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”¹⁷ [resaltado nuestro]; más aún, si los elementos que forman la cultura de un pueblo reflejan “la historia y las aspiraciones de un grupo o una comunidad”¹⁸.

16 STC 0858-2003-PA, fundamento 7.

17 STC 03343-2007-PA, fundamento 29.

18 STC 0006-2008-PI: “25. La identidad cultural (...) también es concebida como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social, es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales (...). 28. (...) la identidad

Entonces, el derecho a la identidad étnica tiene por objeto garantizar que las personas indígenas en su vida cotidiana o en los aspectos relevantes de ésta, tanto al interior de sus comunidades como fuera de éstas, puedan desenvolverse de acuerdo a las instituciones, tradiciones y valores de la etnia a la cual pertenecen, ello con la finalidad de que puedan desarrollar sus específicos proyectos de vida o aspiraciones fundadas en su particular identidad étnica¹⁹; es decir, si tienen la posibilidad de desarrollar su propia vida cultural²⁰, se evita que desaparezca la singularidad cultural del grupo. En tal sentido, el contenido del derecho fundamental a la identidad étnica, en su dimensión colectiva²¹, comprenderá una serie de posiciones jurídicas que tendrán

cultural de los grupos sociales y, de las personas en general, se construye a partir de un conjunto de percepciones de carácter objetivo- subjetivo, respecto a una serie [de] elementos culturales y de representación. Estos elementos y prácticas sociales caracterizan a los grupos humanos, definiéndolos, individualizándolos y diferenciándolos de otros grupos, y generando entre ellos lazos de pertenencia. Pueden ser de diversa índole: lingüísticos, religiosos, políticos, históricos (identificación con un pasado común), costumbres ancestrales, paisajes naturales[,] monumentos históricos[,] restos arqueológicos, monumentos de importancia arquitectónica, producción material e inmaterial, entre otras posibilidades por agotar. En cuanto expresión de la cultura de un pueblo, los elementos que forman su cultura, así como sus prácticas ancestrales y, en general, el patrimonio cultural de los pueblos, **puede[n] también ser tutelados como expresión del derecho a la identidad cultural**, en la medida que representan la vida cotidiana mantenida a través del tiempo que refleja la historia y las aspiraciones de un grupo o una comunidad” [resaltado nuestro].

- 19 BARTOLOMÉ, Miguel A., “Los laberintos de la identidad. Procesos identitarios en las poblaciones indígenas”. AVA, N.º 9, Agosto 2006, p. 36: “los repertorios culturales interiorizados como *habitus* (...) no solo sirven para distinguir un nosotros de los otros, sino que también sirven para organizar la vida del nosotros, ya que ese es el papel central de todo sistema cultural: la cultura sirve para *hacer* (vivir), aunque también se use para *ser* (distinguirse)”; de forma similar, BORGHI, Marco, “La protección de los derechos culturales. Desde los límites del «modelo» suizo hasta la formulación de una declaración universal”. En AA.VV., *Derechos Culturales*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera edición, septiembre de 1996, p. 17: “Si no es posible establecer una definición de cultura que sea previa a los derechos que la objetivan, conviene al menos (...) reconocer a la cultura su capacidad de desarrollo de las potencialidades de toda persona o comunidad”.
- 20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas (...) no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural(...)”.
- 21 Respecto de la dimensión colectiva del bien “cultura”, TORBISCO CASALS, Neus, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”. En *Los derechos fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 247, refiere lo siguiente: «la producción y consumo de estos bienes sólo se producen por medio de una acción participativa de carácter colectivo, en que su disfrute es también necesariamente colectivo y, por tanto, su inteligibilidad se pierde si se reducen a bienes individuales. Así, la lengua, los rituales políticos y sociales, o los símbolos que conforman rasgos identificativos del carácter de una comunidad, no son bienes que puedan comprenderse instrumentalmente en términos individuales. Por supuesto, los bienes sociales producen satisfacciones individuales, pero éstas no son aprehensibles en toda su dimensión sin el conjunto de significados o concepciones compartidas que forman parte de una cultura. (...) lo que fundamenta estos derechos es un agregado de intereses individuales convergentes en ciertos bienes públicos o sociales. Para que éstos sean los bienes que *concretamente* son, esta premisa no es contingente. No se trata meramente de una condición para el ejercicio del derecho, sino de un requisito para la existencia de los bienes que constituyen su objeto. Reducir determinados bienes sociales como la lengua o la autonomía política a bienes individuales impediría captar la dimensión colectiva del significado de nuestros pensamientos y formas de expresión. Ambos son ininteligibles sin el trasfondo de una cultura que les dota de significado. En el caso de los bienes culturales, no es sólo que sería inviable proteger el bien “cultura” para el disfrute de un

por finalidad garantizar los modos de vida culturalmente distintos de los pueblos indígenas como colectivos. Al respecto, el TC ha señalado lo siguiente: «es interesante tomar en cuenta la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones [del derecho a la identidad étnica] (...): “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles (...). f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico (...) i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales (...). k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda” (...)»²².

Como se advierte, tratar como libres e iguales a los miembros de las comunidades indígenas exige que el Estado respete sus diferencias culturales, al menos de aquellos colectivos cuya identidad o comprensión de sí mismos los lleva a mantener la vitalidad de su cultura en los diferentes aspectos de su vida. De ahí que, por ejemplo, no cabe que los Estados adopten, apoyen o favorezcan acciones o hechos que en la práctica o materialmente envuelvan la integración forzada de los pueblos indígenas a la sociedad mayoritaria, o un menoscabo grave o la desaparición de sus culturas. Resulta clara la DNU DPI cuando prescribe que los Estados, con la finalidad de evitar la destrucción de la cultura de los pueblos indígenas, establecerán mecanismos eficaces para la prevención de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales (8.2.a), así como de toda forma de integración forzada (8.2.d).

Teniendo en cuenta la obligación del estado de respetar el derecho a la identidad étnica en su dimensión colectiva, en los términos expuestos supra, en el Reglamento se han recogido algunos supuestos (específicamente, a través de la sétima de sus disposiciones complementarias, transitorias y finales) en los que, ante la potencial afectación negativa grave de las medidas consultadas sobre la cultura de las comunidades indígenas, se exige al Estado obtener el consentimiento de éstas, lo cual explicamos a continuación.

único individuo; ya que el conjunto de actividades, roles, instituciones, etc., constituyen el bien cultural propiamente dicho. Si se reduce su valor a un conjunto de satisfacciones individuales concretas, se pierde su significado global y la dimensión necesariamente colectiva por medio de la cual se obtiene».

22 STC 03343-2007-PA, fundamento 30.

IV. La ampliación del ámbito normativo del derecho a la consulta previa

4.1 La configuración de los supuestos que exigen a la administración obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, mediante el Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa

Como sabemos, el Convenio 169, respecto del derecho a la consulta previa, en su artículo 6.2 establece que las consultas llevadas a cabo por el Estado se efectúan “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Por su parte, el TC precisó que el derecho a la consulta se encontraba constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, pero que no formaba parte de su ámbito normativo protegido lo que coloquialmente se ha venido en denominar el “derecho al veto”. Tal posición fue asumida a partir de la STC 0022-2009-PI, en la cual delimitó el alcance de la finalidad prescrita en el artículo 6.2 precitado, como elemento integrante del derecho a la consulta: «24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad [de] impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, **ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.** De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural. 25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, **ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo.** Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona (...) 37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa

o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta» [resaltados nuestros]²³. De ahí que en la Ley del derecho a la consulta previa, mediante su artículo 15° se haya prescrito, en lo que concierne, que “La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente”.

Entonces, si bien el Estado al efectuar las consultas tiene la obligación de buscar un acuerdo o el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas propuestas, la no consecución de tal acuerdo no significa la inviabilidad de la medida consultada, ya que el Estado finalmente puede decidir llevarla a cabo. Sin embargo, la interpretación efectuada por el TC del derecho de consulta y la disposición legal precitada no pueden ser tomadas de forma absoluta, puesto que existen situaciones en las que la búsqueda del acuerdo o consentimiento de la comunidad indígena no será solamente una finalidad, sino que obtener la aprobación de la población indígena se configurará en un presupuesto insoslayable para que se adopte o lleve a cabo la medida consultada, tal como ha sido reconocido en el Reglamento de la Ley. En efecto, la sétima de sus disposiciones complementarias, transitorias y finales prescribe lo siguiente:

“Sétima.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.

b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos” [subrayado nuestro].

La regulación de los supuestos descritos en tal disposición (traslados de poblaciones indígenas y almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras) resulta

23 Tal interpretación fue reiterada en las sentencias 06316-2008-PA/TC, fundamento 22; 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.f; 0024-2009-PI, fundamento 5; y 00025-2009-PI/TC, fundamento 21.c.

trascendental porque se ha dado un paso más allá en la configuración del derecho fundamental a la consulta previa que efectuó la Ley, pues se ha ampliado el ámbito de protección desarrollado en ésta, a fin de, entendemos, cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas que le serían exigibles al Estado peruano en tales supuestos, sobre las que se discurrirá a continuación.

a) El traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan

En el derecho internacional sobre pueblos indígenas se suelen admitir tres supuestos que imponen al Estado la obligación de obtener el consentimiento de la comunidad consultada²⁴. Un primer caso –que es el recogido en literal a) de la disposición reglamentaria citada–, acontece cuando excepcionalmente se estima necesario el traslado o reubicación del pueblo indígena del territorio que ocupan. Tal supuesto se encuentra previsto en el artículo 16 del Convenio 169: “1. (...), los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo deberán efectuarse con su consentimiento**, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (...)”^{25, 26}.

24 ANAYA, James, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Guatemala) – 7 de febrero de 2011*, puntos 39 y 40.

25 El mismo artículo, ante el supuesto que se autorice el traslado o reubicación, establece las siguientes medidas de protección de derechos: “3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la[s] causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan **subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro**. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

De forma similar a lo prescrito en el artículo 16 precitado, la DNUDPI en su artículo 10 establece que “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. **No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre**, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso” [los énfasis son nuestros].

26 En el plano de las constituciones nacionales, tal supuesto se encuentra previsto en la vigente Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992 que en su Capítulo V de los Pueblos Indígenas, artículo 64, establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la **conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida**. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. **Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos**” [el énfasis es nuestro].

b) Depositar materiales peligrosos en tierras indígenas

Un segundo supuesto –previsto en el literal b) de la disposición reglamentaria aludida–, es aquel que requiere el consentimiento de la población indígena cuando se busque almacenar o eliminar materiales peligrosos en sus territorios. Sobre el particular, la DNU DPI en su artículo 29 prescribe lo siguiente: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, (...) 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas **sin su consentimiento** libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales (...)” [los énfasis son nuestros].

c) Planes de desarrollo o inversión a gran escala en tierras indígenas

Un tercer supuesto, es el desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o Corte IDH) en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, en el que se consideró que «cuando se trate de **planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio** Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también **debe obtener el consentimiento** libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones»²⁷. La Corte agregó que «el “**nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión**” (...), la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un **impacto profundo** en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka (...)»²⁸. Y sobre el carácter del impacto aludido y su potencialidad para afectar gravemente a

27 Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 134.

28 Párrafo 137. En el mismo sentido, en la sentencia de interpretación emitida en el caso aludido [Sentencia de 12 de agosto de 2008 (*Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*)], la Corte señaló que el Estado tiene el deber de consultar y “17. (...) **dependiendo del nivel de impacto** que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. (...) [C]uando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían **afectar la integridad de las tierras y recursos naturales** del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones” [el énfasis es nuestro].

una serie de derechos básicos, la Corte sostuvo que «[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar **cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes n[on] son capaces de entender, mucho menos anticipar**. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia»²⁹ [los énfasis son nuestros].

En la sentencia mencionada también se estableció que la obligación estatal de obtener el consentimiento –como concretización del derecho a una participación efectiva–, tiene por finalidad, conjuntamente con otras garantías, asegurar que las restricciones estatales a los derechos de los pueblos indígenas, especialmente el derecho a la propiedad de la tierra, no signifique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, pues el Estado tiene la obligación de proteger la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su territorio, pues a través de éste se garantiza su pervivencia o desarrollo como sujetos culturalmente diferenciados³⁰.

29 Párrafo 135.

30 Párrafos 127-129: «127. (...) Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su **supervivencia**, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá **restringir** el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

128. Adicionalmente, (...) un factor crucial a considerar es también **si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes**. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, **cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal** (...).

129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se

Entonces, si el Estado pretendiera llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala, como lo podría ser el proyecto de explotación de un recurso natural ubicado en tierras o áreas donde habitasen comunidades indígenas, y ello pudiese generar una situación de hecho que afectará de forma grave o muy intensa sus modos de vida (pérdida de territorios, migración, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, destrucción y contaminación del ambiente tradicional, desorganización social y comunitaria, etc.) y, como consecuencia, se comprometiese su subsistencia y desarrollo cultural como colectivos culturalmente distintos, el Estado, entre otros deberes, tiene la obligación de obtener su consentimiento para aprovechar el recurso de que se trate. Y es que, como lo ha expresado la Corte IDH, los planes de desarrollo a gran escala que se busquen realizar en territorios indígenas no pueden suponer la restricción arbitraria o violación del derecho a la integridad cultural de las poblaciones indígenas.

Y tal supuesto también importa para nuestro ordenamiento, toda vez que el literal a) de la disposición reglamentaria que venimos comentando no sólo alude al artículo 16 del Convenio 169, sino que también nos remite a “lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos”. Y la Ley sobre desplazamientos internos, N.º 28223, prescribe que ante los desplazamientos que puedan originarse en “casos de proyectos de desarrollo en gran escala”, “justificados por un interés público superior o primordial” (artículo 7.2.c) la administración, entre otras medidas, “recaba el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados” (artículo 8.3.c). Por ello, resulta importante el Caso Saramaka como parámetro para coadyuvar en la determinación del contenido del derecho a la consulta y la protección adecuada de los derechos indígenas que puedan verse afectados sustancialmente a propósito de un proyecto de desarrollo a gran escala, porque recordemos que la jurisprudencia de la Corte IDH resulta vinculante para todo poder público nacional³¹, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso³².

beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta **preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal**» [el énfasis y el subrayado es nuestro].

31 Entre otras, STC N.º 4587-2004-PA, fundamentos 44 y 45:

«44. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se

4.2 La recepción del Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam por la jurisdicción constitucional en Latinoamérica

La posición de la Corte IDH –determinar que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de las comunidades indígenas en el supuesto descrito– también ha sido asumida en el ámbito de la justicia constitucional latinoamericana³³,

restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

45. Así, por ejemplo, en el caso de Crespo Bragayrac (STC 0217-2002-HC/TC), este Tribunal sostuvo que “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.

32 Entre otras, STC N.º 02730-2006-PA, fundamentos 12, 13 y 14:

“12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

13. La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensarse una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.

14. En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

33 La exigencia de obtener el consentimiento tampoco es ajena a otros sistemas jurídicos como el *common law*. Por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá en el caso *Delgamuukw v. British Columbia* señaló que algunos supuestos pueden requerir el *pleno consentimiento* de las poblaciones indígenas: “Existe siempre la obligación de consultar. (...) [E]l carácter y el alcance de la obligación de consultar varía según las circunstancias (...) [L]a norma mínima aceptable es la consulta, ésta debe hacerse de buena fe y con la intención de **responder de manera sustancial a las preocupaciones de los pueblos aborígenes** cuyas tierras están en cuestión. (...) **Algunos casos pueden aún requerir el pleno consentimiento** de una nación aborígen, especialmente cuando las provincias dictan reglamentos de caza y de pesca relacionados con las tierras aborígenes” [el énfasis es nuestro] (citado por HUDSON, Michael, “El desarrollo y la obligación de tener en cuenta los derechos indígenas por parte del Estado. Tendencias recientes en la jurisprudencia canadiense”. En AYLWIN O., José, Editor, *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas – Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004, pp. 179 y 180).

como por ejemplo el Tribunal Constitucional de Bolivia³⁴ y la Corte Constitucional colombiana. Esta última, siguiendo la sentencia precitada, ha establecido una serie de consideraciones con relación a la obligación estatal de obtener el consentimiento, las cuales nos permiten reflexionar sobre la exigibilidad de tal posición jurídica, como parte del contenido del derecho a la consulta, y, especialmente, sobre su fundamentalidad, las cuales, por su relevancia, las transcribimos:

«5.1 No se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos (...).

(...) la iniciativa estatal y privada deberá propender por el respeto sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas o étnicas de la Nación. Es decir, los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan implementar en el territorio **no pueden llegar al extremo de hacer nugatorio el contenido [de los derechos indígenas]** (...).

De esta forma, se reconoce un **ámbito esencial** del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que **no puede ser objeto de disposición por parte del ius imperium del Estado**, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el **mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro** (...).

34 Sentencia Constitucional 2003/2010-R, de fecha 25 de octubre de 2010, proceso de amparo, Servicio Departamental de caminos de Tarija contra la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu (ver punto III.5. El derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad). En *Tribunal Constitucional de Bolivia* <<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resolucion20939.html>>: “La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y, 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración). A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam,[:] (...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones (...) Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, **se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto** (...)” [resaltado nuestro].

Parte del problema es que la consulta previa es un derecho de carácter especial otorgado a los grupos étnicos por precondiciones sociales e históricas relativas a su carácter de pueblos originarios históricamente discriminados, y no un derecho otorgado por ser un colombiano con una **epistemología distinta pero legítima, que juega en iguales condiciones con la dominante**. Debido a esto, cuando el indígena (...) pretende hacer valer su derecho a ser consultado, se ve en la necesidad de encajar dentro de las categorías, construidas por la sociedad mayoritaria, que los clasifican como “otros”, “exóticos”, como condición para reconocerlos como interlocutores de carácter especial en el discurso nacional frente a cuestiones que nos preocupan a todos, incluyendo el desarrollo, los usos del suelo y de los recursos naturales, en vez de ser **participantes ciudadanos en iguales condiciones en un país pluriétnico y multicultural**, en el que esas epistemologías diversas también deben ser parte de la construcción de nación.

(...) la imposición de costumbres por parte de la sociedad nacional, a través de la colonización de los territorios indígenas, realizada con el propósito de llevarles a estos el desarrollo, constituye una forma de “**etnocidio**” (...) [este término] se refiere a la desaparición de un pueblo a través del abandono de sus costumbres y formas tradicionales de vida y pensamiento (...).

(...) el debate en torno al “desarrollo” o el “progreso” en territorios de comunidades étnicas debe analizarse a la luz del **desarrollo o progreso propio de los pueblos implicados**. En otras palabras, debido al reconocimiento de la cosmovisión o mera visión de los pueblos étnicos frente a lo que suele llamarse de forma abstracta el “interés general”. Por eso, para la Corte se torna indispensable **equilibrar el reconocimiento del “otro” y de las “otras” distintas visiones que se puedan tener frente al desarrollo** por parte de grupos étnicos que hacen parte de la alteridad y la pluralidad propia de una Nación como la colombiana (...).

Por lo estudiado, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que **los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares**».

«7.1 (...) esta Corporación aclara que **cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo**, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al

ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar **cambios sociales y económicos profundos**, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que **en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea (...).**

(...) Por ello, todo proceso [de consulta] deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que **lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.**

En este punto, la Corte resalta la necesidad de que **la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias**, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.

(...), **no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa.** En virtud de ello, en casos excepcionales o limite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, **si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.**

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de **desfigurar o desaparecer sus modos de vida**, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de

dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al **aniquilamiento o desaparecimiento** del grupo, **prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine**»³⁵ [resaltado y subrayado nuestros].

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana estableció como regla jurisprudencial, entre otras, lo siguiente: “8.1 (...) (viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine»³⁶.

Como hemos visto en el caso descrito, los principios constitucionales de igualdad y de pluralismo cultural demandan al Estado respetar el contenido o ámbito esencial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, el cual no puede ser objeto de disposición; y, específicamente en el tema que nos ocupa, el Estado tiene la obligación de equilibrar tales derechos fundamentales con los demás valores o principios constitucionales implicados en la explotación de un recurso natural. Y es que como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana de un modo enfático, no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa; teniéndose en cuenta que, en casos excepcionales o límite, si un proyecto tiene, objetivamente, la potencialidad de afectar gravemente la continuidad o desfigurar o desaparecer el modo de vida de una comunidad indígena, solamente ésta puede decidir renunciar a sus prácticas o tradiciones culturales constitucionalmente garantizadas, encontrándose vinculado el Estado por tal decisión³⁷.

35 Sentencia T-129/11, de fecha 3 de marzo de 2011, acción de tutela, Resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katio contra el Ministerio de Transporte y otros. En *Corte Constitucional de Colombia* <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-129-11.htm>>.

36 Fundamento 8, Requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas.

37 Nuestro máximo Tribunal también ha tenido la oportunidad de referirse -aunque escuetamente- al citado caso del Pueblo Saramaka (STC 03343-2007-PA, fundamento 36: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”); sin embargo, a la fecha el TC no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los supuestos de consentimiento que venimos tratando y su relación con el ámbito normativo del derecho a la consulta previa.

4.3 La reafirmación de la obligación estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas: el caso Ángela Poma Poma vs. Perú

Pero al Estado peruano no le es extraña la existencia de casos similares a los que venimos tratando que le obligarían a obtener el consentimiento de la comunidad indígena consultada, y es que por el incumplimiento de tal deber fue condenado por el Comité de Derechos Humanos en el caso Ángela Poma Poma³⁸, cuyos fundamentos pertinentes transcribimos:

“7.2 (...) En algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud [del artículo 27 del Pacto] (...) –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría. (...) Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan. La protección de esos derechos tiene por objeto **garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural** (...).

(...)

7.4 El Comité reconoce que un Estado pueda legítimamente tomar medidas para promover su desarrollo económico. Sin embargo, recuerda que **ello no puede menoscabar los derechos reconocidos en el artículo 27**. Así pues, el alcance de la libertad del Estado en este ámbito deberá medirse con base a las obligaciones que deba asumir de conformidad con el artículo 27. El Comité recuerda asimismo que **las medidas cuya repercusión equivalga a una negación del derecho a gozar de la propia cultura de la comunidad son incompatibles con el artículo 27**, mientras que aquellas medidas que sólo tuvieran una **repercusión limitada** sobre el modo de vida y el sustento de las personas pertenecientes a la comunidad no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por ese artículo.

7.5 En el presente caso, se trata de determinar si las consecuencias del desvío de aguas autorizado por el Estado parte en la cría de camélidos son de una proporción tal que tienen un **impacto sustantivo negativo** en el disfrute por parte de la autora de su derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad

38 En Comité de Derechos Humanos Comunicación N.º 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009 <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>>.

a que pertenece. En este sentido, el Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que miles de cabezas de ganado murieron a causa de la degradación de 10.000 hectáreas de tierras aymara de pastoreo, degradación producida como resultado directo de la implementación del Proyecto Especial Tacna durante los años 1990s, y que ello habría arruinado su modo de vida y la economía de la comunidad, **forzando a sus miembros a abandonar sus tierras y su actividad económica tradicional**. Observa que dichas afirmaciones no han sido contestadas por el Estado Parte, que se ha limitado a justificar la presunta legalidad de la construcción de los pozos del Proyecto Especial Tacna.

7.6 El Comité considera que la permisibilidad de las **medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena** o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que **no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre**, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, **las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad**, de manera que **no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros**.

7.7 En el presente caso, el Comité observa que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. Además, el Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observa asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que **la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora**, como miembro de su comunidad. El Comité concluye que las actividades realizadas por el Estado parte violan el derecho de la autora, a gozar de su propia cultura en común con los demás miembros de su grupo, con arreglo al artículo 27 del Pacto”.

Entonces, y como lo ha señalado el Comité, la búsqueda del desarrollo económico no puede suponer la negación del derecho de las comunidades indígenas a gozar de su propia cultura: las medidas de aprovechamiento de los recursos naturales que se busquen llevar a cabo en tierras indígenas únicamente puede tener una repercusión limitada sobre los derechos indígenas; tales medidas tienen que respetar el principio de proporcionalidad, de modo que no se ponga en peligro la propia subsistencia de

la comunidad. Pero, en el caso precitado, sólo el consentimiento de la comunidad indígena hubiera validado las medidas o actos que tuvieron un impacto sustantivo negativo en la cultura de la comunidad.

Creemos que las decisiones jurisdiccionales precitadas –caso del Pueblo Saramaka, caso Ángela Poma Poma y el caso Resguardos Chidima, Tolo y Pescadito– nos permiten advertir de situaciones en las que, a partir de intervenciones fácticas en el territorio de los pueblos indígenas, se podría “amenazar la supervivencia de estos pueblos o implicar cambios profundos en su desarrollo futuro”³⁹. Nos encontramos, pues, frente a actividades que van a repercutir negativamente, en un grado o intensidad muy grave, sobre el contenido básico⁴⁰ de diversos derechos fundamentales de tales poblaciones, tornándolos impracticables y, consecuentemente, impidiendo la realización o el desarrollo, o el menoscabo, de su cultura, protegida por su derecho fundamental a la identidad étnica. Asimismo, las decisiones citadas nos aportan herramientas argumentativas de utilidad y peso que nos pueden ayudar a dilucidar los alcances de la séptima disposición reglamentaria citada supra, a fin de efectuar su interpretación y aplicación conforme con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que le sirven de fuente; y, de tal forma, establecer, a partir de situaciones concretas, el grado o el “nivel del impacto”⁴¹ de la medida que se consulta sobre los derechos indígenas y, luego, si la administración tiene la obligación de obtener el consentimiento de la comunidad indígena consultada, o únicamente será una finalidad.

39 ANAYA, James, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Guatemala) – 7 de febrero de 2011, punto 40.*

40 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2010, pág. 126, en <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>: “El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos”.

41 Corte IDH, Sentencia de interpretación emitida en el caso Saramaka, de fecha 12 de agosto de 2008 (*Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), párrafo 17.

El primer párrafo del artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa prescribe que se consultan “(...) las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo (...)”. Por su parte, el Reglamento de la ley precitada, en su artículo 3.b), define la *afectación directa* señalando que “Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”. Al respecto, creemos que si la intensidad o el grado de la intervención en un derecho fundamental puede calificarse como leve, media y grave (al respecto, ver, por ejemplo, STC 00045-2004-PI, f.j. 35), entonces los *cambios* en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en los supuestos de consentimiento pueden ser descritos como graves (o muy graves), en la medida que nos encontramos frente a restricciones que anularán totalmente el ejercicio de diversos derechos constitucionales.

V. El respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en los casos de aprovechamiento de los recursos naturales

Si bien los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como cualquier derecho fundamental, pueden ser objeto de limitación, ya sea para tutelar otros derechos fundamentales o en procura de otros bienes constitucionales⁴²; también resulta claro que las restricciones que imponga la administración para que sean válidas no pueden llevarse a cabo de cualquier forma o arbitrariamente. En tal línea, por ejemplo la DNUDPI en su artículo 46.2 prescribe que “(...) El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.

Como hemos visto, en los supuestos que se exige al Estado obtener el consentimiento subyace una afectación grave a las tierras de los pueblos indígenas y, como consecuencia, de la relación especial que tienen con su territorio. Y es que los límites que puedan establecerse al derecho de propiedad no pueden obviar las vinculaciones concretas que puedan existir entre este derecho y otros derechos fundamentales (v.g. identidad étnica, ambiente, salud, etc.), por lo que la protección del territorio tiene por finalidad garantizar la supervivencia cultural de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte IDH en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay ha expresado lo siguiente: “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”⁴³.

42 El artículo 8.2 del Convenio 169 prescribe que los pueblos indígenas “(...) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, **siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos** (...)”. De modo similar, nuestra Constitución, en su artículo 149, ha establecido un límite específico a la función jurisdiccional reconocida a las comunidades indígenas, al señalar que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, **siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona** (...)” [los énfasis son nuestros]. De igual modo, el TC en la STC 03343-2007-PA, fundamento 36, señaló que “es claro que los derechos [indígenas] no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad”.

43 Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 146.

Por su parte, el TC en la sentencia 00024-2009-PI destacó la aludida relación especial que los pueblos indígenas tienen con su territorio: «18. (...) la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión. 19. Por ello, en armonía con el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT, al aplicar las disposiciones del referido convenio, el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras [Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214, párr. 86]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos».

En el caso del aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentra en tierras o áreas donde habitan poblaciones indígenas, si bien la concesión del recurso⁴⁴ permitirá concretizar determinados fines socioeconómicos que tienen sustento constitucional⁴⁵; tal aprovechamiento, como lo hemos indicado, no puede efectuarse de cualquier manera, sino respetando los límites que la Ley Fundamental también ha impuesto y los que se deriven de los tratados de derechos humanos que forman parte de nuestro derecho nacional, como lo es, en el caso que nos ocupa, la protección de la cultura indígena. Si, por ejemplo, la administración alega que por la explotación de un recurso natural además se logrará el desarrollo de los pueblos indígenas o la plena efectividad de sus derechos económicos y sociales, ello no puede desconocer su obligación de protección de la integridad cultural de tales poblaciones; es decir, incluso la búsqueda de la eliminación de las diferencias socioeconómicas existentes entre los pueblos indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional tiene que efectuarse de una manera compatible con sus aspiraciones

44 Constitución, artículo 66º: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

45 La Constitución en materia económica ha establecido una serie de mandatos de actuación del Estado, como el de promover “condiciones para el progreso social y económico” (artículo 23º), de orientar el “desarrollo del país” (artículo 58º) y de fomentar la “inversión [extranjera]” (artículo 63º), entre otros.

y formas de vida^{46, 47}. De tal modo, si el aprovechamiento de un recurso natural exigiera afectar negativamente los derechos culturales de un colectivo, creemos que no bastará alegar como justificación únicamente las razones de mercado⁴⁸ o el alto interés público en los beneficios económicos o rentas que se buscan generar con la concesión otorgada, pues ello devendría en la postergación o el desconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas cada vez que se encuentren frente a este tipo de razones⁴⁹. El Estado,

46 Convenio 169, artículo 2: “1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) (...); b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

Teniendo en cuenta los mandatos generales de protección establecidos en la disposición precitada, en el artículo 23 del Convenio 169 se señalan obligaciones específicas relacionadas con las actividades económicas propias de los pueblos indígenas: “1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como **factores importantes del mantenimiento de su cultura** (...). Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, **los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades**. 2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos (...)” [el énfasis es nuestro].

47 Con relación a los planes o proyectos de desarrollo socio económico de los pueblos indígenas formulados por el Estado, el Convenio 169 prescribe en su artículo 7 lo siguiente: “1. Los pueblos interesados deberán tener el **derecho de decidir** sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, (...). Además, dichos pueblos deberán **participar** en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su **participación** y cooperación, deberá ser prioritario en los **planes de desarrollo económico global** de las regiones donde habitan. (...) 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de **evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos**. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. (...)” [el énfasis y el subrayado es nuestro].

48 Como lo ha expresado HÄBERLE, Peter, “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”. En *Pensamiento Constitucional*, PUCP - Fondo Editorial, Diciembre 1995, pp. 147 y 148, la economía es “un medio al servicio de la sociedad”, el mercado “no es ni una esfera «natural» libre del control legal y político, ni un fin en sí mismo. Existe para servir a la humanidad (espacio para la libertad, creación de prosperidad)”. Y es que, en efecto, el Estado no puede olvidar que las personas, más que agentes del mercado, son ciudadanos, y el cumplir su rol de promoción de la inversión al sector privado no excluye su función de protección y realización de los derechos fundamentales.

49 El TC en la STC 1535-2006-PA estableció que tanto la economía como el mercado no son fines en sí mismos, pues lo que el Estado debe buscar a través de ellos es realizar los derechos fundamentales: “9. En primer lugar, se debe poner en evidencia la íntima vinculación entre la economía y la democracia, por cuanto un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales; pero tampoco una economía -por más que sea eficiente- que desconozca los valores y principios constitucionales,

en cada caso que busque intervenir negativamente en los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tiene la obligación de ponderar los derechos y bienes constitucionales que se encuentren en juego; ello, teniendo en cuenta, como hemos visto, la prohibición de afectación del núcleo mínimo o contenido esencial del derecho fundamental a la identidad étnica y respetando el principio de proporcionalidad.

Por ejemplo, si la administración decide llevar a cabo una medida que no fue aprobada por la comunidad indígena consultada, la adopción de la medida también exige a la administración garantizar la protección de los derechos indígenas que se encuentren comprometidos. De ahí que el artículo 4º del Reglamento, respecto del contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, señala que “debe (...) respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales” y que “debe (...) preservar la supervivencia de los pueblos indígenas”; por lo que, en el artículo 23º del Reglamento, siguiendo al artículo 15º de la Ley, se ha establecido lo siguiente: “23.1 La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano (...). 23.3 En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida (...)”⁵⁰ [subrayado nuestro].

y los derechos fundamentales, es compatible con un sistema democrático, [...]”; “10. [...] [el concepto de mercado] no puede ser entendido en términos puramente económicos sino también desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa –en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (Artículo 1 de la Constitución)– no solo sea declarativamente respetada sino prácticamente realizada a través del mercado”; “11. La perspectiva solamente económica del mercado constituye una negación de la persona humana, porque la única relación que cabe en un Estado social y democrático de Derecho, es la de medio a fin, de aquel con respecto a esta. Ello es así por cuanto “el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano”; y “12. De ahí que una perspectiva constitucional de mercado no puede soslayar determinados elementos constitucionales: (1) la persona humana y su dignidad, en la medida que esta no puede ser un objeto de los poderes públicos y privados; (2) las libertades económicas que la [...] [Constitución] reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales; y [...] (4) el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas”.

- 50 Tal disposición reglamentaria también encuentra su fundamento en el artículo 32 de la Declaración, el cual establece lo siguiente: “1. (...) 2. Los Estados celebrarán consultas (...) con los pueblos indígenas (...) a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados (...) **adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas** de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual” [resaltado nuestro].

Y si la medida consultada requiriese, por ejemplo, la renuncia de los pueblos indígenas a su territorio y, juntamente, de sus particulares modos de vida constitucionalmente relevantes, en atención a que aquella tendrá como efecto la anulación del núcleo mínimo de los derechos fundamentales que se intervienen, produciendo cambios intolerables para sus titulares, afectándose gravemente la realización de su cultura, o si la administración no garantizase, mediante medidas concretas, la existencia y continuidad de tales poblaciones como un colectivo (v.g. si sus miembros se viesen obligados a abandonar la comunidad), entonces únicamente su consentimiento legitimará medidas de tal tipo, conforme con la séptima disposición reglamentaria que se ha comentado; ello, porque, como ya se ha explicado, la democracia constitucional de una sociedad pluricultural, como es la nuestra, exige el respeto de los bienes básicos que garantizan que los modos de vida de las culturas minoritarias puedan coexistir con las mayoritarias. Como hemos visto, determinar si el Estado tiene únicamente la obligación de consultar o si, además, debe de obtener el consentimiento de la población consultada⁵¹, sólo podrá establecerse objetivamente a partir de casos específicos y excepcionales, no en abstracto.

VI. Una reflexión final: el diálogo intercultural como espacio de respeto mutuo de los derechos fundamentales y de legitimación de la actividad administrativa

En el marco de derechos fundamentales descritos, el diálogo intercultural⁵² exige a la administración canalizar y armonizar las diversas expectativas de reconocimiento y de progreso, tanto de los pueblos indígenas como de la sociedad mayor, lo cual generará confianza en su actuación, influyendo positivamente en la adhesión u “obligación de

51 Si la administración tiene la obligación de obtener el consentimiento, pero la población decide rechazar la medida consultada, creemos que ello no impide que se vuelva a realizar un proceso de consulta. Asimismo, en estos casos “hay que ser honestos”, la administración debe decirles a las comunidades “miren, efectivamente, habrá un cambio en su vida, pero estos son los beneficios”, que el impacto se resarirá con los beneficios que se van a obtener. Ver NIETO, Antonio, “Es posible tener una armonía entre el impacto minero económico y el ambiental”. En Edu, PUCP, N° 248, del 18 al 24 de junio de 2012, p. 4.

52 El artículo 4.b) de la Ley reconoce como uno de los principios rectores del derecho a la consulta el de *interculturalidad*, conforme al cual “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. Por su parte, el Reglamento, en su artículo 3.h), señala que el *enfoque intercultural* consiste en el “Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro”; de ahí que, el Reglamento, en su artículo 13, también prescriba que “El proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, (...) en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley y el Reglamento (...)”.

obediencia”⁵³ al Derecho exigible a todo ciudadano⁵⁴. El diálogo intercultural proscribire toda decisión estatal que suponga la negación del derecho a existir⁵⁵ de las comunidades indígenas, como sería el caso de constreñirles a padecer, como lo señalara la Corte IDH, cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, ni mucho menos anticipar, u otros cambios sustanciales negativos sobre sus modos de vida. De ahí que mediante el diálogo intercultural la administración puede racionalizar los choques de pretensiones legítimas de culturas diferentes y establecer canales más justos de diálogo y participación en la toma de decisiones públicas⁵⁶.

En tal sentido, resulta pertinente citar lo expuesto por el TC sobre la relación existente entre el Convenio 169, el derecho de consulta previa y el diálogo intercultural:

- Mediante el Convenio 169 “se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante (...), la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas” [STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 14].
- El derecho de consulta busca “propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas” [STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 17].

53 ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”. *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, pág. 120 y ss.

54 Lo contrario, el desconocimiento o la violación de los derechos fundamentales por parte de la administración, repercutirá en la gobernabilidad democrática. Robert A. DAHL ha señalado que la democracia es un sistema político entre cuyas características se cuenta su *aptitud para responder* o satisfacer (entera o casi enteramente) a todos sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos; para que un país con *pluralismo subcultural* reduzca sus conflictos a un nivel suficientemente bajo que le permita *mantener la poliarquía* debe cumplirse la siguiente condición esencial, entre otras: “Las oportunidades de una poliarquía son mayores si el pueblo cree que tal régimen satisface con mayor efectividad las demandas para hacer frente a los principales problemas del país tal como los ve la población o, cuando menos, el estamento político. Pues si, año tras año, las demandas que se hacen al gobierno para que «solucione» los problemas más importantes no encuentran eco, hay muchas posibilidades de que la lealtad deje paso a la desilusión y el desprecio, en especial si alguno de esos «problemas» trae consigo el que una parte considerable de la población padezca alguna carencia importante: inflación galopante, desempleo extenso, pobreza extrema, discriminación aguda, educación insuficiente y demás”. En *La poliarquía. Participación y oposición*. Tecnos, segunda edición, 1.ª edición, 1989, reimpresión, 2002, Madrid, pp. 13 y 112.

55 Ver SSTC 03343-2007-PA/TC, fundamento 29, y 0022-2009-PI/TC, fundamento 5.

56 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en su *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú* del año 2000 (OEA/Ser.L/V/II.106, 2 junio de 2000, punto 39.7), recomendó al Estado peruano que “ayude a potencializar el papel de las poblaciones indígenas para que tengan opciones y puedan retener su identidad cultural, al tiempo que participen en la vida económica y social del país, con respeto a sus valores culturales, idiomas, tradiciones y formas de organización social”.

- Por el derecho de consulta “lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión (...), la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía” [STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 18].
- Lo que se quiere con el proceso de consulta es que “se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto” [STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33].
- El diálogo intercultural busca, entre otras finalidades, “otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que **el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo**” [STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 57]⁵⁷.

Pero ello también nos da cuenta de la complejidad y los desafíos que envuelve la interpretación y aplicación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, así como de su Reglamento, pues, entre otras cosas, exige una interpretación pluralista de los derechos fundamentales y los valores que se encuentran en juego. Tubino ha expresado, a guisa de corolario, que “La ciudadanía indígena implica el reconocimiento del derecho a ejercer los derechos y deberes que emanan de la pertenencia a la comunidad nacional y de los derechos y deberes que emanan de la pertenencia a la comunidad étnica de origen. El problema aquí es sin embargo ponerse de acuerdo en **cómo resolver los problemas que inevitablemente surgen cuando hay colisión entre los derechos y deberes que emanan de la pertenencia simultánea a comunidades diferenciadas que no comparten las mismas jerarquías de valores, los mismos modelos de vida buena, las mismas normativas, las mismas éticas**”⁵⁸ [resaltado nuestro].

57 En este punto, resulta pertinente recordar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha puesto de relieve que “las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”. Ver OIT - CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).

58 TUBINO, Fidel, “No una sino muchas ciudadanía: una reflexión desde el Perú y América Latina”. En *Cuadernos Interculturales*, Año, N° 10, Primer Semestre, 2008, pág. 174.

