

*Tribunal Constitucional
Presidencia*

RESOLUCION ADMINISTRATIVA N°067-99-PTC

Lima, 07 SET. 1999

VISTO:

El documento del 13 de julio de 1999, presentado por el Señor Magistrado Doctor José García Marcelo.

CONSIDERANDO:

Que, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad, correspondiéndole ejercer las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le asignan;

Que, en forma simultánea con el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional ha venido realizando talleres jurídico-constitucionales con el objeto de promover el debate y análisis de los diversos tópicos del Derecho Constitucional en la comunidad jurídica del país, a partir de su jurisprudencia;

Que, con tal propósito, se hace necesario aprobar la Edición Oficial de la obra denominada "Revista Peruana de Derecho Constitucional", como medio de difusión del pensamiento jurídico constitucional, así como la suscripción del correspondiente Contrato de Edición; y,

En uso de las facultades conferidas a esta Presidencia mediante el artículo 6° de la Ley N° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional y del inciso k) del artículo 16° del Reglamento de Organización y Funciones de la institución, aprobado por Resolución Administrativa N° 080-97-P/TC;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- APROBAR, la Edición Oficial de la obra denominada "Revista Peruana de Derecho Constitucional" N° 1, en un tiraje de 1,000 ejemplares debidamente numerados.

SEGUNDO.- APROBAR, el Contrato a suscribirse con la firma Distribuidora y Representaciones ENMARCE E.I.R.L. para la edición de la obra mencionada que consta de diez (10) cláusulas y que forma parte de la presente resolución.





Tribunal Constitucional
Presidencia

R.A. N° 067-99-PTC

Lima, 7 SET. 1999

Pág. 2



TERCERO.- Autorizar a la Gerencia General a suscribir el Contrato de Edición, en representación del Tribunal Constitucional y llevar a cabo las acciones de coordinación necesarias con la citada editorial.

CUARTO.- Autorizar al Secretario General para autenticar, mediante firma y sello, cada uno de los ejemplares que conforman la Edición Oficial a que se refiere la presente resolución.



QUINTO.- El Tribunal Constitucional distribuirá gratuitamente los ejemplares que por el Contrato de Edición le sean asignados, entre los colaboradores extranjeros y nacionales de la "Revista Peruana de Derecho Constitucional" N° 1, instituciones académicas del Perú y del extranjero, Tribunales Constitucionales de América y Europa u órganos jurisdiccionales afines, así como, entre los altos funcionarios del Estado.

SEXTO.- El cumplimiento de la presente resolución no irrogará gasto alguno al Tribunal Constitucional.

Regístrese y comuníquese.

Dr. Francisco Javier Acosta Sánchez

PRESIDENTE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



REVISTA
PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL
1

Derechos Reservados

D.Leg. Nº 822

Primera Edición: Octubre de 1999

© Derechos reservados conforme a la Ley
Distribuidora y representaciones
ENMARCE E.I.R.L.
Av. Nicolás de Piérola 966
Of. 211 - Lima 1
Telf.: 426-8437
Telefax: 427-0894

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

ISBN: 9972-827-00-3

Hecho el Depósito Legal:
99-3844

Edición: Julián Sánchez de la Cruz

Corrección de estilo: Julián Sánchez Muñoz

Impreso en el Perú - Printed in Perú

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director:

Dr. José García Marcelo

Secretario de Redacción:

Dr. Edgar Carpio Marcos

Consejo Asesor:

Dr. Alfredo Quispe Correa
Dr. José Palomino Manchego
Dr. Gerardo Eto Cruz
Dr. Luis Saenz Dávalos

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

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Jr. Ancash 390 - Lima (1)

PERU

Telf. (51-1) 427-5814

Fax: (51-1) 427-5814, Anexo 208

Email: Tribunal-sistema@infoweb.com.pe



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE LA REPUBLICA DEL PERU**

PRESIDENTE:

Dr. Francisco Javier Acosta Sánchez

VICEPRESIDENTE:

Dr. Guillermo Díaz Valverde

MAGISTRADOS:

Dr. Ricardo Nugent López Chaves

Dr. José García Marcelo



INDICE

Presentación	9
Colaboran en este número	11
ESTUDIOS	
Héctor Fix Zamudio (México) Introducción al Derecho Procesal Constitucional	15
Germán Bidart Campos (Argentina) Los medios de comunicación en la democracia: Libertad de expresión, empresa, poder social y proyección institucional	71
Jorge Carpizo (México) México: ¿Hacia una nueva Constitución	89
Francisco Fernández Segado (España) El estatuto constitucional de la fuerzas y cuerpos de seguridad en España	111
Víctor Martínez Bullé Goyri (México) El tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho	235
Manual Becerra Ramírez (México) Los derechos humanos y el voto desde el extranjero	259
José Alfonso da Silva (Brasil) Acerto e desacertos das reformas constitucionais	279
Ricardo Haro (Argentina) En qué medida incidió la reforma constitucional Argentina de 1994 en el Poder Judicial de la Nación	297
Jaime Vidal Perdomo (Colombia) La naturaleza del régimen de gobierno en Francia: ¿Régimen parla- mentario o régimen presidencial?	317
José Alfredo de Oliveira Baracho (Brasil) Teoría Geral Do Processo Constitucional	327

Eloy Espinosa - Saldaña Barrera (Perú)	
Notas acerca de la titularidad del derecho al honor así como sobre la protección de dicho Derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas.	407
Juan Carlos Moron Urbina (Perú)	
La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico	447
Luis Saenz Dávalos (Perú)	
La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	483
Edgar Carpio Marcos (Perú)	
Un antecedente del Tribunal Constitucional: el Jury Constitutionnaire (Una lectura heterodoxa de Sieyés)	565
Víctor García Toma (Perú)	
Valores, fines y principios constitucionales	617
Gerardo Eto Cruz (Perú)	
John Marshall y la Sentencia Marbury vs Madison	639
CLASICOS	
Sentencia Marbury contra Madison, según proyecto del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall	665

PRESENTACION

La aparición de una revista jurídica no deja de ser un suceso, frecuente en nuestro medio. Más aún, constituye moneda corriente a la que suele apelarse en cada oportunidad en que la voluntad o el interés sumados al entusiasmo por la investigación del Derecho, intenta materializar en la realidad el objetivo de canalizar opiniones e inquietudes hacia el público especializado o por lo menos, medianamente informado. Mantener sin embargo, la pervivencia de una publicación ya es otra cosa y tiene que ver con un compromiso bastante más complicado que, por cierto, trasunta lo meramente coyuntural o simplemente episódico.

En un contexto en que el factor económico o la carencia de infraestructura no son precisamente óptimos, o la participación personal desinteresada no es tampoco ni mucho menos permanente (salvo que se le vea desde una óptima estrictamente comercial), toda iniciativa como la señalada termina sucumbiendo a la larga. De allí lo especialmente significativo de apostar por la idea de continuidad y de que sea el mismo Tribunal Constitucional el que institucionalmente la asuma.

Sabido es que nuestro Colegiado no obstante desempeñarse como un órgano constitucional con funciones esencialmente jurisdiccionales, desde hace mucho ha estado empeñado en asumir retos distintos a los ubicados bajo tal que hacer. La periódica realización de *Talleres de Capacitación* a lo largo y ancho del país (con trece versiones hasta la fecha), la publicación sistematizada y ordenada de su Jurisprudencia (con cuatro volúmenes en circulación y dos en prensa), la reciente aparición de un compendio de *Legislación Procesal Constitucional*, son sólo algunas muestras del cometido que desde el inicio se ha trazado nuestra Institución con la intención de trascender su responsabilidad principal y velar por el cumplimiento de nuestra Norma Fundamental.

No es este, naturalmente, el lugar oportuno para precisar los alcances e importancia de todas estas tareas ni la diametral indiferencia con la que cierta prensa las acoge, tal vez motivada por ciertos apasionamientos de coyuntura que no es del caso aquí comentar. Más, como quiera que se trata, en este caso particular, de una revista que aspira a la permanencia, quisiéramos aprovechar la oportunidad para graficar con la presencia de este primer número, la idea que nos anima y que por cierto no es otra que la de practicar el más amplio pluralismo

de opinión. Quien revise sus páginas, no encontrará, como se pudiera especular, un conjunto de trabajos vinculados sólo al Tribunal Constitucional o a las tareas que este realiza. Mucho menos estudios de mérito estimativo respecto de las sentencias que este expide. Por el contrario, descubrirá un variado contenido temático y un enfoque absolutamente abierto, compatible con toda opinión por muy heterodoxa que aparezca. Su único límite es el de la materia, pues comprometidos con los que representa el Estado Constitucional de Derecho, no otra es la dirección que los mismos apuntan y por consiguiente la justificación de su propia nominación como *Revista Peruana de Derecho Constitucional*.

En esta oportunidad hemos contado con el concurso de un nutrido repertorio de especialistas tanto nacionales como extranjeros. Algunos de ellos no requieren presentación pues son de sobra conocidos por su vasta producción bibliográfica; otros, jóvenes investigadores que constituyen promisoría esperanza del pensamiento jurídico continental. A todos va nuestro profundo agradecimiento, pues con su esfuerzo hacen posible que el nivel de esta obra sea de primera y compromete a repetirlo o incluso a mejorarlo en la búsqueda de valores que faciliten el arte de gobernar conciliando la libertad con la autoridad.

Va también nuestro reconocimiento especial a todas las personas que de una o de otra manera han colaborado en la salida de este primer número. A mis colegas Magistrados Francisco Javier Acosta Sánchez, Guillermo Díaz Valverde y Ricardo Nugent, quienes coincidieron conmigo en la conveniencia de asumir esta tarea. A Alfredo Quispe Correa, distinguido constitucionalista y maestro universitario por sus acertadas sugerencias; a los doctores Edgar Carpio Marcos, Luis Saenz Dávalos y José Palomino Manchego por su diligencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas. Igualmente nuestra gratitud al señor Julian Sánchez De la Cruz de Distribuidora y Representaciones ENMARCE E.I.R.L., sin cuyo esfuerzo editorial no hubiese sido posible este proyecto.

El concurso de voluntades, la presencia de hombres urgidos por sus propios ideales, son causa material y agente de esta *Revista*; su misión su destino, su finalidad estarán en la generosa acogida del lector.

José García Marcelo
Director

COLABORAN EN ESTE NUMERO

HECTOR FIX ZAMUDIO

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (México).

GERMAN BIDART CAMPOS

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

JORGE CARPIZO

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de Derecho Constitucional en la UNAM (México).

FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Santiago de Compostela (España).

VICTOR MARTINEZ BULLÉ GOYRI

Investigador a tiempo completo y Secretario Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).

MANUEL BECERRA RAMIREZ

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México)

JOSE AFONSO DA SILVA

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Sao Paulo (Brasil)

RICARDO HARO

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

JAIME VIDAL PERDOMO

Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Externado de Colombia (Colombia).

JOSE A. DE OLIVEIRA BARACHO

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Sao Paulo (Brasil).

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA

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

JUAN CARLOS MORON URBINA

Asesor legal de la Contraloría General de la República (Perú).

LUIS SAENZ DAVALOS

Profesor de Derecho Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor del Tribunal Constitucional (Perú).

EDGAR CARPIO MARCOS

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima. Asesor del Tribunal Constitucional (Perú).

VICTOR GARCIA TOMA

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

GERARDO ETO CRUZ

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Trujillo (Perú).



ESTUDIOS



INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Héctor Fix-Zamudio

SUMARIO : I. Introducción. II. Derecho procesal constitucional. III. Derecho constitucional procesal. IV. Defensa de la Constitución y garantías constitucionales. V. Evolución de las garantías constitucionales. VI. Contenido del derecho procesal constitucional. A) Jurisdicción constitucional de la libertad. VII. B) Jurisdicción constitucional orgánica. VIII. C) Jurisdicción constitucional transnacional. IX. Derecho procesal constitucional mexicano. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

1. En los años que siguieron a la segunda posguerra, se ha presentado un intenso desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre uno de los temas de mayor trascendencia en el campo del derecho público de nuestra época, es decir, la materia que ha recibido las diversas denominaciones de defensa, control, justicia, jurisdicción y derecho procesal, todo ello con el calificativo de “constitucional”. Por supuesto que existen matices entre estos nombres, ya que, como veremos más adelante, la defensa constitucional comprende instituciones tanto sustantivas como instrumentales (ver infra párrafos 72-74). El control constitucional también es bastante amplio, puesto que abarca instrumentos jurídicos y políticos de resolución de conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, en tanto que jurisdicción constitucional es el concepto menos extenso, en cuanto comprende la decisión de dichos conflictos por medio de tribunales en sentido estricto. ¹ Sin embargo hasta hace poco tiempo se ha utilizado con mayor

(1) Cfr. García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F. (Compiladores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* Madrid, Dykinson, 1997.

frecuencia la denominación de “justicia constitucional”, que posee una amplitud intermedia.²

3. Lo cierto es que en la actualidad existe un amplio debate sobre la denominación que debe dársele a la disciplina científica que estudia los instrumentos establecidos en los diversos ordenamientos jurídicos para la resolución de los conflictos o controversias de carácter estrictamente constitucional, ya sea que dicha decisión se encomiende a tribunales especializados en sentido propio, o bien aquellos de mayor jerarquía o inclusive a los jueces ordinarios, al menos en sus primeras etapas. Para el destacado constitucionalista francés Louis Favoreu, uno de los más distinguidos cultivadores de esta materia, “un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”, y agrega, “Un tribunal supremo, o incluso la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son tribunales constitucionales”.³

4. Claro que esa discusión tiene carácter predominantemente metodológico, ya que las diversas denominaciones que hemos señalado anteriormente (ver supra párrafo 1) pueden utilizarse, y de hecho se utilizan, para comprender el análisis de los diversos instrumentos y órganos de solución de los citados conflictos constitucionales, pero consideramos que resulta conveniente acotar el estudio de esta materia, especialmente cuando se pretende precisar de manera sistemática los conceptos, principios e instituciones que conocen y resuelven dichos conflictos, es decir con un criterio científico. La disciplina que se ocupa del estudio de los órganos y de las normas procesales que deciden controversias de carácter constitucional es relativamente reciente, pues si bien han existido instrumentos e instituciones de resolución de este tipo de conflictos desde hace bastante tiempo si pensamos en la revisión judicial norteamericana, y los ordenamientos que se inspiraron en ella, no fue sino hasta los treinta de este siglo, cuando surgió la preocupación por su análisis científico, especialmente con motivo de la conocida controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el órgano “protector” o “defensor” de la Constitución.⁴

(2) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968. esp. pp. 12-18; Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, México, Facultad de Derecho. UNAM, 1987.

(3) *Los tribunales constitucionales*. Trad. de Vicente Villacampa. Barcelona, Ariel, 1994. p. 13.

(4) Cfr. Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución (Der Hutter der Verfassung)*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931. reimpresión en Madrid, Tecnos, 1983. con un

5. Tenemos la convicción de que el punto de partida más adecuado para ese análisis sistemático debe fundamentarse en la disciplina genérica conocida como “teoría o doctrina general”, del “proceso” o del “derecho procesal”, como una creación del llamado “procesalismo científico”, que surgió en Alemania y en Italia en la segunda mitad del siglo pasado y que ha evolucionado en forma impresionante hasta la actualidad, y que como lo señaló el notable procesalista italiano Salvatore Satta, contribuyó a reelaborar, en relación con el proceso, todos los grandes problemas de teoría general del derecho.⁵ Debido a la extensión de este trabajo no pretenderemos abordar las distintas concepciones sobre la teoría o doctrina general del proceso, o del derecho procesal, y únicamente partiremos de una noción preliminar, de acuerdo con la cual la concebimos como la sistematización de los conceptos, principios e instituciones comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, estudiadas de manera unitaria y que conforman las instituciones fundamentales de toda disciplina procesal. No desconocemos que en cada una de las ramas del extenso campo del derecho procesal existen matices y modalidades peculiares, pero que no contradicen los lineamientos generales.

6. También debemos estar conscientes que la independencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo es relativamente reciente, y que ese desprendimiento ha sido paulatino, comenzando por los derechos procesal civil y penal, y sólo posteriormente los derechos procesales administrativo, del trabajo, agrario, etcétera, y una de las ramas más modernas, si no es que debe considerarse la más actual, es precisamente el derecho procesal constitucional.

7. En la doctrina no existe consenso, sino por el contrario, un debate sobre el contenido de esta disciplina de carácter procesal. En efecto, algunos autores le dan una extensión muy amplia, ya que consideran que debe comprender el análisis de todas las normas fundamentales que regulan instituciones de carácter adjetivo. En esta dirección el destacado constitucionalista peruano Domingo García Belaúnde considera que abarca el estudio de las categorías procesales

excelente prólogo de Pedro de Vega García: Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*. trad. de Roberto J. Brie. Madrid, Tecnos, 1995 (del original publicado en alemán en 1931); con un estudio preliminar de Gasió, Guillermo, pp. IX-XLIII. Véase, además, Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

(5) “Della procedura civile al diritto processuale civile”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, marzo de 1964, p. 31.

insertas en la Carta Fundamental, y si bien se trata de una rama del derecho procesal, todavía no se deslinda por completo del derecho constitucional, y comprende el análisis de la jurisdicción, garantías, órganos todos ellos de naturaleza constitucional.⁶ Un criterio similar es el adoptado por el notable constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, quien sostiene que el derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal, muy vinculado a la jurisdicción constitucional, y que “sintéticamente es el que regula el proceso constitucional y tiene por objeto la materia constitucional”.⁷

8. El conocido tratadista argentino Osvaldo Alfredo Gozáini otorga al derecho procesal constitucional un ámbito todavía más extenso, pues no sólo comprende las llamadas garantías constitucionales, sino también las instituciones procesales reguladas por las normas fundamentales, entre ellas los derechos de acción y del debido proceso.⁸

9. En realidad, la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación que en ella existen entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa o implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y la otra en el constitucional (pero ambas en una situación de confluencia), lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos sectores de estudio, uno que podemos calificar como “derecho procesal constitucional” en sentido estricto, y otro “derecho constitucional procesal”, como lo señalaremos más adelante (véase infra párrafo 11).

10. Son varios los tratadistas, tanto del campo del derecho constitucional como del derecho procesal, que se adhieren a nuestro punto de vista de las dos disciplinas y entre ellos podemos mencionar al colombiano Ernesto Rey Cantor,⁹

(6) “Sobre la jurisdicción constitucional”, en la obra compilada por Aníbal Quiroga León, con el mismo nombre de *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, pp. 33-37.

(7) *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 257-260.

(8) *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995, pp. 77-89.

(9) *Introducción al derecho procesal constitucional (Controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Colombia, Universidad Libre, 1994, pp. 25-33. Este autor define el derecho procesal constitucional, como “un conjunto de normas jurídicas contenidas en la Constitución y la ley, que regulan las actuaciones y procesos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar la supremacía de la Constitución”, p.29.

y el peruano Elvito A. Rodríguez Domínguez. Este último considera que “el derecho procesal constitucional es aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales, que sirven para efectivizar el respeto de la jerarquía normativa que señala la Constitución y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la Carta Magna establece”.¹⁰

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

11. Debido a la diversidad de conceptos que existen sobre esta disciplina, haremos el intento de precisar tanto su estructura como su contenido, en la inteligencia de que únicamente pretendemos hacer más fácil la explicación, y no una separación rígida que sea rebasada por la realidad. En primer lugar debemos de partir de la idea de que existen dos disciplinas que hemos denominado “derecho procesal constitucional” y “derecho constitucional procesal” como lo señalamos anteriormente. Aun cuando dichos nombres parecen un juego de palabras como lo considera Domingo García Belaúnde.¹¹ No lo es, porque la primera es un sector del derecho procesal y la otra del constitucional, aun cuando ambas son estudiadas por cultivadores de las dos ramas de las ciencias jurídicas, debido a su carácter limítrofe, pero no poseen el mismo contenido, sino diferente, aun cuando tengan su fuente en las normas constitucionales.

12. En efecto, el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual (ver infra párrafo 74), es decir los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.¹² De manera distinta el que se puede calificar como “derecho constitucional procesal” examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad,

(10) *Derecho procesal constitucional*. Lima, Grijley, 1997, pp. 9-31, esp. p. 17.

(11) “Sobre la jurisdicción constitucional”, cit. supra nota 6, p. 36, autor que sostiene que aparte de parecer un juego de palabras daría a entender la existencia de dos disciplinas con un mismo objeto.

(12) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit. *Supra* nota. 2, pp. 17-18.

algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.¹³

13. Como las dos disciplinas que hemos mencionado tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales, ambas se entrecruzan de manera constante, por lo que deben considerarse como estudios de frontera y de confluencia, lo que requiere de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas. Debido a lo anterior, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobó como la primera de sus conclusiones, la recomendación de que : “Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial.”¹⁴

14. Para concentrarnos en el derecho procesal constitucional, debemos recordar la aclaración de que los instrumentos y órganos de solución de controversias constitucionales son muy anteriores a su análisis científico, que es relativamente reciente. Algunos autores cuestionan,¹⁵ la afirmación del ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en el sentido de que el fundador de esta disciplina lo fue el notable jurista austríaco Hans Kelsen.¹⁶ Hemos sostenido anteriormente (ver supra párrafo 4) que las instituciones y organismos de solución de conflictos constitucionales son muy anteriores a su estudio sistemático, y para ello podemos invocar la revisión judicial norteamericana que se consolidó

(13) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, en el libro del mismo autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, la reimpresión, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 357-358.

(14) En el volumen *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, p. 201.

(15) Especialmente Sagués, Néstor Pedro, en el capítulo I. “Derecho procesal constitucional”, en su libro *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, tomo I, p. 11, quien considera que si el derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos “procesos constitucionales” de hábeas corpus, amparo “Writ of error” y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, “resultaría desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería”.

(16) *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3º ed. México, UNAM, p. 215.

en los primeros años del siglo XIX, especialmente con el conocido caso Marbury versus Madison, resuelto por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos y redactado por su presidente John Marshall en el año de 1803.¹⁷ La paternidad de Kelsen en cuanto a la nueva disciplina, sin ser un cultivador del procesalismo científico, no se debe a la promoción para el establecimiento de la Corte Constitucional en la Constitución Austríaca de 1920 (con lo cual se le considera, además, el fundador del sistema de control constitucional calificado como “austríaco” o constitucional europeo), sino por haber establecido los lineamientos, principios e instituciones del derecho procesal constitucional, en sus aspectos genéricos, que con anterioridad, salvo casos aislados, no se había estudiado de manera sistemática.¹⁸

15. No existe, en nuestro concepto, duda sobre el encuadramiento de la ciencia del derecho procesal constitucional en el campo del derecho procesal, y por ello estamos de acuerdo con el destacado jurista español Jesús Gonzáles Pérez, cuando sostiene que “que sólo empleando la técnica propia del derecho procesal podrán replantearse correctamente y en consecuencia, resolverse felizmente, los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso constitucional”.¹⁹

16. Desde el punto de vista genérico, observamos que existen dos sistemas de solución de conflictos constitucionales, ya que tradicionalmente, y en especial a partir de la Revolución francesa, los jueces, considerados como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, no estaban facultados para desaplicar las propias disposiciones que se consideraban contrarias a los preceptos de carácter constitucional (lo que les estaba prohibido de manera expresa), y así se desvirtuó el principio jurídico de la supremacía de la Constitución Política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, y se le confirió un simple valor político, que debía tutelarse por instrumentos y órganos también de naturaleza política. Por lo contrario, en la Carta Fundamental de los

(17) La traducción al castellano, de esta clásica sentencia puede consultarse, en Revista Mexicana de Derecho Público. México, 1957, pp. 331-343; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 80-89.

(18) Esta construcción doctrinal se inició con el clásico estudio del propio fundador de la Escuela de Viena, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). En Revue de droit public et de la science politique en France et à l’etranger, París, 1928, pp. 52-143: publicado posteriormente en *Annuaire del’ Institute de Droit Public*, 1929, pp. 52-143; este último traducido al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en *Anuario Jurídico*. I. México, UNAM. 1974, pp. 471-515.

(19) *Derecho procesal constitucional*. Madrid, Civitas. 1980, pp. 50-51.

Estados Unidos de 1787, y con precedentes en la legislación de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario, desarrollado después por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por el cual los jueces de todas las categorías poseen no sólo la atribución sino también la obligación de desaplicar, en los procesos concretos de los cuales conocen, las disposiciones legales que consideren contrarias a la Constitución Federal.²⁰

17. De esta manera se han desarrollado dos sistemas diversos. En el primero denominado austriaco o continental europeo, se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad,²¹ debido a la influencia determinante de Juan Jacobo Rousseau, quien postuló la supremacía del órgano legislativo como representante de la voluntad general,²² y de Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, el cual consideraba al juez como un aplicador mecánico de la ley.²³

18. El otro modelo que podemos calificar como americano, no sólo por haber surgido en los Estados Unidos, sino por ser el que ha predominado en el continente americano desde Canadá hasta Argentina, aun cuando con varias modalidades. De acuerdo con este paradigma, todos los jueces y tribunales, pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, especialmente respecto de las disposiciones legislativas. En América Latina, por influencia del ordenamiento constitucional norteamericano se ha impuesto con algunas excepciones, la facultad de los jueces ordinarios, o al menos algunos de ellos, para conocer y decidir las cuestiones de constitucionalidad.²⁴

19. Si pretendemos presentar una visión esquemática de este sistema llamado americano, podemos afirmar que sus elementos consisten en la facultad al órgano

(20) Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980.

(21) Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en América Latina", en su libro *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, ver *supra*, nota 13, 1997, pp. 67-68.

(22) *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, Buenos Aires, Los Libros del Mirasol, 1961, pp. 177-178, libro II, capítulo VI.

(23) *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estevénez y Matilde Huici, Buenos Aires, El Ateneo, 1941, p. 209, libro XI, capítulo VI).

(24) Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Contemporary World*. Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merryl, 1971, pp. 36-40; Id., *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 57-97. Eder, Phanor J., "Judicial Review in Latin America", en *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 571-572; Grant, J.A.C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, México*, UNAM, 1963, cuyo subtítulo es precisamente: "Una contribución de las Américas a la ciencia política".

judicial en su conjunto, sin importar su jerarquía, para resolver las cuestiones de constitucionalidad, por lo que se ha calificado como difuso, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como “vía de excepción”, pero que los procesalistas italianos han denominado, con mejor técnica como “cuestión prejudicial”,²⁵ si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea.

20. El segundo modelo, que como hemos afirmado, recibe la denominación de austriaco o continental europeo (por la influencia que ha tenido sobre los tribunales constitucionales europeos), se caracteriza por encomendar a un órgano especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional, cuya naturaleza todavía se debate (aun cuando en lo personal consideramos que realiza funciones jurisdiccionales),²⁶ para decidir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos de autoridad, cuestiones que no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios, ya que deben plantearse en la vía principal por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional o en forma indirecta por los jueces o tribunales que carecen de la facultad para resolver sobre la constitucionalidad de las disposiciones aplicables, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales o erga omnes, es decir implica la ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad, o en el plazo que fije el propio tribunal constitucional.²⁷

21. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, si se examinan en forma abstracta las dos categorías, sistemas o modelos examinados, en cada una de ellos descubrimos que teóricamente contiene las características contrarias del otro como lo puso de relieve de manera penetrante el notable procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente *difuso, incidental, especial*

(25) Cfr. Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Milano. Giuffrè, 1957, pp. 50-59.

(26) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, en el libro del propio autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, cit. *supra* nota 13, pp. 37-47.

(27) Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit. *supra* nota 24, pp. 85-96.

y *declarativo*, y a la inversa, el que dicho tratadista califica como “autónomo”, es decir el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.²⁸

22. En la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austriaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, y así han surgido los llamados “sistemas mixtos”, que como veremos más adelante, se han introducido de manera creciente en América Latina.²⁹

23. El paradigma del órgano jurisdiccional especializado establecido por la Constitución austriaca de 1920 (cuya Corte Constitucional fue suprimida en 1934, pero restablecida en 1945, al terminar la segunda guerra mundial), tuvo repercusión en la primera posguerra, e inclusive se le adelantó unos meses a la Carta Constitucional de Checoslovaquia de 29 de febrero de 1920 (la Constitución austriaca se promulgó el primero de octubre de ese mismo año), la que también introdujo una Corte Constitucional, y además debe citarse el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución española republicana promulgada en diciembre de 1931.³⁰

24. En la segunda posguerra el modelo de la Carta federal austriaca y su Corte Constitucional se extendió de manera considerable, si se toma en consideración que, además del tribunal especializado austriaco, que como se ha dicho fue restablecido en 1945, se crearon tribunales o cortes constitucionales en las cartas fundamentales de Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961-1982); en la antigua Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1966-1982); España (1978); Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje), y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que se inició como un órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.³¹

(28) “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, en *Opere Giuridiche*, del mismo autor. Napoli, Morano, 1968, tomo III, p. 350.

(29) Cfr. Brewer Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 264-326.

(30) Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918-1939), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 232-419.

(31) Cfr. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit. *supra* nota. 3, pp. 43-136; Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París. Montchrestien, 1992, pp. 51-156.

La materia de conocimiento de dichos tribunales es muy amplia, pues deciden conflictos de competencia y de atribución entre los diversos órganos políticos, así como controversias entre las entidades centrales y regionales o federativas especialmente en cuanto la constitucionalidad de preceptos legislativos, pero una de sus atribuciones más importantes ha consistido en la protección de los derechos humanos, tanto los consagrados en las cartas fundamentales como en los tratados internacionales.³²

25. En años recientes el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del este, que anteriormente seguían el modelo soviético, por medio de reformas o expedición de nuevas cartas fundamentales en Polonia (1982-1986) y la nueva Constitución de 1997; Hungría (1989); Bulgaria y Rumania (1991); Checoslovaquia (1991-1992), ahora dividida en las Repúblicas Checa y Eslovaca (1993).³³ Inclusive en la República Federativa rusa, formada al desaparecer la Unión Soviética, se introdujo en octubre de 1991 una corte constitucional que tuvo una actuación importante como tribunal de conflictos entre el Parlamento y el presidente Yeltsin (1993). En la nueva Constitución de la Federación rusa, aprobada por referéndum el 12 de diciembre de 1993, se consolida la Corte Constitucional (artículo 125).³⁴ También las Constituciones sudafricanas provisional de 1994 y definitiva de 1997, establecieron una corte constitucional, la que entre otras importantes actividades formuló un dictamen sobre el proyecto de la última Carta mencionada.

26. Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema

(32) Cfr. Favoreu, Louis (editor), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales* Trad. de Luis Aguilar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985.

(33) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. "Estudio preliminar", a la traducción castellana de la obra de Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*. México, FCE, 1996, pp. 26-28; Bartole, Sergio y otros, "Transformazione costituzionali nell'Este europeo", en *Quaderni costituzionali*. Padua, Il Mulino, diciembre de 1992, pp. 383-597; Háberle, Peter, "Constitutional Developments in Eastern Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory", en *Law and State*. vol. 46, Tübingen, 1994, pp. 66-67.

(34) Cfr. Beliavev, Sergei, "The Evolution of Constitutional Debates in Russia in 1992-1993. A Comparative Review", en *Review of Central and East European Law*, núm. 3, 1994, pp. 305-319; Gélard, Patrice, "La actualité constitutionnelle en Russie (novembre 1993-janvier 1994)", en *Revue Francaise de Droit Constitutionnelle*, núm. 17, 1994, pp. 185-186; Becerra Ramírez, Manuel, *La constitución rusa de 1993*, México, UNAM, 1994, pp. 11-13.

Federal de los Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada certiorari, introducida en el año de 1925,³⁵ pero se ha convertido en un verdadero tribunal constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente),³⁶ de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.³⁷

27. Otro ejemplo que podemos señalar es la introducción en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales ha predominado, al menos hasta hace pocos años, el modelo americano de control difuso, de la declaración general de inconstitucionalidad en las resoluciones del órgano más elevado del poder judicial, por medio de la llamada “acción popular de inconstitucionalidad”, por medio de la cual cualquier persona, sin acreditar interés jurídico directo, puede acudir ante las Cortes Supremas de Colombia (a partir de la Carta de 1991, ante la Corte Constitucional), Venezuela, El Salvador y Panamá, para solicitar la declaración con efectos generales, de disposiciones legislativas (en Colombia inclusive reformas a la Carta fundamental, pero sólo por vicios de forma).³⁸ En otros ordenamientos latinoamericanos, como Costa Rica, inclusive antes de la reforma constitucional de 1989, que introdujo la Sala Constitucional, así como en los ordenamientos de varias provincias argentinas, sin admitir la acción popular, han conferido efectos generales a las declaraciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas.³⁹

(35) Cfr. Perry, H.W., “Writ of Certiorari”, en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, 1992, pp. 131-133.

(36) Cfr. Walker, Thomas G., “Precedent”, en la obra mencionada en la nota anterior, p. 663.

(37) La bibliografía en esta materia es muy amplia, por lo que nos limitamos a citar la obra reciente del conocido jurista norteamericano Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2ª. Ed., Minola-New York, Foundation Press, 1988, pp. 23-208.

(38) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 136-140, y la bibliografía allí citada.

(39) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en Latinoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11,

28. Pero donde se advierte con mayor claridad la influencia directa del modelo europeo continental es la introducción reciente en los ordenamientos latinoamericanos, de organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos o controversias constitucionales, pero sin abandonar la existencia paralela del control difuso con efectos particulares en los procesos concretos, pues no se prohíbe a los jueces ordinarios pronunciarse sobre cuestiones constitucionales en los casos individuales, con lo cual se conservan aspectos esenciales del paradigma americano. Entre los ordenamientos que han incorporado cortes o tribunales constitucionales especializados, podemos mencionar: a) la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, creada como un organismo temporal para conocer de ciertos instrumentos de control constitucional en la Carta de 1965, pero consolidada como un sistema permanente en la Ley Fundamental de 1985; b) en Chile se introdujo el Tribunal Constitucional, en la reforma de 1970 a la Carta de 1925, fue suprimido por el golpe militar de 1973, y restablecido por el mismo gobierno castrense en la Constitución de 1980, modificada por el prebiscito de 1989, que restableció el gobierno democrático; c) y d) en las Cartas de Ecuador (1948) y de Perú (1979), se establecieron los Tribunales de Garantías Constitucionales, aun cuando con lineamientos imprecisos en el primer ordenamiento. Ambos organismos fueron transformados en Tribunales Constitucionales, en la reforma constitucional de 1996, en el caso de Ecuador, y en la nueva Ley Fundamental peruana de 1993, respectivamente; f) se introdujo la Corte Constitucional en la Carta Colombiana de 1991, y g) el Tribunal Constitucional en las reformas de agosto de 1994 a la Ley Fundamental de Bolivia de 1967. Además, se han creado Salas Constitucionales en las Cartas de Costa Rica de 1949, reformada en 1989; de El Salvador de 1983, modificada en 1991, y en la nueva Ley Fundamental del Paraguay de 1992.⁴⁰

29. Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano se han efectuado dos reformas a la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917, que han incorporado elementos del modelo europeo continental, los que han conducido a la

septiembre-diciembre de 1979, reproducido en el libro del mismo autor *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 339-392.

(40) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina", en *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*. México, UNAM, 1995, pp. 59-74; La Roche, Humberto J., "Cortes y Salas Constitucionales en América Latina", en la obra *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Asociación Venezolana de Derecho Constitucional-Editorial Panapo, tomo II, pp. 875-888.

conformación de un tribunal constitucional especializado pero con la denominación anterior de Suprema Corte de Justicia. En efecto, en las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se modificó el sistema anterior por medio del cual la citada Suprema Corte funcionaba de manera predominante como tribunal de casación y se le encomendó la última instancia de los juicios de amparo y de otras controversias de carácter constitucional, y se trasladaron a los tribunales colegiados de circuito, introducidos en 1951, y cuyo número había aumentado de manera considerable, la decisión de los juicios de amparo en los cuales se planteaban cuestiones de legalidad.⁴¹ El 31 de diciembre de 1944, se realizó otra sustancial reforma judicial, que dio un paso adelante en esta misma dirección, ya que redujo el número de magistrados de la Suprema Corte, de 21 numerarios y cinco supernumerarios, a sólo 11, es decir con una mayor proximidad a la integración de los tribunales y cortes constitucionales contemporáneos, y además de ampliar de manera considerable el contenido de las llamadas controversias constitucionales reguladas por el artículo 105 constitucional, que ahora comprende también los llamados “conflictos de atribución,”⁴² pero además se introdujo la acción abstracta de inconstitucionalidad contra las disposiciones legislativas ya promulgadas, las cuales ahora pueden ser impugnadas en sus distintos niveles por el treinta y tres por ciento de los integrantes de los respectivos órganos legislativos, así como por el Procurador General de la República, instrumento inspirado en varios ordenamientos europeos con el objeto de proteger a las minorías parlamentarias,⁴³ y por medio de una nueva reforma constitucional de agosto de 1996, este medio de impugnación se extendió a las leyes electorales, pero éstas sólo pueden ser combatidas por las dirigencias de los partidos afectados. Las mencionadas reformas de 1994 y 1996 fueron reglamentadas por las Leyes, Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, y Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicadas los días 11 y 25 de febrero de 1995.⁴⁴

(41) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, en los libros *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, y en *Las reformas constitucionales de la renovación nacional*, ambas obras publicadas en México, Porrúa 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente.

(42) Cfr. Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1992, pp. 31-70.

(43) Cfr. Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale ed opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli Editori, 1992.

30. La simple descripción anterior nos proporciona una idea de la trascendencia que ha asumido el derecho procesal constitucional en nuestra época, ya que el análisis de los diversos instrumentos o garantías de solución de conflictos o controversias constitucionales ha ocupado la atención tanto de los constitucionalistas, pero de manera creciente, la de los procesalistas de nuestra época. Además, la doctrina española y latinoamericana que hemos señalado anteriormente, ha utilizado esa denominación, la que adquiere cada vez mayor difusión entre los tratadistas contemporáneos, los que como hemos señalado con anterioridad (ver supra párrafo 2), habían utilizado con mayor frecuencia los nombres de justicia o jurisdicción constitucional para referirse a la propia disciplina. Por otra parte, se han creado cátedras en varias universidades de Latinoamérica con esa denominación de derecho procesal constitucional, y también se inicia la utilización de ese nombre por la doctrina alemana.⁴⁵

31. De acuerdo con lo que hemos expuesto con anterioridad, podemos describir el derecho procesal constitucional como la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos. Estos instrumentos también pueden calificarse como garantías constitucionales, en su concepción, actual, ya que éstas han tenido un desarrollo histórico que examinaremos con posterioridad (ver infra párrafos 75-85).

(44) Cfr. Carpizo, Jorge; Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, "La jurisdicción constitucional en México", en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 1, pp. 771-778; Arteaga Nava, Elisur, "Las nuevas facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en la obra coordinada por Mario Melgar, *Reformas al Poder Judicial*. México, 1995, pp. 71-94; García Castillo, Tonatiuh, *La defensa de la Constitución. El artículo 105 y el juicio constitucional*, México, Editorial ASBE, 1997, pp. 115-121; Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, "El artículo 105 constitucional", en *La actualidad de la Defensa de la Constitución*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, 1997, pp. 297-308, Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*. México, Porrúa; 1997, Fix Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", en *Ars Juris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México, núm. 13, especial sobre reforma judicial. México, 1995, pp. 114-123; Cossío Díaz, José Ramón, "Similitudes y diferencias entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad", en la obra coordinada por este autor y Luis M. Pérez de Acha, *La defensa de la Constitución*. México, Fontamara, 1997, pp. 65-79, entre otros.

(45) Cfr. Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht* (Derecho procesal constitucional), 3ª ed. Munchen, C.H. Beck, 1991.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

32. Esta disciplina, como se señaló anteriormente (ver supra párrafo 9) se ocupa del estudio de las instituciones o de las categorías procesales establecidas por la Constitución. Así como establecimos que el estudio de la ciencia de frontera del derecho procesal constitucional fue iniciada en sus lineamientos teóricos por el pensamiento de Hans Kelsen, de la que ahora nos ocupamos comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture.⁴⁶ Podemos afirmar sin exageración que regulación constitucional de estos instrumentos se ha desarrollado de manera excepcional en los últimos años, ya que las cartas más recientes dedican de manera creciente disposiciones sobre la regulación de los principios básicos del derecho procesal, que ya no se concentran, como ocurría tradicionalmente, en la organización judicial y en el debido proceso legal, sino que también comprenden, entre otros aspectos, los derechos esenciales de las partes, y en general de los justiciables, y algunos de estos lineamientos se sitúan dentro de los capítulos sobre derechos fundamentales.

33. Por otra parte, debe considerarse que esta nueva rama del derecho constitucional es una disciplina estrechamente vinculada con el procesalismo científico, y en este sentido nuestro enfoque debe ser forzosamente provisional, puesto que no se han desarrollado de manera suficiente los estudios jurídicos sobre este sector. Con esta advertencia, es posible establecer tres aspectos esenciales : A) jurisdicción; B) garantías judiciales, y C) garantías de las partes.

34. A) Sobre la jurisdicción afirmó el destacado procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que debido a su situación de confluencia, no se sabe con precisión su encuadramiento, ya sea en la ciencia del derecho procesal o en la del derecho constitucional, en virtud de que esta institución debe ser

(46) Cfr. "Las garantías constitucionales en el proceso civil", en la obra colectiva *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 153-213; Liebman, Enrico Tullio, "Diritto, costituzione e processo civile", en *Rivista di diritto processuale*. Padova, 1952; pp. 327-332, trad. castellana; "Derecho constitucional y proceso civil", en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudios que comentan las ideas de Couture; Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348; Id., "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en el volumen del mismo nombre. México, UNAM, 1977, pp. 10-13.

analizada desde los dos ángulos y perspectivas, y consideró que para el constitucionalista la jurisdicción es una de las tres funciones del Estado, y para el procesalista es una actividad del propio Estado que se imparte por medio del proceso. El mismo tratadista español señaló con agudeza que los constitucionalistas han analizado la jurisdicción desde el punto de vista estático, es decir, como una emanación o atributo de la soberanía del Estado, mientras que el enfoque procesal la examina desde el ángulo dinámico si se toma en cuenta la correlación de la propia jurisdicción con el proceso.⁴⁷

35. Sólo para contar con un punto de apoyo para determinar la naturaleza de la institución, partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la jurisdicción es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.⁴⁸

36. Éste es el aspecto externo o formal de la jurisdicción, puesto que dicha actividad pública se ha transformado de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a las propias normas legislativas por medio de su interpretación e integración en los casos concretos de que conocen los tribunales, y de esta manera adaptan constante y dinámicamente los propios principios normativos a los cambios cada vez más acelerados de las sociedades contemporáneas. Además, cuando los jueces deben resolver los conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones y principios establecidos en las cartas fundamentales, su función, además de dinámica, es de carácter político, en sentido técnico, puesto que participan en las decisiones de los otros órganos del poder.⁴⁹

(47) Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su libro *Estudios de teoría general e historia del procesos* (1945-1962), 2ª ed. México-UNAM, 1992, tomo I, pp. 29-60; Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 15-112; Id., "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, I, 1984, pp. 19-47; Rigano, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*. Padua. Cedam, 1982.

(48) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en el libro del propio autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 1ª reimpression. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 358-359.

(49) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. México, FCE, 1996, pp. 30-31.

37. B) Garantías judiciales. Por ellas debemos entender el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además, un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio. En este sentido puede invocarse lo establecido por los artículos 14, primer párrafo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1966; 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, así como el 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En todos estos instrumentos se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser escuchado públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial y establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones.⁵⁰

38. Entre dichas garantías judiciales podemos señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura, relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.⁵¹

39. a) Estabilidad. Como tal debe entenderse el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y magistrados, ya sea por un período determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en un motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la inamovilidad, la que significa que el juez o magistrado una vez designado permanece indefinidamente en sus funciones hasta su retiro forzoso a una edad determinada, e inclusive en algunos ordenamientos el cargo es vitalicio (como por ejemplo, el de los magistrados de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos). En las legislaciones angloamericanas se ha establecido un principio que ha tenido influencia en

(50) Cfr. Robertson. A.H., "Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas. Convención Americana y Convención Europea sobre derechos humanos. Estudio comparativo", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*. México, UNAM, 1983, pp. 150-157.

(51) Cfr. Almagro Nosete, José. *Constitución y proceso*. Barcelona. Bosch, 1984, pp. 80-86.

Latinoamérica, conforme al cual el desempeño de los cargos judiciales está sometido a la condición de que los miembros de la judicatura observen buena conducta (*good behavior*).

40. b) Remuneración. Éste ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y magistrados perciben sueldos proporcionalmente inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos (lo cual está relacionado con la concepción tradicional acerca del carácter secundario y mecánico de la función judicial).⁵²

41. Aun cuando la remuneración insuficiente es un fenómeno general en los países del continente europeo y particularmente en Latinoamérica, con excepción de los ordenamientos angloamericanos, en los cuales predomina una remuneración adecuada a la importancia esencial que han atribuido a los tribunales. En nuestra región la situación es más aflictiva, por lo que se ha ensayado la implantación de instrumentos que atenúen o inclusive superen esta situación de inferioridad económica. En esta dirección podemos señalar a varios preceptos constitucionales que consagran un porcentaje mínimo del presupuesto nacional para el organismo judicial. Como ejemplos se pueden citar los artículos 177 de la Constitución de Costa Rica, 238 de la Carta del Perú de 1979;⁵³ 123 de la Ley Fundamental de Guatemala de 1985, y 205 de la Constitución paraguaya de 1992. Dichos preceptos instituyeron respectivamente, 6, 2, 2 y 4% del presupuesto general que debe entregarse al poder judicial.⁵⁴

42. También en este sector económico debe destacarse el principio consagrado en el artículo 3º, sección primera de la Constitución Federal de los Estados

(52) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. cit. *supra* nota 49, pp. 32-33.

(53) Sin embargo el artículo 145 de la Carta vigente de 1993, que es el equivalente al citado 238 de la Constitución anterior de 1979, suprimió el citado porcentaje del presupuesto.

(54) Por lo que se refiere a nuestro país debe destacarse que en la Cuarta Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana, celebrada el 8 de junio de 1972 en la ciudad de México, se propuso el establecimiento de un porcentaje no menor de uno por ciento de los egresos totales que cada año figuren en el presupuesto federal, para que se atribuya al Poder Judicial de la Federación, cuyo manejo debía atribuirse a la Suprema Corte de Justicia. en *Memoria de la IV Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana*. México, 1972, p. 55. Es justo reconocer que el presidente Miguel de La Madrid propuso y obtuvo del Congreso de la Unión, que se elevaran sustancialmente los ingresos de los miembros del Poder Judicial federal, al aprobar el presupuesto respectivo.

Unidos, en el cual se dispone que los jueces federales recibirán una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante su encargo.⁵⁵

43. Como una situación significativa a este respecto se puede destacar una sentencia de la Corte Suprema argentina, pronunciada el 18 de noviembre de 1985, por la cual se declaró fundada la acción de amparo que promovieron varios jueces federales contra las autoridades hacendarias, por considerar que no se respetaba el principio de no disminución de los ingresos a los miembros del Poder Judicial federal consagrado por el artículo 96 de la Carta argentina, inspirado en el precepto mencionado de la Constitución norteamericana. La Corte señaló que la intangibilidad de los sueldos de los jueces era garantía de independencia del Poder Judicial, de modo que cabía considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, de manera similar a las que preservaban a las cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios del organismo ejecutivo. Por otra parte, el más alto tribunal argentino estimó que dicha intangibilidad de la remuneración comprendía la conservación del poder adquisitivo de la misma, y no exclusivamente su valor monetario formal, a causa del envilecimiento o degradación de las retribuciones judiciales producidas por la inflación, que en esa época podía considerarse como galopante.⁵⁶

44. c) Responsabilidad. Ésta puede entenderse desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones y, en una dimensión más amplia, también puede incluir la responsabilidad procesal, en la medida que los miembros de la judicatura gozan de atribuciones para la dirección del proceso; y finalmente, la responsabilidad de carácter político, cuando dichos juzgadores intervienen en los instrumentos de justicia constitucional.⁵⁷

(55) Esta disposición ha sido incorporada en varias constituciones latinoamericanas. Por lo que se refiere a México, el séptimo párrafo del artículo 94 de la Carta federal en su texto vigente dispone: "La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados del Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, *no podrá ser disminuida durante su encargo.*"

(56) Cfr. Rivas, Adolfo Armando, "Hacia un replanteamiento del amparo como instituto de defensa de jueces y magistrados", en *Doctrina Judicial. La Ley*. Buenos Aires, 12 de diciembre de 1986.

(57) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La responsabilidad de los jueces en el derecho mexicano", en *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*. México, UNAM, 1984, pp. 59-117.

45. Debido a la brevedad de este trabajo, sólo haremos referencia a la responsabilidad en sentido propio, que también abarca varios aspectos: patrimonial, administrativa o disciplinaria y penal. La de carácter patrimonial se ha entendido tradicionalmente como el pago de los daños y perjuicios ocasionados a las partes o terceros por una conducta negligente o de ignorancia inexcusable del juzgador, que debía cubrir directamente el funcionario judicial responsable con fundamento en una sentencia pronunciada en un proceso civil ordinario a instancia del afectado. Este concepto ha cambiado de manera radical en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, en los cuales, con independencia de la responsabilidad personal de los miembros de la judicatura, se ha transformado en obligación objetiva del Estado de resarcir a los gobernados por los daños y perjuicios que sufran debido a una defectuosa prestación del servicio público jurisdiccional, y tal obligación forma parte de la institución genérica de responsabilidad patrimonial del Estado por la deficiencia o errores en la prestación de los servicios públicos.

46. Como sería muy complicado proporcionar un panorama comparativo de los instrumentos establecidos por las constituciones contemporáneas, inclusive varias latinoamericanas, acerca de la responsabilidad del Estado en la impartición de la justicia, acudimos al ejemplo de un precepto con ámbito muy extenso, es decir, el contenido en el artículo 121 de la Constitución española de diciembre de 1978, de acuerdo con el cual: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración (en realidad, impartición) de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.”⁵⁸

47. La responsabilidad administrativa o disciplinaria implica la vigilancia permanente de la actividad de los jueces y magistrados, y se traduce en la imposición de sanciones, tales como la amonestación, la suspensión e inclusive la destitución en casos graves. En esta materia también se ha producido una evolución, ya que este tipo de sanciones correspondía tradicionalmente a autoridades administrativas, como los ministros o secretarías de justicia, y en la actualidad se encomiendan a los tribunales de mayor jerarquía, de acuerdo con el modelo angloamericano, pero también a órganos disciplinarios o a los llamados Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, que surgieron en la segunda

(58) Cfr. entre otros, Rebollo, Luis Martín. *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 119-182.

posguerra en los ordenamientos de Europa continental, como Francia, Italia, España y Portugal, y se han extendido a numerosos países latinoamericanos, inclusive el ordenamiento mexicano, de acuerdo con la reforma constitucional de diciembre de 1994, que regula dicha institución en el artículo 100 de la Carta federal, precepto que señala que al Consejo de la Judicatura Federal le corresponde “La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación....”. Consejos similares se han establecido en el Distrito Federal y en varias entidades federativas.⁵⁹

48. La responsabilidad penal es la de mayor gravedad, pues implica la imposición de sanciones criminales por conductas que no sólo lesionan de manera grave la prestación del servicio, sino que en ocasiones configuran delitos comunes u oficiales. Aun cuando este tipo de comportamiento judicial no es frecuente, de cualquier modo los instrumentos represivos se otorgan también en beneficio de los jueces y magistrados en cuanto implican la necesidad de un juicio previo (antejuicio), o bien un proceso de carácter político, que asume varias modalidades según se trate de delitos comunes o de infracciones graves cometidos por los funcionarios judiciales con motivo de sus actividades públicas. En tal virtud, no se puede someter directamente a un proceso penal a los jueces o magistrados sin que con anterioridad se hubiese autorizado su enjuiciamiento por los tribunales superiores o por otros órganos del Estado.

49. *Autoridad*. Implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones, así como con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de éstas. La misma autoridad del juzgador puede entenderse en sentido moral, en virtud de que no en todos los países se les otorga reconocimiento social por la importante labor que realizan. Es comprensible que este reconocimiento sea mayor en los países que siguen la tradición angloamericana del common law, por la función esencial que se atribuye a la jurisprudencia judicial para la integración del ordenamiento jurídico.

50. En sentido propio, los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias, que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos, para imponer sus decisiones a las partes o a terceros. Son varias las constituciones contemporáneas que establecen la obligación de

(59) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 3. México, UNAM, 1996; Fix-Zamudio, Héctor. *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*. México, Consejo de la Judicatura Federal, 1997; Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, 2ª ed. México. Porrúa, 1997.

las autoridades públicas de otorgar auxilio a los tribunales en la ejecución de sus fallos. Entre otros, podemos citar los artículos 209 de la Constitución de Venezuela de 1961, el mismo número de la portuguesa de 1976-1982, el 313 de la de Honduras de 1982 y el 202 de la Carta paraguaya de 1992.

51. El sector que implica mayores problemas es el relativo a la ejecución de las resoluciones y sentencias dictadas por los tribunales ordinarios o especializados cuando implican una condena para las autoridades, y en especial si esa condena significa una reparación económica, puesto que existe generalmente una resistencia para su cumplimiento espontáneo. Además, deben considerarse los diversos privilegios que corresponden a dichas autoridades, entre ellos la imposibilidad del secuestro de bienes para forzar dicho cumplimiento. Por este motivo llega a hablarse de la inejecución de las sentencias administrativas.⁶⁰

52. C) Garantías de las partes. Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Sus lineamientos esenciales se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la acción procesal y a la defensa o debido proceso se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales (con mayor amplitud por lo que respecta a la materia penal que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal). Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

53. a) Acción procesal. El derecho de acción se consideró tradicionalmente, a partir del derecho romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso. Sin embargo, gracias a las aportaciones de los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se reconoció a la acción la naturaleza de un derecho autónomo, diverso del derecho sustantivo, con carácter abstracto, como derecho subjetivo público que corresponde a todo gobernado de solicitar del Estado la prestación jurisdiccional, puesto que se prohíbe, salvo casos excepcionales, el ejercicio de la autodefensa. Las cartas fundamentales recogieron esta concepción, con lo cual se constitucionalizó esta institución como un derecho fundamental de la persona

(60) Cfr. González Pérez, Jesús, "La inejecución de las sentencias administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436; García de Enterría, Eduardo y otros, núm. 209 de *Documentación Administrativa*, dedicado al tema *La ejecución de sentencias condenatorias de la administración*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-abril de 1987.

humana. Pero este mismo derecho autónomo de carácter constitucional ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización del derecho, aun cuando en ocasiones no se advierte con claridad en los textos constitucionales.

54. En efecto, en la concepción tradicional, el derecho de acción, consagrado en las cartas fundamentales de carácter clásico, era caracterizado como derecho del individuo de exigir del Estado la prestación jurisdiccional; su significado era puramente técnico, conforme al enfoque individualista y liberal de la igualdad formal de los gobernados, sin considerar “los obstáculos del orden económico y social (podemos agregar también los políticos y culturales) que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana”, según lo dispuesto por el artículo 3º de la Constitución italiana de 1948; obstáculos que en el campo del derecho procesal entorpecen, en un sentido, la real participación de los justiciables, y por el otro, impiden la eficacia del proceso.

55. Los lineamientos renovadores de la acción procesal, considerados como un derecho a la justicia y no sólo a la prestación jurisdiccional desde un punto de vista estrictamente formal,⁶¹ no se han reflejado en todos los supuestos en los textos constitucionales, pues la mayoría de los ordenamientos se refieren sólo al derecho de los justiciables de acudir a los tribunales, y aun lo han incluido en las disposiciones que consagran el derecho genérico de petición. Pero resulta lógico que las cartas constitucionales más recientes hubiesen consagrado en sus textos un concepto más amplio y moderno de la acción procesal, y entre ellos podemos destacar el artículo 24 de la Constitución española de 1978, que regula el llamado derecho a la “tutela judicial efectiva”.⁶²

56. Por otra parte, la transformación del derecho de acción procesal se advierte con mayor claridad en los instrumentos internacionales, en especial en los convenios sobre derechos humanos que hemos citado (ver supra párrafo 37). Aun cuando los preceptos internacionales tienen un contenido similar, debe destacarse el artículo 6º del Convenio de Roma, el cual exige la calidad de “equitativa” a la tramitación del proceso.⁶³

(61) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano”, en *Los derechos sociales del pueblo mexicano*. México, Manuel Porrúa, 1979, tomo I, pp. 279-326.

(62) Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed. Madrid, Civitas, 1989; Figueruelo Burrieza, Angela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid, Tecnos, 1990.

(63) Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 92-94.

57. Pero el propio derecho procesal de acción no debe examinarse como un instrumento aislado que únicamente permite el acceso a la jurisdicción, sino que es preciso relacionarlo con otras instituciones procesales, como el llamado “derecho de defensa” o “garantía o derecho de audiencia”, si se considera que existe consenso doctrinal acerca del carácter bilateral del derecho de acción, la cual corresponde tanto al actor y al ministerio público, como al demandado y al acusado. Además, debemos vincular la acción con el complejo instrumento que algunos textos constitucionales han denominado como “debido proceso legal” (ver infra párrafo 61), así como otros medios procesales que dan contenido al derecho fundamental de acción y que sólo para efectos de estudio desglosamos más adelante si es que se pretende que la acción procesal no signifique únicamente la posibilidad real de acudir a los tribunales, sino que garantice el resultado efectivo de su ejercicio.⁶⁴

58. Como lo afirma el tratadista español Jesús González Pérez al referirse a la Constitución española, tal derecho a la “tutela judicial efectiva”, es decir, de acción procesal, despliega sus efectos en tres momentos distintos: “Primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de su pronunciamientos”.⁶⁵

59. La vinculación del derecho de acción con el ordenamiento constitucional y, por tanto, con el régimen político en el cual se hace valer, fue señalada por el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, en su clásico estudio acerca de “la relatividad del concepto de acción”.⁶⁶

60. Desde el punto de vista del derecho constitucional de acción procesal, la socialización jurídica del Estado contemporáneo, no obstante los vientos de liberalismo económico que se han extendido en la actualidad, ha determinado la necesidad de crear los instrumentos necesarios para lograr su ejercicio efectivo para todos los gobernados y no sólo por los que cuentan con los medios económicos y el asesoramiento de abogados particulares para acceder de manera adecuada a la prestación jurisdiccional. En otras palabras, de un simple

(64) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 465-542.

(65) *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit. *supra* nota 62, pp. 43-45.

(66) Estudio incluido en la recopilación de trabajos del mismo autor, *Estudios de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pp. 135-160; Fairén Guillén, Víctor. “La acción, derecho procesal y derecho político”, en *Estudios de derecho procesal*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 70-75.

derecho formal, la acción procesal se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz.⁶⁷

61. b) Derecho de defensa o debido proceso legal. El segundo término es la traducción del concepto angloamericano del *due process of law*, consagrado expresamente en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos aprobadas en 1791 y 1868, respectivamente, las que han tenido una gran repercusión, en especial la primera, en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, si se considera también la tradición española del llamado derecho de defensa o de audiencia en juicio, pues ambas instituciones significan que nadie puede ser afectado en sus derechos sin ser escuchado ni vencido previamente en un proceso.⁶⁸

62. En realidad, como lo hemos sostenido con anterioridad, el derecho de defensa, audiencia o debido proceso, está vinculado a la acción procesal, puesto que la misma tiene carácter bilateral (ver supra párrafo 57), y no poder concebir en la actualidad esta última si no se ejercita por medio de un procedimiento que permita la adecuada defensa de las dos partes, puesto que la propia acción implica no sólo el inicio sino la continuidad del proceso hasta sus últimas etapas, incluyendo la ejecución, con la tradicional exclusión de la de carácter penal, encomendada a autoridades administrativas, pero en los últimos años se ha abierto paso la idea de que también debe existir una fiscalización judicial en dicha etapa del cumplimiento de la condena penal.

63. Únicamente para efectos de estudio podemos aislar el debido proceso o derecho de defensa. Es una institución muy compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad probatoria, etcétera. Pero también abarca aspectos sustantivos, pues como lo han sostenido las cortes supremas de Estados Unidos y de Argentina, la solución que se dicte en el

(67) Gozáini, Osvaldo, "El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones (Sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 661-668.

(68) Cfr. Vigoroti, Vincenzo, "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 516-533; Bernardis, Luis Marcelo de, *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1995, pp. 233-257.

proceso, debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada.⁶⁹

64. Un aspecto esencial del debido proceso en nuestra época es el relativo a la igualdad efectiva de las partes, como aplicación al proceso del principio genérico de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

65. Esta igualdad procesal de las partes era diferente en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, respecto de la que pretende establecer la corriente contemporánea del procesalismo científico con fuerte orientación social, la que persigue la superación de las situaciones formalistas que han predominado en la mayoría de los códigos procesales de carácter tradicional. En tal virtud, la exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico, y en este sentido podemos parafrasear al procesalista Piero Calamandrei (de acuerdo con su concepto de relatividad del concepto del derecho de acción procesal) (ver supra párrafo 59) y podemos hablar en forma similar de la “relatividad del contradictorio”.⁷⁰

66. La rama del proceso en la cual se inició esta nueva orientación de la igualdad real de las partes fue en el derecho procesal laboral, que surgió precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero patronales existe una parte débil: el trabajador. Al respecto, destacan las profundas reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la “igualdad por compensación”, para lograr el equilibrio de las partes en el mencionado derecho procesal del trabajo,⁷¹ pero también tiene aplicación en el proceso penal,⁷² por medio de un principio similar denominado *in dubio pro reo*,⁷³ tanto en el contenido del fallo como en el procedimiento. Otro principio de equilibrio de las partes en el mismo proceso penal es el relativo a la presunción de inocencia que consagran la mayoría de las constituciones contemporáneas,

(69) Cfr. Linares, Juan Francisco, *El “debido proceso” como garantía innominada de la Constitución argentina*, 2ª ed. Buenos Aires, Astrea, 1970; Bernardis, Luis Marcelo, *op. ult. cit.*, pp. 257-300.

(70) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en el libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, *cit. supra* nota 39, pp. 493-503.

(71) “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, en *Estudios de derecho procesal*, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1989, tomo I, pp. 271-288.

(72) Sobre el derecho de defensa o debido proceso en el proceso penal, Cfr. Gimeno Sendra Vicente, *Constitución y proceso*. Madrid, Tecnos, 1988, pp. 88-122.

(73) Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *In dubio pro reo*. Buenos Aires, EJE, 1971.

así como los instrumentos internacionales y que tiene importantes repercusiones procesales.⁷⁴

IV. DEFENSA DE LA CONSTITUCION Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

67. Aun cuando siempre ha existido la preocupación de los pensadores políticos y de los juristas por la limitación del poder, no fue sino hasta los años treinta de este siglo, con la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el “defensor” o “protector” de la Constitución, cuando se inició una sistematización de los conceptos y de las ideas relativas a los instrumentos que se han establecido de manera paulatina, en una constante y atormentada lucha, para lograr la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental (ver supra párrafo 4).

68. Rebasaría los límites de este breve trabajo el examen, así fuera superficial de la tradición que bajo diversas denominaciones e instituciones, representa el desarrollo de la idea de la defensa constitucional, tanto doctrinal como jurisprudencial y legislativa, por conducto de los conceptos de la justicia o jurisdicción constitucionales, o bien, de las garantías y los controles de la Constitución, los que se han manejado con bastante imprecisión respecto a la tutela de las normas fundamentales (ver supra párrafos 1-3).

69. Tenemos la convicción de que resulta necesario realizar una sistematización más estricta para efectos de estudio, que nos permita una visión de conjunto sobre los instrumentos que se han establecido en las constituciones de nuestra época para la protección jurídica de sus disposiciones fundamentales, ya que los numerosos y complejos problemas que han surgido en esta materia se encuentran diseminados en los diversos estudios sobre teoría de la Constitución.

70. De esta manera y como idea provisional y aproximada, podemos afirmar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su

(74) Cfr. Vázquez Sotelo, Luis, *La presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984.

transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En esta dirección nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que se puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distantes: la Constitución formal o jurídica, y la Constitución real o sociológica.⁷⁵

71. La Constitución, ya sea en sentido real como documento escrito, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes. Por este motivo la defensa de la Constitución, aun desde la apreciación formal y de carácter positivo que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento o conservación de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con la terminología del notable constitucionalista alemán Karl Loewenstein,⁷⁶ es decir, que resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible ni deseable realizar el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.

72. Para el efecto de sistematizar una materia tan extensa y compleja es preciso un ensayo de clasificación, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En este sentido, consideramos que el concepto genérico de “defensa de la Constitución”, puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla, de manera convencional como Protección de la Constitución; la segunda, que ha tenido consagración en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas Garantías Constitucionales.

73. A) Protección de la Constitución. Este primer sector se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica, que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de

(75) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa”, en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1984, pp. 7-16, reproducido en la obra del mismo autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, cit. *supra* nota 13, pp. 253-328.

(76) *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1965, pp. 218-222.

manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.

74. B) Garantías constitucionales. La segunda categoría no las identifica, como se hizo tradicionalmente, con los derechos de la persona humana consagrados en la Constitución, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder y los instrumentos protectores que mencionamos en el párrafo anterior no han sido suficientes para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales.⁷⁷

V. EVOLUCION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

75. Ya señalamos en el párrafo anterior que las llamadas “garantías constitucionales” son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con el objeto de restaurarlo. Deben considerarse como instrumentos que en su mayor parte tienen naturaleza procesal, con funciones de carácter reparador; sin embargo, como ya lo hemos afirmado, dichos medios no poseen naturaleza únicamente conservadora, es decir que tiendan a mantener de manera pasiva a las normas fundamentales, sino que también implican el desarrollo dinámico de la normatividad constitucional para amoldarla a los cambios de la realidad y al mismo tiempo para modificar dicha realidad, a fin de hacer efectivas las disposiciones de principio o programáticas de la Ley fundamental.

76. A) Sin embargo, el concepto de garantías constitucionales ha experimentado una evolución histórica a partir de su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De acuerdo con la idea que tenían los revolucionarios franceses, las garantías constitucionales (entonces únicamente de carácter individual), eran los derechos de la persona humana precisados y establecidos en un documento de carácter fundamental, pues de esa manera eran conocidos por gobernantes y gobernados, y además tenían un

(77) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit. *supra* nota 2, pp. 17-18; Id. “La Constitución y su defensa”, cit. *supra* nota 75, pp. 257-261.

carácter superior al de las disposiciones legislativas.⁷⁸ La realidad se encargó de desvanecer esta ingenua utopía, pues se advirtió muy pronto que la determinación y consagración de los derechos humanos no era suficiente para su respeto, por lo que el concepto de garantías constitucionales inició un desarrollo por medio de la cual se transformó de manera paulatina para llegar a su caracterización contemporánea.⁷⁹

77. B) Una segunda etapa en este desarrollo la podemos situar en el pensamiento del notable jurista alemán Jorge Jellinek, quien en las postrimerías del siglo anterior y los primeros años del presente realizó el estudio de los instrumentos de defensa de las normas fundamentales, a los que calificó de “garantías de derecho público”. Dividió estas garantías en tres sectores: a) sociales, b) políticas y c) jurídicas, y las concibió como los medios establecidos por el Constituyente para preservar el ordenamiento supremo del Estado, con lo cual abarcó los instrumentos que hemos calificado como medios de protección de la Ley fundamental (ver supra párrafo 73). Sin embargo, al analizar las garantías de carácter jurídico, expresó que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se debía considerar como uno de los progresos más importantes en la construcción del Estado en el curso del siglo XIX. En virtud de que si bien en su época la propia jurisdicción se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, en particular, como “garantía” de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.⁸⁰

78. Finalizó el antiguo profesor de la Universidad de Heidelberg sus reflexiones sobre las citadas garantías jurídicas del derecho público, con la observación de que estaba reservado al futuro el ofrecer al Estado, y por lo tanto, a la humanidad, ese bien tan difícil de conseguir, es decir, la posesión permanente de un orden jurídico inviolable y concluyó su obra fundamental con la frase: “Con la mirada fija en este futuro ponemos fin a este libro”.

(78) Cfr. Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*. París, 1924, tomo III, pp. 561 y ss.; Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, s.f., pp. 95-100; Esmein, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7ª ed. Revisada por Henri Nézard. París, Recueil Sirey, 1921, tomo I, pp. 539-563.

(79) Como otras constituciones latinoamericanas del siglo anterior, la Carta federal mexicana de 1857 consideró como sinónimos, de acuerdo con la terminología tradicional de origen francés, a los que denominó “derechos del hombre”. Todavía nuestra Constitución actual de 1917 utiliza en varios de sus preceptos la terminología tradicional de origen francés.

(80) *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, tomo II, pp. 529-537.

79. C) Con la misma orientación, se dio un paso adelante con las reflexiones del distinguido constitucionalista francés León Duguit, quien separó las propias garantías constitucionales en a) *preventivas* y b) *represivas*. Afirmó que las primeras tendían a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero cuando eran insuficientes para impedir la ruptura del orden constitucional, era necesario recurrir a las segundas, que eran las únicas que en determinados supuestos servirían de freno a la arbitrariedad del Estado, y agregó de manera significativa que dichas garantías represivas deberían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad estarían al cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados, e inclusive el mismo legislador.⁸¹

80. Agregó el destacado constitucionalista francés que las “garantías represivas” implicaban el establecimiento de un sistema que permitiera descartar la aplicación de una ley contraria a los principios de libertad y que también sancionara la responsabilidad del Estado que expidiera una ley contraria al derecho o abandonara la organización de los servicios públicos que tuviera a su cargo. Consideraba como un ejemplo el sistema norteamericano, en el cual todos los jueces podían desaplicar las disposiciones legales contrarias a la Carta federal y cuando el Tribunal Supremo Federal declaraba que no debía aplicarse una ley por considerarla inconstitucional, no obstante que esa decisión sólo se dictaba para el caso concreto, todo el mundo la acataba, inclusive el Congreso, por lo que si bien dicha ley no se anulaba, caducaba ipso facto. Era partidario de que esas garantías se establecieran en Francia y que la Corte de Casación y el Consejo de Estado realizaran funciones similares a las del mencionado Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos.⁸²

81. D) Algunas décadas más tarde, el destacado jurista mexicano Rodolfo Reyes, quien residió un largo tiempo exiliado en España debido a su participación en una etapa de la Revolución mexicana, y que además influyó decisivamente para que se introdujera el amparo en la Constitución republicana española de 1931, al examinar el concepto de “defensa constitucional” consideró en forma similar a los tratadistas alemán y francés antes mencionados, que los medios (es decir, las garantías) para lograr esa defensa debían ser catalogados como a) preventivos, b) represivos, y c) reparadores.⁸³

(81) *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña. Buenos Aires, Editorial Tor, 1943, pp. 122-126.

(82) *Op. ult. cit.* p. 123.

(83) *La defensa constitucional. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*. Madrid, Espasa Calpe, 1934, pp. 126-133.

82. En concepto del estudioso mexicano, las garantías “preventivas” se concentraban en la supremacía constitucional, o sea, en el deber que tienen todas las autoridades, y entre ellas las legislativas, de obedecer ante todo a la Constitución, así como los preceptos de esta última que establecen limitaciones a la propia autoridad frente a determinados derechos individuales o sociales, es decir, se refería a varios de los instrumentos que hemos considerado dentro de la idea de la “protección constitucional” (ver supra párrafo 73). Los medios “represivos” radicaban en el conjunto de responsabilidades, desde las más altas que la Constitución o una ley constitucional imponen al Jefe de Estado, a los ministros y altos funcionarios (que pueden identificarse con el juicio político). Finalmente, los instrumentos “reparadores” eran los que de modo particular se habían establecido y perfeccionando para restablecer el Estado de derecho cuando la expedición de leyes desconociera las normas constitutivas fundamentales, ya fuera en cuanto a la forma o en cuanto al fondo, o sea, cuando se atacaran derechos constitucionales concedidos.⁸⁴

83. E) Esta evolución doctrinal culminó con las reflexiones que realizó el insigne jurista austriaco Hans Kelsen, el cual aplicó al derecho constitucional los criterios lógicos que estableció en su clásico libro *Teoría Pura del Derecho*, sobre la norma que calificó de primaria, considerada como la “garantía” para lograr el cumplimiento coactivo, por parte del destinatario, de la disposición (secundaria) que establece la obligación jurídica, así como su concepción de la Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico.⁸⁵

84. Con apoyo en lo anterior, el notable jurista vienés desarrolló específicamente sus ideas sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución”, con apoyo en el clásico estudio que publicó en el año de 1928, que mencionamos anteriormente,⁸⁶ en el cual sistematizó de manera precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la Carta federal austríaca de 1920, cuyo título VI, sobre la organización, competencia y funcionamiento de la Corte Administrativa Federal (*Verwaltungsgerichtshof*) y de la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), recibió la denominación de Garantías

(84) *Op. ult. cit.*, pp. 125-126.

(85) 2ª ed. Trad. de Roberto J. Vernengo, 5ª ed., México, UNAM, 1986, esp. pp. 129 y ss., 201 y ss. *Id. Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2ª. ed., 3ª reimpresión. México, UNAM, 1983, pp. 68-75.

(86) “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, cit. *supra* nota 18, pp. 197-257, trad. castellana. pp. 471-525.

de la Constitución y de la Administración (Garantien der Verfassung und Verwaltung).⁸⁷

85. El mencionado autor consideró que las garantías constitucionales debían considerarse como los medios generales que la técnica moderna habían desarrollado en relación con la regularidad de los actos estatales en general, y que separó en dos sectores: a) preventivas o represivas, y b) personales u objetivas. Entre las primeras, la anulación del acto inconstitucional, inclusive de carácter legislativo (pero en este último supuesto la anulación debía tener efectos generales o erga omnes), era la que representaba la garantía principal, aun cuando también eran posibles las de carácter represivo, tales como la responsabilidad constitucional (política) y la civil de los órganos que realizaran actos irregulares. La función de anular los actos y las normas generales de carácter irregular emitidos por los órganos gubernamentales, debía corresponder a un organismo jurisdiccional, cuya actividad podía considerarse como de carácter legislativo negativo.⁸⁸

86. a) El anterior desarrollo doctrinal se transformó en una evolución legislativa, ya que a partir de las constituciones austríaca y checoslovaca de 1920, que introdujeron a la Corte Constitucional como la garantía de mayor importancia, en la misma dirección y también por influencia del pensamiento kelseniano mencionado en los párrafos anteriores, el título IX de la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931 recibió la denominación de Garantías y reforma de la Constitución. Las primeras comprendían los recursos de inconstitucionalidad y de amparo; la decisión de los conflictos de competencia legislativa y de otros que surgieran entre el Estado y las regiones autónomas, así como los de éstas entre sí; la responsabilidad criminal del jefe del Estado, el presidente del Consejo y de los ministros, así como de los magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la República. El conocimiento de estas materias se encomendó a un organismo jurisdiccional que recibió la denominación significativa de Tribunal de Garantías Constitucionales.⁸⁹

(87) Cfr. Metall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel. México, UNAM, 1976, pp. 41-44. Por otra parte, el mismo Kelsen fue magistrado de la Corte Constitucional austríaca de 1921 a 1930, misma obra, pp. 54-63 y 126.

(88) "La garantía jurisdiccional de la Constitución", cit. *supra* nota 18, pp. 482-493.

(89) Cfr. Cascajo, José Luis, "Kelsen y la Constitución española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en el libro del

87. b) A partir de entonces se extendió la concepción de las garantías constitucionales como instrumentos de tutela de las disposiciones fundamentales para lograr su restitución cuando hubiesen sido desconocidas o violadas, lo que trascendió a la denominación que se adoptó en las cartas surgidas con posterioridad a la segunda guerra mundial. Así, podemos citar el título IV de la Constitución italiana que entró en vigor el primero de enero de 1948, el cual se intitula garantías constitucionales y que comprende la organización y competencia de la Corte Constitucional (artículos 134-137), pero además consigna el procedimiento dificultado de reforma de la misma ley suprema (artículos 134-137), que desde nuestro punto de vista no puede considerarse como una garantía en sentido estricto, sino como un medio de protección (ver supra párrafo 73).⁹⁰

88. c) También se puede citar la institucionalización del concepto actual de garantías constitucionales por la Carta portuguesa de 25 de abril de 1976, reformada en 1982, que el título I, de su parte IV, relativa a la regulación de las garantías de la Constitución contiene las disposiciones sobre la “fiscalización de la Constitución” (artículos 277-285), que incluyen la inconstitucionalidad por acción y omisión, la declaración de inconstitucionalidad, así como los órganos encargados para decidir estos procedimientos, de manera particular, el Tribunal Constitucional.⁹¹

89. d) La Constitución española de 29 de diciembre de 1978 contempla de manera exclusiva las garantías constitucionales en relación con la tutela de los derechos fundamentales, en virtud de que el capítulo IV del título I, de la propia Ley fundamental lleva el título “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, que correctamente comprende a los instrumentos procesales relativos al procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios; a los recursos de amparo y de inconstitucionalidad; e incluye también la figura del Defensor del Pueblo (Ombudsman), como alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los citados derechos y libertades (artículos 53-54).⁹²

mismo autor. *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*. Buenos Aires, edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503-505; Reyes, Rodolfo. *La defensa constitucional*. cit. supra nota 83. pp. 134-306.

(90) Cfr. Pizzorusso, Volpe, G. y otros. *Garanzie costituzionali. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca (art. 134-139)*. Bologna-Roma, Zanichelli Editore, II Foro Italiano, 1979.

(91) Cfr. Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1991, tomo II, pp. 349-527.

(92) Entre otros, Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson, 1992, pp. 476-498.

90. e) Esta terminología moderna también se ha introducido en las constituciones latinoamericanas recientes, ya que en las anteriores había predominado el concepto tradicional de las garantías constitucionales como sinónimo de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Así, podemos mencionar, en primer término el Título V de la Constitución peruana de julio de 1979, sobre las garantías constitucionales (artículos 295-305), y que comprendía las acciones de hábeas corpus, de amparo y de inconstitucionalidad, así como la organización y funcionamiento del organismo de última instancia que debía conocer de estos instrumentos, calificado como Tribunal de Garantías Constitucionales, nombre inspirado en la Constitución española de 1931 (ver supra párrafo 86).⁹³ La Carta fundamental de Perú, aprobada en referéndum de octubre de 1993 y que sustituyó a la anterior de 1979, ha seguido la misma denominación en su Título V (artículos 200-205), que conserva el nombre de garantías constitucionales, entre las cuales además de las tres mencionadas anteriormente (acciones de hábeas corpus, amparo y de inconstitucionalidad), agrega la acción popular (contra las infracciones de la Constitución y de la Ley por reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general) y la acción de cumplimiento (contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo).⁹⁴

91. f) En esta misma dirección el Título XII del Título I, de la Constitución paraguaya de junio de 1992 (artículos 131-136), se intitula De las garantías constitucionales, entre las cuales incluye la inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, pero también de competencia y de la responsabilidad de los magistrados, que no corresponden estrictamente a esta categoría.

92. g) Con menor precisión, la Constitución federal brasileña de octubre de 1988 concentra el Título II (artículos 5° a 17) los derechos y garantías constitucionales, y particularmente en el artículo 5°, comprende de manera indiscriminada los derechos individuales y los instrumentos para tutelar estos derechos y también los de carácter social comprendidos en los siguientes artículos 6° a 11. En efecto, además de los derechos propiamente dichos, incluye las siguientes garantías: hábeas corpus (artículo 5°, fracción LXVIII), mandado de segurança (similar al amparo) (artículo 5°, fracción LXIX); mandado de

(93) Cfr. García Belaúnde, Domingo, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1989, tomo I, pp. 240-339.

(94) Cfr. García Belaúnde, Domingo, "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993", en la obra *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, tomo I, pp. 253-264.

segurança colectivo (que puede ser interpuesto por los partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y con un año de funcionamiento) artículo 5º, fracción LXX; mandado de injunção (contra la falta de norma reglamentaria que haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas relativas a la nacionalidad, la ciudadanía y la soberanía), artículo 5º, fracción LXXI; hábeas data (para el conocimiento y rectificación de informaciones contenidas en registros o bancos de datos de autoridades gubernamentales o de carácter público) (artículo 5º, fracción LXXII); así como la acción popular (para anular actos lesivos al patrimonio público o de las entidades gubernamentales, pero también las que afecten la moralidad administrativa, el medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural y que se ha utilizado para la defensa de los llamados intereses o derechos de carácter difuso (artículo 5º fracción LXXIII).⁹⁵

93. h) La Constitución colombiana de julio de 1991, en su título II, que se intitula “De los derechos, las garantías y los deberes”, el equivalente de las garantías constitucionales en sentido estricto (artículos 83-94), pues comprende los siguientes instrumentos: *acción de tutela* (similar al derecho de amparo); *las acciones populares* para la protección e intereses colectivos (de carácter difuso) relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza; así como, además de los anteriores, los recursos, acciones y los procedimientos necesarios para que los afectados puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas, así como la facultad a cualquier persona individual o colectiva para solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias en relación con la conducta de las mismas autoridades.⁹⁶

94. Como puede observarse de la simple descripción anterior, las constituciones contemporáneas han configurado las garantías constitucionales, con mayor o menor precisión, como los instrumentos tutelares tanto de los derechos fundamentales como de las atribuciones de los órganos de gobierno, contra su

(95) Cfr. Silva. Afonso da, “Título VI. Garantias constitucionais”, de su libro *Curso de direito constitucional positivo*, 9ª ed., 3ª reimpresión. Sao Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 359-408.

(96) Cfr. SÁCHICA. Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10ª ed. Santafé de Bogotá, Temis, 1992. pp. 205-221; HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8ª ed. Santafé de Bogotá. Temis, 1992. pp. 172-192.

afectación por parte de las autoridades públicas, y si bien no se han incluido expresamente en los instrumentos protectores a los organismos inspirados en el modelo del Ombudsman, salvo la Constitución española de 1978 (ver *supra* párrafo 89), desde el punto de vista doctrinal se advierte la tendencia a comprender dicha institución dentro de este concepto de las garantías constitucionales ya que realiza funciones de apoyo y auxilio a los organismos jurisdiccionales a los que se encomiendan esencialmente, el conocimiento y decisión sobre las citadas garantías.⁹⁷

VI. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

A) JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

95. Los autores que se han ocupado del análisis de la disciplina jurídica que hemos denominado derecho procesal constitucional, le atribuyen una extensión diversa según consideren que existen dos disciplinas de confluencia (derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal) (ver *supra* párrafo 9) o bien una sola con el primer nombre que comprenda las instituciones de ambas, pero en la mayoría de dichos tratadistas, que se inspiran en la teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal, estudian las instituciones y los órganos de salvación de conflictos constitucionales desde una triple perspectiva, que un sector mayoritario de la doctrina procesal ha calificado como “trilogía estructural del proceso”, es decir : la acción, la jurisdicción y el proceso.⁹⁸ *En tal virtud, varios de los autores que se ocupan de esta materia, señalan que el contenido del derecho procesal constitucional comprende la acción, la jurisdicción y el proceso constitucionales si bien con algunas modalidades.*⁹⁹

96. Si bien estamos de acuerdo con este planteamiento, puesto que es preciso tomar en consideración estas categorías fundamentales de todas las disciplinas

(97) Cfr. Carpizo, Jorge. Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor. “La justicia constitucional en México”, cit. *supra* nota 44, pp. 785-795.

(98) Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, “Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso”, cit. *supra* nota 47, tomo I, pp. 516-523.

(99) Cfr. Sagues, Néstor Pedro. *Recurso Extraordinario*, cit. *supra* nota 15, tomo I, pp. 8-10; Gozaini, Osvaldo Alfredo. *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, cit. *supra* nota 8, pp. 85-202; Hernández Valle, Rubén. *Derecho procesal constitucional*. San José, Editorial Juricentro, 1995, pp. 34-37; García Belaúnde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, cit. *supra* nota 6, pp. 36-42, y Rodríguez Domínguez, Elvito A.. *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra* nota 10, pp. 17-22.

procesales. la forma de analizarlas tiene aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional, por tratarse de una materia relativamente reciente, que todavía se encuentra en formación, y lo demuestran las diversas maneras de abordar dichas categorías, que es muy variable en los cultivadores de este sector de la ciencia procesal. Por este motivo y apoyándonos en la autoridad de Mauro Cappelletti, uno de los procesalistas más distinguidos de nuestra época y que ha hecho aportaciones de gran trascendencia en nuestra disciplina, es posible señalar que el contenido del derecho procesal constitucional, a la luz de la trilogía estructural antes mencionada, comprendería tres aspectos, que sólo pueden separarse para efectos de estudio, pero que en la práctica están estrechamente relacionados, es decir: A) *jurisdicción constitucional de la libertad*; b) *jurisdicción constitucional orgánica*, y c) *jurisdicción constitucional transnacional*, división que también con matices han seguido los autores mencionados en el párrafo anterior.¹⁰⁰ Haremos una descripción muy breve de cada uno de ellos.

97. A) *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Este sector ha recibido una denominación que ha tenido una gran aceptación y que se inicia en una obra clásica del propio Mauro Cappelletti, publicado originalmente en el año de 1955.¹⁰¹ Ha alcanzado un gran desarrollo en los últimos años, ya que se refiere a los instrumentos establecidos en los mismos ordenamientos constitucionales de nuestra época con el objeto de tutelar jurídicamente los derechos humanos establecidos en los mismos ordenamientos y en los últimos años, también los consagrados en los instrumentos internacionales, cada vez más numerosos, los que además se aplican con un criterio progresivo.¹⁰²

98. Como resulta muy difícil proporcionar un panorama siquiera aproximado de los numerosos y complejos instrumentos procesales y jurídicos que se han desarrollado en las constituciones contemporáneas,¹⁰³ pueden ensayarse varias

(100) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. "La Constitución y su defensa". cit *supra* nota 75, pp. 291-325.

(101) *La giurisdizione costituzionale delle liberta*. Milano, Giuffrè, 1955, con varias ediciones posteriores. trad. castellana de Héctor Fix-Zamudio. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México. UNAM, 1961. Ver también Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199. Madrid, 1975, pp. 149-198.

(102) Cf. Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1987.

(103) Cfr. un intento de sistematización de estos instrumentos, en Fix-Zamudio, Héctor. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit. *supra* nota 17 y que aborda precisamente el contenido sumamente amplio de la "Jurisdicción constitucional de la libertad".

clasificaciones pero consideramos más adecuada la que divide los medios jurídicos de protección de los derechos humanos, de acuerdo con las regiones en las cuales se han originado.

99. a) En esta dirección podemos señalar en primer lugar, a los mecanismos de tutela creados en Inglaterra y posteriormente en los países que estuvieron bajo su dominio, especialmente los Estados Unidos. El más antiguo es indudable el *hábeas corpus*, que surgió en el primero de esos países desde la Edad Media.¹⁰⁴ De ahí pasó a las colonias británicas en América; se desarrolló por todos los países de la Commonwealth,¹⁰⁵ y se ha extendido a numerosos ordenamientos, inclusive los latinoamericanos y de Europa continental.¹⁰⁶

100. Otra creación del derecho angloamericano, que paradójicamente no pudo implantarse en Inglaterra, pero sí en sus colonias americanas, es la revisión judicial o *judicial review*, por medio de la cual se estableció primero la facultad y luego la obligación de los jueces de desaplicar las disposiciones legislativas contrarias a la Carta fundamental, y que dio lugar al llamado “sistema americano” de control constitucional que examinamos brevemente con anterioridad (ver supra párrafos 18-19). Si bien su objeto esencial es la impugnación de las leyes inconstitucionales, este instrumento está estrechamente vinculado con la tutela de los derechos humanos, ya que se utiliza con frecuencia para desaplicar normas violatorias de los propios derechos fundamentales, y además en Latinoamérica fue uno de los paradigmas para el establecimiento del derecho de amparo.¹⁰⁷

101. b) En los ordenamientos latinoamericanos también han surgido instrumentos que posteriormente se han extendido a otras regiones. El más importante de todos es el derecho de amparo, que si bien en la Carta federal mexicana de 1857, pronto se extendió a otras constituciones y leyes de nuestra región, de tal manera que en la actualidad está regulado, inclusive con esta denominación en las siguientes leyes fundamentales enumeradas por orden alfabético de países : Argentina, (1853-1860, reformada en agosto de 1994),

(104) Cfr. Pollock, Frederick y Maitland, William. *The History of English Law*. Cambridge, Inglaterra, vol. II, reimpresión de la 2ª. Ed., 1952. pp. 587-589.

(105) Cfr. Sharpe, R.J., *The Law of “Habeas Corpus”*, Oxford, Oxford University Press, 1976. pp. 15 y 55.

(106) Cfr. entre otros. Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. 4. *Hábeas corpus*, 2ª. Ed., Buenos Aires, Astrea, 1988. pp. 16-60.

(107) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, en el libro del propio autor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, UNAM, 1993, pp. 354-359.

artículo 43; y consagrado también en varias constitucionales provinciales); Bolivia (1967), artículo 19; Costa Rica (1949, reformada 1989), artículo 48; Ecuador (1978, texto revisado de 1996) artículo 31; El Salvador (1983); México (1917), artículos 103-107; Nicaragua (1987) artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 128; Perú (1993), artículo 200.2; Uruguay (1967), implícitamente artículos 7º y 72; y Venezuela (1961), artículo 49.

102. El derecho de amparo establecido en dichos preceptos constitucionales, tiene por objeto, por medio de un procedimiento sencillo y breve dotado de medidas cautelares importantes, la tutela de todos los derechos humanos establecidos por las mencionadas cartas fundamentales (incluyendo, ya sea expresa o implícitamente los propios derechos consagrados en los tratados internacionales), con exclusión de la libertad e integridad personal, protegidos específicamente por el hábeas corpus, cuando esos derechos son violados por las autoridades públicas y en ocasiones también por sectores sociales situados en condiciones de predominio.¹⁰⁸

103. El derecho de amparo también se introdujo en la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931 (artículos 105 y 121, inciso b), y restablecido en la Carta democrática de 6 de octubre de 1978 (artículos 53.2, 161.1 y 162.1).¹⁰⁹

104. Pero además, el derecho de amparo ha tenido influencia para la creación de otros instrumentos similares con denominaciones equivalentes, tales como el mandado de segurança brasileño, consagrado actualmente por el artículo 5º, parágrafo LXIX de la Constitución brasileña de 5 de octubre de 1988, y que algunos tratadistas lo han traducido al castellano como “mandamiento de amparo”;¹¹⁰ el *recurso de protección* establecido en el artículo 20 de la

(108) Cfr. entre otros, Brewer Carías, Allan R.. *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (una aproximación comparativa)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993.

(109) La bibliografía española sobre el recurso de amparo constitucional es muy abundante, por lo que nos limitamos a señalar algunas de las obras monográficas más recientes : Cascajo Castro, José L., y Gimeno Sendra, Vicente. *El recurso de amparo* 1ª reimpresión. Madrid, Tecnos, 1985; Cordón Moreno, Faustino. *El proceso de amparo constitucional*, 2ª. Ed. Madrid, La Ley, 1992; Gimeno Sendra, Vicente, y Garberi Llobregat, José, *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*. Madrid, Editorial Cotex, 1994; Fernández Farreres, Germán, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 1994.

(110) La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, ya que fue introducido desde la Carta federal de 1934. Citamos sólo algunos estudios recientes, Sidou, José Othón. *As garantias activas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 1977; Flaks, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos de*

Constitución chilena de 1980, reformada en 1989;¹¹¹ y la *acción de tutela*, introducida en el artículo 86 de la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991.¹¹²

105. c) Un tercer sector está formado por los instrumentos establecidos por los ordenamientos de Europa continental, específicamente los de lengua alemana, ya que han creado un recurso específico para la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, con una denominación que se ha traducido como “recurso constitucional” (*Beschwerde*), en el artículo 144 de la Constitución federal austriaca de 1920, restablecida en 1945; *Verfassungsbeschwerde* (literalmente queja constitucional), en la Carta de la República Federal Alemana de 1949 (artículo 93, inciso 4º, según reforma de 29 de enero de 1969), así como el llamado *Staatsrechtliche Beschwerde* (recurso o queja de derecho público) regulado por el artículo 113, inciso 3º, de la Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874. Este instrumento puede ser interpuesto por los particulares afectados por la violación de sus derechos fundamentales en última instancia, ante la Corte Constitucional austriaca, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, o ante el Tribunal Federal suizo, después de haber agotado los medios de defensa ordinarios.¹¹³

Por supuesto, el recurso constitucional de mayor importancia es el que se hace valer en último grado en el Tribunal Federal Constitucional alemán, y ha asumido un gran significado en la jurisprudencia de dicho Tribunal.¹¹⁴ Por su proximidad

impetração. Rio de Janeiro, Forense, 1980; Barbi, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

(111) Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica. Doctrina, jurisprudencia*. Santiago de Chile, 1990.

(112) Cfr. Charry, J.M., *La acción de tutela*, reimpresión. Santafé de Bogotá, Temis, 1992; Arenas Salazar, Jorge, *La tutela. Una “acción humanitaria”*. 2ª ed. Santafé de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Monroy Torres, Marcia y Alvarez Rojas, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, vols. III y IV, *La acción de tutela*, Santafé de Bogotá, Juris, Editores, 1993.

(113) Cfr. el estudio comparativo entre estos tres ordenamientos en Schuler, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*. (El recurso constitucional en Suiza, la República Federal de Alemania y en Austria). Zürich, 1968.

(114) Cfr. Como la doctrina sobre este instrumento es muy amplia, nos limitamos a citar el estudio monográfico del profesor Gusy, Christoph, *Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren* (El recurso constitucional. Presupuestos y procedimiento). Heidelberg, C.F. Müller, 1988, así como la parte relativa de Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit. *supra* nota 17, pp. 172-185 y la bibliografía allí citada.

con el recurso de amparo, especialmente el español, pero también el latinoamericano, algunos autores han traducido el nombre del instrumento alemán al castellano como “recurso de amparo”.¹¹⁵

106. d) En los países socialistas no se aceptaba, salvo algunas excepciones, que los derechos fundamentales de los gobernados pudieran exigirse ante los tribunales, por considerarse dicha instancia como una institución burguesa. Por supuesto, lo anterior no era uniforme y en algunos ordenamientos de tradición occidental se admitían algunos supuestos de instancia judicial, así fuera como recursos administrativos.¹¹⁶ Pero la institución ante la cual los afectados podían hacer reclamaciones era la Fiscalía o Prokuratura, de acuerdo con el modelo soviético. Dicho organismo se ha asimilado al ministerio público en los países de Europa oriental e inclusive la República rusa, que han adoptado actualmente las instituciones occidentales. Sin embargo en los escasos ordenamientos que todavía se inspiran en el antiguo régimen soviético (Vietnam, Corea del Norte, República Popular China y Cuba), funciona todavía como el órgano estrictamente jerarquizado en sus diversos niveles y encargado de recibir las reclamaciones de los gobernados contra los actos de autoridades y de organizaciones. Una vez recibidas las quejas individuales, en su función de fiscalizador de la legalidad socialista, el procurador o fiscal respectivo realiza gestiones ante las autoridades que se consideran responsables de dichas infracciones a fin de obtener su reparación y de no lograrlo, se asciende en la escala jerárquica hasta llegar al procurador o fiscal general. Se ha señalado que esta labor es en cierto modo similar a la del *Ombudsman* de origen escandinavo que examinaremos más adelante.¹¹⁷

(115) Cfr. el reciente estudio del jurista alemán Häberle, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano federal de jurisdicción constitucional”, trad. de Carlos Ruiz Miguel, en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 44, p. 227-282. Ver también, Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán. (Breves reflexiones comparativas)” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 77, mayo-agosto de 1993, pp. 461-488.

(116) Como un avance en este sentido, el artículo 57, segundo párrafo de la Constitución soviética de 7 de octubre de 1977, dispuso: “Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a la defensa judicial contra los atentados al honor, a la dignidad, a la vida y a la salud, a la libertad personal y al patrimonio”.

(117) Cfr. sobre las semejanzas de ambas instituciones, Puget, Henry, “Le contrôle de l’administration, les systèmes classiques, l’Ombudsman et la Prokuratura”, en *Revue internationale de droit comparé*, París, enero-marzo de 1965, pp. 5 y ss.; Boim, León, “Ombudsmanship in the Soviet Union”, en *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1974, pp. 509-540.

107. e) Un quinto sector está constituido por los organismos no jurisdiccionales que se inspiran en el *Ombudsman* de origen escandinavo, y si bien no tienen un carácter estrictamente procesal, sus funciones se pueden situar dentro de la jurisdicción constitucional de la libertad, en virtud de su vinculación con los tribunales en sentido estricto, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos, por medio de la recepción de quejas y reclamaciones individuales o inclusive de oficio, con el objeto de reparar la violación de los derechos humanos de los gobernados realizadas por autoridades administrativas o por conductas administrativas de otros funcionarios públicos, en una primera gestión por medio de la conciliación y si ésta no obtiene resultados, por conducto de una investigación, que en su caso, culmina con una recomendación no obligatoria, pero que tiene la fuerza de la publicidad.

108. Aun cuando se ha utilizado la denominación escandinava desde un punto de vista genérico, la institución ha recibido en los ordenamientos positivos diversas denominaciones, tales como Comisionado Parlamentario, Médiateur, *Volksamtwalschaft* (Abogacía Popular), Procurador de Derechos Humanos, Defensor del Pueblo (nombre del organismo español que ha tenido un gran éxito en Latinoamérica, etcétera), pero ha tenido un desarrollo *verdaderamente* dinámico en diversos ordenamientos pertenecientes a varias familias o tradiciones jurídicas, por lo que sin exageración se ha considerado como una “institución universal”.¹¹⁸ Sería *verdaderamente* imposible dar una idea así sea superficial de la evolución del *Ombudsman* en sus diversas modalidades,¹¹⁹ pero en el ordenamiento mexicano, como ha ocurrido con el resto de Latinoamérica, su introducción ha sido muy reciente. En efecto, en nuestro país, la institución se estableció en la reforma constitucional publicada el 27 de enero de 1992, que adicionó un apartado B al artículo 102 de la Carta federal, que regula a la Procuraduría General de la República como cabeza del ministerio público federal, para establecer estos organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional, como en el de las entidades federativas, con la denominación de “Comisiones de Derechos Humanos”, de manera que en la actualidad existen treinta y tres organismos, es decir la Comisión Nacional,

(118) Cfr. Legrand, André. “Une Institution Universelle: l’Ombudsman”, en *Revue internationale de droit comparé*. París, 1973, pp. 851-856.

(119) Una visión panorámica puede consultarse en la extensa obra comparativa editada por Gerald E. Caiden, *International Handbook of the Ombudsman*. Tomo I, *Evolution and Present Function*, tomo II, *Country Surveys*. Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1983

las de los Estados y del Distrito Federal, por lo que México tiene uno de los sistemas de Ombudsman más amplios que existen actualmente.¹²⁰

109. B) *Jurisdicción constitucional orgánica*. Es aquella dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como *control abstracto* de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas.

110. Los instrumentos que conforman esta categoría surgieron históricamente en los países federales, en virtud de que era necesario resolver las controversias jurídicas que pudieran surgir entre los poderes centrales y los locales sobre las competencias establecidas por la Constitución federal. Por ello no resulta extraño que el primer documento fundamental que estableció el procedimiento para la decisión de estos conflictos fue la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, en su artículo 3º, inciso 1, en cuanto atribuyó a la Corte Suprema Federal el conocimiento de las controversias en que participaren los Estados Unidos y aquellas que surgieran entre dos o más estados, disposición que no tuvo una fácil aplicación en la práctica, pues ocasionó serios debates y variables tesis jurisprudenciales.¹²¹

111. Este tipo de conflictos fueron incorporados al conocimiento de los tribunales o cortes constitucionales especializados a partir de su creación en la Carta federal austriaca de 1920, y posteriormente se han ampliado para comprender no sólo las controversias relativas a la competencia de los distintos ámbitos territoriales o verticales de los órganos del poder, sino también los llamados

(120) Cfr. entre otros, Carpizo, Jorge. *Derechos humanos y Ombudsman*. México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993; Rabasa Gamboa, Emilio. *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis jurídico de la Ley de la CNDH*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993; Armienta Calderón, Gonzalo. *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 27-73; Madrazo Cuéllar, Jorge. *Derechos Humanos. El nuevo enfoque mexicano*. México, FCE, 1993; Id., *El Ombudsman criollo*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996; Fernández Ruiz, Jorge. *Compilación de leyes de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

(121) Cfr. entre otros, Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*, vol. I, *Poderes federales y estatales*, trad. de Juan José Olloqui Labastida. México, UNAM, 1966, pp. 506-518.

“conflictos de atribución”, es decir aquellos que se producen entre órganos de la misma esfera, en la división horizontal de las funciones de los mismos órganos constitucionales del Estado, o sea una garantía jurídica del llamado principio de la división de poderes.¹²²

112. Sin embargo, es preciso aclarar que la división puramente conceptual entre las jurisdicciones orgánica y de la libertad no puede aplicarse de manera estricta en el desarrollo de la praxis de los citados mecanismos, ya que podemos citar el ejemplo significativo del Consejo Constitucional francés como instrumento establecido directamente para el examen de la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el órgano legislativo, pero todavía no promulgadas (es decir, un control preventivo) y dirigido a la protección de las normas constitucionales que fijan las atribuciones de los órganos del poder, el que se ha transformado, en una jurisdicción constitucional de la libertad.¹²³

113. En resumen, el sector de la jurisdicción constitucional orgánica está constituida por los medios procesales por conducto de los cuales los órganos estatales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar los actos y las disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan las competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal establecidas en las disposiciones constitucionales. Cuando el conflicto se refiere a la constitucionalidad de disposiciones legislativas, asume un carácter abstracto (lo que la doctrina alemana califica como *Abstrakte Normenkontrolle*), es decir, dicha controversia no se plantea con motivo de un proceso concreto y puede interponerse previamente o con posterioridad a la promulgación o entrada en vigor de la ley respectiva.¹²⁴

114. En el texto original del artículo 105 de la Constitución federal mexicana de 1917, con antecedentes en las cartas federales de 1824 y 1857, se regulaban las llamadas controversias constitucionales, que se referían a los conflictos de carácter vertical entre las distintas entidades territoriales de la federación y de los estados o éstos entre sí, pero las reformas constitucionales y legales de 1995 y 1996, extendieron dichas controversias también a los municipios y al Distrito Federal, pero también introdujeron los “conflictos de atribución” de

(122) Cfr. Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 93-190.

(123) Cfr. Favoreu, Louis y Loic, Philip, *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*. 7ª ed. París, Sirey, 1993.

(124) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. cit. *supra* nota 17, pp. 170-172.

naturaleza horizontal, entre los órganos legislativos y ejecutivos de los distintos niveles, y además se dividió dicho precepto en dos fracciones y en la segunda se creó una acción abstracta de inconstitucionalidad que pueden interponer el treinta y tres por ciento de los miembros de las diversas legislaturas contra las leyes aprobadas por la mayoría, así como el Procurador General de la República, y las dirigencias de los partidos políticos tratándose de normas de carácter electoral (ver *supra* párrafo 29).¹²⁵

115. C) *Jurisdicción constitucional transnacional*. Aún cuando a primera vista pudiera parecer extraño que un sector del derecho procesal constitucional, que es predominantemente interno, tenga una proyección en el ámbito exterior del ordenamiento jurídico nacional, un examen más cuidadoso nos lleva al convencimiento de que existen cada vez más relaciones, y por ello, conflictos, entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa o por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno.¹²⁶

116. Los problemas en esta materia son bastante complejos y todavía se encuentran sujetos a revisión, debido a los constantes avances en los campos de los derechos internacional y comunitario, pero para los efectos de estudio, pueden clasificarse en dos sectores principales: a) las normas o principios generalmente reconocidos, y b) los tratados o convenios propiamente dichos. Son estos tratados los primeros que se tomaron en cuenta en las cartas constitucionales para su incorporación en el derecho interno. Así, podemos señalar que el artículo VI de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 dispuso que los tratados internacionales celebrados de acuerdo con la misma Constitución, o sea por el Presidente de la República con aprobación del Senado (artículo II, sección 2, inciso c), integran conjuntamente con la propia Constitución y las leyes federales, el derecho supremo de la Unión. Al mismo tiempo se otorgó al poder judicial federal la facultad de conocer de las controversias derivadas de los propios tratados internacionales (artículo III, sección 2, inciso 1). La jurisprudencia de los citados tribunales otorgó a dichos tratados el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varias ocasiones

(125) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 12, 2ª ed. México, UNAM, 1998, pp. 73-93.

(126) Cfr. Cappelletti, Mauro. "Justicia constitucional transnacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, en el libro del mismo autor, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, cit *supra* nota 2, pp. 215-242.

la conformidad de las disposiciones internas en relación con las normas internacionales.¹²⁷

117. Por lo que se refiere al otro sector, es decir, las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, éstas se han incorporado de manera expresa a las disposiciones constitucionales y, por tanto, a los ordenamientos internos, a partir de la primera posguerra. Podemos citar como ejemplo el artículo 4º de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, en el cual se dispuso: “Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del Reich”.¹²⁸

118. La incorporación a los ordenamientos constitucionales internos de las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas, se ha incrementado en esta segunda posguerra y, con mayor razón en las cartas fundamentales europeas, en virtud de la creación del derecho comunitario. Desde este ángulo podemos citar algunos preceptos importantes, como la parte relativa del artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, según el cual: “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional.” Es más significativo en esta dirección el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949: “las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho federal. Tienen preferencia sobre las leyes y hacen nacer directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio de la Federación”. A su vez, el artículo 8º de la Constitución portuguesa de 1976-1982, establece en su parte conducente: “ 1. Las normas y principios del derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués”.¹²⁹

119. También podemos señalar como ejemplo reciente y significativo, lo dispuesto por el artículo 154 de la Constitución de la Federación Rusa de diciembre de 1993, el cual establece: “Los principios y normas del derecho internacional y los tratados internacionales aprobados por la Federación Rusa son parte de su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales (aprobados por)

(127) Cfr. Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, 2ª ed. Clarendon Press, Oxford-New York, 1996, pp. 131-230.

(128) Cfr. Bühler, Ottmar, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, Aguilar, 1931, pp. 139-150.

(129) Cfr. La Pergola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; Id. “Poder exterior y Estado de Derecho”, en *El constitucionalista ante el derecho internacional*, trad. de José Luis Cascajo, Universidad de Salamanca, 1987.

de la Federación establezcan normas contrarias a las contenidas en las leyes, entonces se aplican las de los tratados internacionales”.¹³⁰

120. Los preceptos anteriores son importantes en cuanto significan la incorporación automática del derecho interno de las normas consuetudinarias del derecho internacional, así como las de los tratados aprobados por los órganos respectivos, inclusive con jerarquía superior a las leyes ordinarias, como es el caso del transcrito artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Además, a algunos de los países que hemos mencionado les son aplicables los principios generales que la Corte de la Unión Europea con sede en Luxemburgo ha establecido en su jurisprudencia.¹³¹

121. Algunos textos constitucionales han significado el reforzamiento de la jurisdicción constitucional de la libertad en el ámbito supranacional, por la incorporación de las normas internacionales y comunitarias en el campo de los derechos humanos. Al respecto, podemos señalar el artículo 16 de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982, que establece en su parte conducente: “2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”¹³² A su vez, el artículo 10, inciso 2, de la Carta española de 1978, dispone, de manera similar: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.¹³³

122. Esta preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos, en particular el contenido en los tratados y convenciones, se advierte también en los ordenamientos latinoamericanos recientes. Podemos señalar como ejemplos importantes, en primer lugar el artículo 46 de la Constitución guatemalteca de 1985, en el cual se preceptúa: “Preeminencia del derecho internacional. Se

(130) Cfr. Van der Berg, Ger P., “Human Rights in the Legislation and the Draft Constitution of the Russian Federation”, en *Review of Central and East European Law*, núm. 3, 1992, pp. 197-251.

(131) Cfr. Dubois, Louis, “El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de protección”, en la obra *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, cit. *supra* nota 32, pp. 563-597.

(132) Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, cit. *supra* nota 91, tomo II, pp. 420-424.

(133) Cfr. Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, cit. *supra* nota 92, pp. 165-169.

establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.” Por su parte el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979, les otorgaba un rango superior, al disponer que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional.” La Carta peruana vigente de 1993, no reconoce expresamente el carácter fundamental de los derechos establecidos en los tratados internacionales, pero el artículo 57 párrafo segundo, dispone que cuando un tratado de derechos humanos afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

123. Por su parte, el artículo 142 de la Constitución paraguaya de 1992, establece que “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución.” Lo anterior equivale a establecer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas constitucionales. Una disposición equivalente es la contenida en el artículo 93 de la Carta colombiana de 1991, en cuanto sostiene : “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia.”

124. Este desarrollo ha culminado en las reformas de agosto de 1994 a la Constitución argentina de 1853-1860, ya que el texto actual del artículo 75, sobre las facultades del Congreso, dispone en la parte conducente de su inciso 22 (que otorga al citado Congreso la atribución de aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y organizaciones internacionales), que “... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (sobre declaraciones, derechos y garantías) y deben entenderse*

complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.- Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."¹³⁴

125. Como puede observarse de la evolución anterior, en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se ha vigorizado la tendencia hacia la superioridad de los tratados internacionales sobre las disposiciones legales internas, aun cuando se conserva la supremacía de la Ley fundamental, pero en el campo de los derechos humanos, los instrumentos internacionales adquieren una jerarquía todavía más elevada, que llega hasta su reconocimiento de nivel constitucional.¹³⁵

IX. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

126. De manera muy abreviada, puesto que este pequeño estudio únicamente pretende abordar los lineamientos introductorios a la doctrina general de derecho procesal constitucional, haremos una referencia muy incidental a lo que podría calificarse como "derecho procesal constitucional mexicano", el que tiene por objeto el análisis científico, desde la perspectiva de la teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal, de las garantías constitucionales establecidas por la Carta federal vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores.¹³⁶

(134) Cfr. Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 99-107.

(135) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 159-207; Dulitzky, Ariel E., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en *Estudios especializados de derechos humanos*. I, compilados por Thomas Buergenthal y Antonio A. Cancado Trindade. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 129-166; Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en la obra *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, cit. *supra* nota 40, tomo II, pp. 741-763.

(136) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en la obra *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*. México, UNAM, 1992, pp. 107-109.

127. Es preciso recordar que nuestra Ley Suprema conserva la denominación histórica de garantías constitucionales como equivalente a la de los derechos fundamentales consagrados en la misma Carta federal. El capítulo I del título primero de la propia Constitución se denomina de manera anacrónica: “De las garantías individuales”. Los cursos que se imparten en las escuelas y facultades de derecho mexicanas, incluyendo la UNAM, se califican de “garantías individuales y sociales”,¹³⁷ además con un criterio tradicional, pues no comprenden la enseñanza de los consagrados en los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados y aprobados en los términos del artículo 133 constitucional, y que por lo mismo, ya forman parte del ordenamiento interno mexicano.¹³⁸

128. Sin embargo, se abre paso la tendencia hacia el análisis sistemático de nuestros instrumentos de tutela de las normas constitucionales y, desde este punto de vista, consideramos que pueden señalarse como las más importantes, las siguientes garantías constitucionales, cuyo conjunto integran lo que puede calificarse de *derecho procesal constitucional mexicano*: A) *El juicio político* (artículo 110); B) *Las controversias constitucionales* (artículo 105, fracción I); C) *La acción abstracta de inconstitucionalidad* (artículo 105, fracción II); D) *El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia* (artículo 97, párrafos segundo y tercero); E) *El juicio de amparo* (artículos 103 y 107); F) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales* (artículo 99, fracción V); G) *El juicio de revisión constitucional electoral* (artículo 99, fracción IV); y H) *Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos*, inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman* (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos corresponden a la Constitución federal.¹³⁹

X. CONCLUSIONES

129. De las breves reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

(137) Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 28ª ed. México, Porrúa, 1996; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 9ª ed. México, Porrúa, 1996.

(138) Cfr. Tapia Hernández, Silverio (compilador), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, 2ª ed. Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1994.

(139) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit. *supra* nota 125. pp. 67-143.

130. *Primera.* En los años que siguieron a la segunda posguerra, se ha presentado un intenso desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre uno de los temas de mayor trascendencia en el campo del derecho público de nuestra época, es decir, la materia que ha recibido las diversas denominaciones de defensa, control, justicia, jurisdicción y derecho procesal, todos estos vocablos con el calificativo de *constitucional*. No obstante que se utilizan como equivalentes, entre estas denominaciones existen matices y modalidades. A nuestro modo de ver resulta preferible, por su vinculación con los estudios de teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal, el nombre de derecho procesal constitucional, para sustituir la que se ha utilizado hasta ahora de justicia o jurisdicción constitucional, para designar a la disciplina científica que analiza de manera sistemática las garantías constitucionales, entendidas no como equivalentes a los derechos humanos consagrados constitucionalmente, sino como los instrumentos jurídicos predominantemente procesales, que se utilizan como medios para la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas de carácter constitucional.

131. *Segunda.* Si bien estos instrumentos o mecanismos de tutela de las normas constitucionales surgieron en el derecho positivo con mucha anticipación a su estudio científico, si se toma en cuenta, por ejemplo, la revisión judicial que ya se practicaba en las colonias inglesas en América y que se consignó en la Carta federal de los Estados Unidos de 1787, en estricto sentido el análisis sistemático y comparativo de las garantías constitucionales es relativamente reciente, pues a nuestro modo de ver, se inició en la primera posguerra con la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, en los años treinta de este siglo, sobre el órgano “protector” o “defensor” de la Constitución, así como el clásico estudio del segundo de los autores mencionados, sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, que publicó en la revista francesa de derecho público en el año de 1928, por lo que el propio Kelsen debe considerarse como el fundador de los estudios científicos sobre las garantías constitucionales en sentido actual, y por ello del derecho procesal constitucional.

132. *Tercera.* Para delimitar a la nueva disciplina del derecho procesal, lo que no resulta sencillo, es preciso distinguir entre denominaciones que se utilizan sin mayor reflexión como sinónimas. En efecto, *la defensa de la Constitución* debe entenderse como el conjunto de medios que se han establecido para lograr el respeto a las normas fundamentales, pero deben distinguirse en ese concepto genérico, dos sectores. El primero que se puede calificar para efectos de estudio como protección de la Constitución se integra con los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos, canalizados por conducto de normas

fundamentales, para lograr el funcionamiento armónico de los organismos constitucionales. Si dichos medios no son suficientes, deben utilizarse los instrumentos o mecanismos por medio de los cuales se puede restaurar el orden constitucional desconocido o violado, y éstos son precisamente las *garantías constitucionales*, que es la materia de estudio del derecho procesal constitucional. La defensa de la Constitución como concepto genérico debe considerarse no sólo como el conjunto de medios jurídicos y procesales para prevenir la infracción o para restaurar las normas fundamentales, sino también para la evolución de dichas normas a fin de adaptarlas a los acelerados cambios sociales de nuestra época, y de manera recíproca para modificar la realidad política, económica y social, de acuerdo con las disposiciones programáticas o de principio de los ordenamientos fundamentales.

133. *Cuarta.* También debe tomarse en consideración que los ordenamientos constitucionales de nuestra época han consagrado, cada vez con mayor precisión, normas que regulan instrumentos de carácter procesal. Pero no todos estos instrumentos tienen como objeto la solución de los conflictos estrictamente constitucionales, ya que algunos de ellos están orientados a la prestación jurisdiccional ordinaria, que en términos genéricos puede calificarse como “acceso a la justicia”. Esta situación ha producido una división en la doctrina, pues en tanto que algunos autores, entre los cuales se encuentra el autor de estas líneas, consideramos que dentro del campo del derecho constitucional se ha desarrollado un sector que se puede denominar “derecho constitucional procesal”, que se ocupa del estudio de las normas fundamentales de contenido procesal, y además otra disciplina, pero que corresponde al derecho procesal, que puede calificarse como “derecho procesal constitucional”. Otro sector de la doctrina estima, que dichas denominaciones constituyen un juego de palabras, y que únicamente existe la segunda rama científica que abarca todas las normas constitucionales de contenido procesal, incluyendo los mecanismos de solución de controversias fundamentales. En cualquier caso se trata de disciplinas de frontera y de confluencia que requieren de la colaboración permanente de los cultivadores tanto del derecho constitucional como los que se dedican al estudio del derecho procesal.

134. *Quinta.* De acuerdo con lo que hemos expuesto con anterioridad, podemos describir el derecho procesal constitucional como la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a la aplicación de los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos. Estos

instrumentos también pueden calificarse, según se ha dicho, como “garantías constitucionales”, en su concepción actual. Esta rama del derecho procesal general, tiene como contenido el análisis de las tres categorías que integran lo que se ha calificado como “trilogía estructural del proceso”, es decir, la acción, la jurisdicción y el proceso. Pero estas tres categorías esenciales poseen aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional, y con este motivo, como un ensayo de sistematización de la materia de esta disciplina reciente, todavía en formación, adoptamos la terminología, ya acreditada, del notable procesalista italiano Mauro Cappelletti quien además ha sido uno de los juristas que mayores aportaciones ha hecho a este sector del derecho procesal. Este autor ha distinguido, sólo para efectos de estudio, entre a) jurisdicción constitucional de la libertad, que se ocupa del estudio de los instrumentos que tienen como objeto específico la protección de los derechos humanos en sentido estricto; b) jurisdicción constitucional orgánica, que analiza los conflictos entre los diversos órganos del poder, tanto desde el punto de vista territorial o vertical, como respecto a las controversias de carácter horizontal (conflictos de atribución), y finalmente c) jurisdicción constitucional supranacional, que examina las relaciones cada vez más intensas, y por tanto, los conflictos entre el ordenamiento constitucional y los derechos internacional y comunitario.



LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA DEMOCRACIA: LIBERTAD DE EXPRESIÓN; EMPRESA; PODER SOCIAL; PROYECCIÓN INSTITUCIONAL.

Germán J. Bidart Campos

1.- Es ya un lugar común afirmar que en la sociedades actuales y en los sistemas democráticos los medios de comunicación masiva están desplegando un protagonismo relevante.

Esta presencia fuerte exhibe un primer aspecto sumamente valioso, porque significa que la expresión, la información y la comunicación – cuando se movilizan en un clima de libertad – inoculan en los intersticios de la sociedad un activismo propenso a sacudir la indiferencia, la apatía y el conformismo, y a dinamizar las opiniones públicas.

Diríamos, sin vacilación, que los medios estimulan una variedad de modalidades para la participación social. Por un lado, son ellos mismos los que la asumen y la ejercitan sin discontinuidad. Por otro lado, la propia sociedad se contagia de similar energía para superar el sopor de las inercias,

No obstante, es imposible – como en todo quehacer humano – soslayar el señalamiento de un segundo aspecto, ya no valioso sino negativo, que aparece cuando los medios se convierten conscientemente en vehículo transmisor de falsedades, suspicacias, violaciones a derechos personales, obscenidades y cosas semejantes, con una expansión difusiva, incontenible e incontrolada, fomentando el farandulismo, la teatralización, la chabacanería, el mal gusto, la frivolidad, y la competencia de un “rating” que para nada busca la calidad sino el exitismo barato.

Nos viene a la memoria la frase de Lope de Vega: el pueblo es necio, y pues lo paga es justo – hablarle en necio para darle gusto.

2.- Señalar este papel negativo de los medios no se ha de interpretar jamás con la proclividad de proponer la censura previa para impedir los desbordes. La

corrección ha de encarrilarse por otras vías, que en nada se asemejan ni aproximan a las modalidades de los controles preventivos, sean estatales o de otra índole. Aca la libertad de expresión en todas sus dimensiones hace de barrera inexpugnable, lo que tampoco se traduce en la noción de que es una libertad absoluta, porque no lo es. Se traduce en las responsabilidades ulteriores, con las sanciones penales y no penales consiguientes, y en la necesaria articulación de la libertad de expresión con otros derechos personales que pueden sufrir afectación – dignidad, honor, intimidad, reputación, etc.-, sin descuidar la protección a la minoridad.

3.- Los medios cuentan actualmente con una capacidad de penetración inusitada. Basta pensar en las emisiones directas por cable y por aire, local y satelital, en materia de televisión; más la red de Internet, que recientemente ha dado lugar a jurisprudencia de la Corte Suprema federal de Estados Unidos. Ya no se trata solamente de la prensa escrita que con facilidad y rapidez recorre el mundo, ni de la radiotelefonía que cubre espacios amplios. A las ideas, las crónicas y las noticias se suman las imágenes audiovisuales, las sugerencias, el discurso político y tantas cosas más. En 1969 pudimos ver en las pantallas el alunizaje del hombre, en el mismo instante en que desembarcaba en la superficie del satélite. Las distancias y los espacios han quedado bajo el dominio de la comunicación.

No en vano, el derecho a comunicarse se viene situado desde hace tiempo entre los de la tercera generación.

Si a este panorama añadimos todo cuanto, con igual dimensión, incide en la propaganda y publicidad comerciales para proyectar su efecto al derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, abarcamos una red donde la influencia de los mercados, de la oferta y la demanda, el perfil del capitalismo, y la gravitación del poder económico – interno, multinacional y transnacional – componen un tejido que nos muestra ventajass, riesgos, y también inconvenientes.

Otra vez no hemos de pensar las moderaciones imprescindibles en detrimento de la libertad, porque los equilibrios con los derechos en juego se tienen que lograr sin afectación de su núcleo o contenido esencial. Tampoco es suficiente apelar a la ética y a la autorregulación, porque ninguna actividad humana consigue ordenarse automáticamente por virtud de alguna “mano invisible”.

Cuando se hacen sinónimos “medios de comunicación” y “periodismo”, la libertad que está en el medio exige, aunque sea difícil, que no la absoluticemos y, a la vez, que no la transgredamos. Nuevamente, la más simple postulación doctrinaria nos dice: censura previa, no; responsabilidades ulteriores sí; coordinación con los derechos personales de terceros y con la tutela de la minoridad, también.

4.- Nadie ignora que lo que, en hora temprana, se denominó libertad de prensa, fue ensanchando sus contenidos a medida que aparecieron otros medios distintos de la prensa (escrita). Y aún antes, creemos que lo que con mejor rótulo cabe señalar como libertad de expresión también cubría ya anticipadamente la expresión a través del arte, de los símbolos, del silencio. El teatro, la pintura, la escultura, la música, los gestos corporales, etc., fueron muy anteriores a la imprenta. Eran y son modalidades de la expresión a tenor de lo posible y accesible en su receptiva situacionalidad histórica. Hoy tenemos también radio, telégrafo, teléfono, cinematografía, televisión, comunicación satelital, como una manifestación concreta e innegable de que el acrecimiento de un sistema de derechos no sólo incorpora progresivamente nuevos derechos, sino también contenidos nuevos en derechos viejos. ⁽¹⁾

5.- Pero no concluye acá este testimonio: la libertad de expresión no se limita a exteriorizar pensamientos, ideas y opiniones; implica asimismo la libertad de buscar, recibir y difundir información. Y ello por todos los medios existentes y disponibles en cada circunstancia de lugar y tiempo.

6. Cuando se indaga la titularidad del derecho a la expresión libre, aparece una diversificación. ⁽²⁾ En primer lugar, es un derecho de cada persona y de todas. En segundo lugar, lo es de la entidad - empresaria, societaria, etc. - a la que pertenece un medio de comunicación, sea un periódico, una revista, una emisora radial, un canal de televisión, etc. Cada área de titularidad permite hacer diferencias. Cuando decimos que toda persona es sujeto activo del derecho a expresarse libremente, hay que prestar atención a cuál es el sujeto pasivo frente al cual pretende ejercerlo, porque estamos persuadidos de que el sujeto individual "A" no puede invocar su derecho a la libre expresión para exigirle al diario "B" que le publique un artículo de su autoría, lo que deja en claro que es inviable inventar entre "A" y "B" una relación jurídica justificante que convierta a "B" en sujeto pasivo cargado con la obligación de publicar las ideas de "A". Alguien se preguntará por qué es así, y nos resulta fácil la respuesta; porque el director o editor del diario "B" también tiene derecho a la libertad de expresión y, en

(1) Para esto, nos remitimos a lo que dijimos hace años en nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, edit. Ediar, Bs. As., T. I, 1993. cap. XII, y luego en el *Manual de la constitución reformada*, edit. Ediar, T. II, 1997. cap. XII.

(2) Para esto y lo que sigue en el texto, ver: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. I, p. 415; y *Manual de la constitución reformada*, T. II, pág. 25-27, nros. 27-29.

ejercicio de ese derecho, a elegir y decidir qué publica y qué no publica en sus páginas, como contenido inherente al derecho de dar a su periódico la orientación ideológica de su preferencia.

Este derecho a publicar y no publicar, que hemos ejemplificado con un diario, pertenece también a todo otro medio de comunicación, hasta el extremo de que ni siquiera la publicidad paga - avisos comerciales, solicitadas, etc. - irroga obligación de ser acogida por el medio que, si la rechaza o deniega, debe por supuesto abstenerse de cobrarla, o debe reintegrar lo pagado.

7. Hay una sola excepción importante en este derecho a seleccionar el material que compone el contenido de cualquier medio de comunicación, y es el derecho de rectificación y respuesta - conocido muchas veces como derecho de réplica, con el alcance que surge del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.⁽³⁾

Sobre ello no nos cabe la menor duda, porque en este caso el deber del medio para acoger y difundir la rectificación o la respuesta que le requiere una persona que, previamente, ha sido objeto de un informe inexacto o agravante del que dicho medio se hizo vehículo, tiene base en la necesidad de que al circuito de la comunicación social tenga acceso e ingreso no sólo el medio sino, en igualdad con él, toda persona que ha sido indebidamente aludida por él. Esto es, nada más y nada menos, que hacer equivalente la libertad del medio y la libertad de quien resultó afectado por noticias o crónicas inexactas o agravantes, sin insularizarla a favor del primero. Y no solamente para equiparar el derecho de uno y del otro, sino para que la misma sociedad a quien el medio transmitió el informe reciba, de inmediato, y a través de él, la rectificación o la respuesta.

Se trata de colocar en equilibrio los dos platillos de la balanza; si en este supuesto el derecho y la libertad se unilaterizan a favor del medio de comunicación, y no se reconocen en pie de igualdad al afectado, la tan manida igualdad de oportunidades y de trato resulta lesionada, con la secuela de que la sociedad escucha la campana de un lado pero queda impedida de escuchar la campana del otro lado para poder equiparar la situación.

8.- No cabe en modo alguno oponer al derecho de rectificación y respuesta el argumento de que el medio que propaló el informe inexacto o agravante queda sujeto a la eventual responsabilidad civil y/o penal. Es así por varias razones: la difusión rápida de la noticia o crónica inexacta o gravante exige una igual difusión veloz - inmediata- de la rectificación o respuesta por el mismo medio a

(3) *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T.I. págs. 410-413 y sus notas 14 a 17. *Manual de la constitución reformada*, T. II, págs. 23-24.

través del cual entró al circuito informativo, de forma que no se supliría esa exigencia ni siquiera cuando -en el mejor de los casos- una sentencia favorable al perjudicado se difundiera mucho tiempo después, cuando la cuestión dejó de ser noticia; además, no siempre un informe inexacto o agravante encuadra en un tipo penal susceptible de sanción de igual naturaleza; por fin, la indemnización por daños -en caso de conseguirse judicialmente - tiende a una finalidad reparatoria muy distinta del objetivo que persigue el derecho de rectificación o respuesta. De ahí que resulte necesario atender al bien jurídico tutelado por el último, para no confundirlo con el que recibe cobertura en los supuestos del proceso penal y del proceso civil.

9.- Lo que sí hemos de dejar bien a salvo es que, desde nuestra perspectiva, el derecho de rectificación y respuesta que tiene marco en el Pacto de San José de Costa Rica, no es hábil ni procedente para la llamada réplica ideológica o de opiniones, porque las ideas y las opiniones no confieren derecho a quien no las comparte o las impugna para pretender que el medio que las hizo públicas también acoja las discrepantes. En este ámbito reaparece el derecho de cada medio de comunicación a asumir la orientación que es de su preferencia y elección, con descarte de las disidentes.

10.- Otra distinción a introducir cuando hurgamos en el sujeto titular del derecho a la libertad de expresión es la siguiente: una cosa es lo que un medio de comunicación “hace” - informar, anunciar, transmitir ideas, etc.- y otra cosa lo que ese medio “es” en cuanto empresa o entidad dedicada a la comunicación social, su situación comercial, fiscal, empresarial no admite desigualarse respecto de otras entidades o de otros sujetos en cuanto a las obligaciones que gravan a quienes desarrollan actividades lucrativas. Por ende, el espacio social no ha de prolongarse con igual dimensión en cuanto despliega esa misma actividad en una dimensión económica.⁽⁴⁾

11.- No es ocioso aludir al poder social de los medios contemporáneos de comunicación social. Hay quienes lo destacan con tal vigor, que a los tres poderes clásicos que separa la división gubernamental de poderes agregan este “cuarto” poder. Equivalencias al margen, nadie puede hoy dudar de que es un poder

(4) Al fallar el caso «La prensa» el 2 de setiembre de 1987, la Corte Suprema consideró inaplicable el régimen de la ley de abastecimiento 20.680 y eximió a la empresa periodística de la multa legal que le correspondía satisfacer por haber aumentado el precio del ejemplar sin previa autorización. La Corte entendió que la aplicación de la sanción comprometería las normas constitucionales sobre la libertad de prensa (ver nuestro comentario a la sentencia en *El Derecho*, T. 125, p. 470).

social de gran intensidad. Ya al comienzo de nuestro comentario recordábamos la capacidad de influencia y de penetración que ha logrado. Las gentes les prestan atención a los medios, les deparan seguimiento continuo -aunque a veces sea en muchas personas solamente superficial-, los toman en cuenta, se guían por lo que transmiten, y hasta en numerosos casos disminuyen o extravían la propia capacidad de reacción y de opinión, tal es la fuerza con que la comunicación social se infiltra en sus receptores.

Como signo de aporte positivo, nos estamos habituando a confiar más en la difusión y atención que nos puede prestar un medio cuando postulamos una necesidad personal o colectiva, que un órgano de poder estatal o hasta los tribunales de justicia. Denuncias, demandas, quejas, críticas, reclamos de la más variada índole, prefieren buscar canalización a través de la radio, la televisión y la prensa. Y son muchas las investigaciones que mediante los medios arriman presunciones, cuando no descubren, hechos ilícitos, delitos, corrupción y, como se dice ahora en lenguaje de moda, mafias de todo tipo. La contribución que se hace cuando todo ello es realizado honestamente, sin fines mezquinos, atendiendo a la veracidad y por medios lícitos y constitucionales, proporciona rendimiento muy útil y coopera a promover el activismo y la participación sociales.

De esta manera, el poder social de los medios de comunicación se articula con fuerte intermediación entre los actores y sectores sociales por un lado, y el poder político por el otro, sin perder de vista que en muchas situaciones esa mediación también se interpone entre grupos sociales en discordia, para refractar indirectamente su influencia sobre el poder estatal. En estos escenarios, les son aplicables a los medios las fisonomías constitucionales de los factores de presión y de los factores de poder.

12.- Es fácil descubrir una intersección entre el poder social de los medios y la proyección institucional que desde ellos se deriva al sistema político. Esto nos hace entrever que la libertad de expresión, de información y de comunicación no restringe su naturaleza a la de una derecho personal, porque además dimana de su ejercicio el referido carácter institucional. ¿Qué significa eso?

Significa que al sistema político le interesa y lo compromete el ejercicio que de las citadas libertades tienen a su cargo los distintos medios de comunicación. En un sistema democrático -que es donde cobra sentido y relieve el plexo de libertades bajo examen- los medios inciden en el funcionamiento del sistema. Las noticias que divulgan, las informaciones que recolectan y transmiten, las críticas y los consensos que expresan, la intermediación a que antes hicimos alusión, las influencias y las presiones son ejemplos de la repercusión institucional de los medios, tanto cuando el beneficiario es el poder estatal, cuando lo son la sociedad y sus múltiples actores.

No es escaso el poder de control que los medios ejercen, y que en la actualidad actúa tanto y más que los controles formalmente institucionalizados en los órganos de poder y en los órganos extrapoderes. De tal control se desprende asimismo uno de los frenos y contrapesos que ha sido y es uno de los rasgos a destacar en la división gubernamental del poder. No hay duda de que como controlador de dicho poder, el poder social y la proyección institucional de los medios operan en muchos casos a manera de contención, de todo lo cual se infiere que el ejercicio veraz, leal y ético de las libertades de expresión, información y comunicación a cargo de los medios contribuye valiosamente a defender y fortificar el sistema de derechos.

13.- Lo nefasto no deja de intercalarse cuando, en lugar de veracidad, lealtad y ética, los medios se enlazan interesadamente a los elencos del poder -político, económico y de cualquier otra clase- y pierden la neutralidad, imparcialidad y objetividad que deben presidir su actividad. Cuando mencionamos la neutralidad no queremos decir que hayan de abdicar de su orientación, su ideología y sus creencias, todo lo contrario; lo que quiere decir neutralidad es algo diferente, porque apunta a la independencia con que tienen que recaudar y distribuir sus informaciones, noticias y opiniones, tanto para criticar como para adherir a una posición o a otra. En otras palabras, no deben engancharse a la dependencia de apoyos espurios con los que, interesadamente, en algunas ocasiones se los tienta desde el poder político o desde poderes y sectores sociales que buscan alianzas, complicidades y compromisos favorables. El amiguismo es pernicioso cuando busca y cuando encuentra clientela en los medios de comunicación social. Se pierde eso que hemos llamado la neutralidad, que es tanto como ver y juzgar desde afuera, con independencia, todo cuanto es objeto de la crónica informativa y del comentario propio del periodismo a cargo de los medios.

14.- Vuelve a hacerse notar que en todo el panorama brevemente insinuado en los párrafos antecedentes no está en juego la libertad individual de expresión, sino la expansión institucional que desde su ejercicio se tiende hacia la sociedad y hacia el sistema político en sí mismo. ¿Quién podría negar que el acceso a la educación, a la cultura, al consumo, a la divulgación científica, al conocimiento y al aprovechamiento de numerosos aspectos científicos y tecnológicos, cuenta con un importante canal de disponibilidad en los medios de comunicación? Buena parte de lo que altamente apodaríamos como el patrimonio cultural puede ponerse al alcance de públicos indeterminados mediante la información y la comunicación que es función de los medios. Nuevamente, por esta faceta de su actividad, comprendemos la responsabilidad social que compromete el ejercicio de las libertades que les son necesarias para abastecer en forma cabal su protagonismo

social e institucional. El estado, el sistema político, y la sociedad, les han de dejar expedito el espacio de libertad que es propio de la democracia, pero simultáneamente han de suministrar las limitaciones y los cauces que, sin vulnerar el contenido de la misma libertad, eviten y reparen su absolutización, porque ninguna libertad es absoluta. Todas tienen su tope constitucional.

15.- Cuando en nuestro derecho constitucional se trae a colación el art. 32, incorporado al texto en 1860, se abre el debate acerca de este supuesto carácter “absoluto” de la libertad de imprenta (Reparemos en que la norma exime a la imprenta de leyes del congreso que la “restrinjan”, y de la jurisdicción federal).

De los antecedentes de la enmienda de 1860 se ha querido elaborar una categoría de “derechos que le quedan al pueblo” (Vélez Sársfield), o de derechos que el pueblo se reserva. Se trataría de trasladar al orbe de los derechos algo que siempre hemos pensado en el área del poder del estado para distinguir los poderes que se reservaron las provincias y los que delegaron al gobierno federal. En materia de derechos creemos que no hay derechos que se reserve ni derechos que se deleguen, porque todos los derechos tienen una ascendencia supra o extrapositiva, por lo que la constitución los “reconoce” pero no los “otorga” ni los “concede”.

Además, el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, conforme al enunciado del art. 14, es uno de los tantos derechos enumerados que se ejercen de acuerdo a las leyes que los reglamentan, de forma que la prohibición dirigida al congreso en el art. 32 para impedirle legislar de modo restrictivo sobre la imprenta significa que el congreso puede legislar, pero no restringir, y así lo interpretaba Rufino de Elizalde, que integró la convención del Estado de Buenos Aires.⁽⁵⁾

En consecuencia, esta libertad de imprenta o de prensa escrita es una más en la serie de derechos, enumerados e implícitos, que integra nuestro sistema de derechos, con la prohibición expresa de la censura previa. Y nada más. Todo lo que cabe en el rubro de las libertades “preferidas” dentro del que se aloja a la libertad de prensa tiene como único sentido destacar la envergadura que inviste en un sistema democrático y la fuerte proyección social e institucional que ya hemos destacado y que obliga a depararle, paralelamente, también una fuerte protección garantista.

(5) Ver Fayt Carlos S., *La omnipotencia de la prensa*, ed. La Ley, Bs.As. 1994, cap. IX, especialmente, p. 103. Omitimos nuestra interpretación personal del art. 32, que puede verse en el *Tratado*..... T. I, cap. XII, acápite III, y *Manual*..... T. II, acápite III.

16.- En suma, la sociedad -o el pueblo- no se ha reservado este derecho como propio y absoluto, porque todos los derechos se hallan situados y titularizados en el ámbito societario del que forman parte los seres humanos que son sujetos activos de los derechos. No hay derechos delegados al estado, ni derechos “del” estado, porque el estado no tiene derechos sino competencias. De tal modo, aludir a la supuesta reserva que el pueblo ha hecho de la libertad de prensa es traspolar al sector de los derechos una terminología que nuestro derecho constitucional utiliza para dividir las competencias del poder en unas que se han reservado las provincias y en otras que se han delegado por medio de la constitución al gobierno federal.

17.- Es claro que el carácter relativo y no absoluto de la libertad de expresión deambula, en sus aplicaciones, por un discurso doctrinario y jurisprudencial que exhibe diferencias dentro de su pluralismo interpretativo y aplicativo. No hay más que detenerse en la doctrina de la real malicia para colocar, de un lado, a destacadas opiniones que no la reputan asimilada por nuestro derecho, frente a otras que la dan por recogida hasta en la jurisprudencia de la Corte.⁽⁶⁾

Como síntesis de una correcta interpretación constitucional a la que hemos adherido vale traer a colación la sentencia de la Corte del 15 de mayo de 1986 en el caso “Campillay”, que ha trazado un lineamiento de equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos personales que quedan afectados por el ejercicio antifuncional de dicha libertad.

En “Campillay”, el resumen aplicable a la responsabilidad de los medios de comunicación es el siguiente: los medios se eximen de responsabilidad cuando en sus crónicas o informaciones -más allá de su exactitud o inexactitud y de la imposibilidad práctica de verificar una u otra- citan directamente a la fuente de la que recogieron la crónica o la información, o utilizan un tiempo de verbo potencial, u omiten consignar la identidad de las personas implicadas en el hecho ilícito del que dan noticia.

De no adoptar una de estas precauciones, el medio no está en condiciones aptas para eludir su responsabilidad, si es que ha afectado derechos que atañen a la dignidad, la intimidad o el honor de las personas.

(6) Ver Morello Augusto Mario, «¿Es prescindible la doctrina de la real malicia?» *La ley*, 16/IX/97; Bustamante Alswa Jorge, «La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la «actual malice», *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales*, Año XLII, 2da época, No. 35, Bs.As. 1997; Zambrano María del Pilar, «La desafortunada aplicación de la doctrina de la real malicia al ámbito de la responsabilidad penal», *El Derecho*, 13/X/95; Bariancos y Vedia Fernando, «La Corte Suprema de Justicia reafirma los principios esenciales de la doctrina de la «real malicia», *La Ley*, 10/X/97; Badeni Gregorio, «Doctrina de la real malicia», *La Ley*, 9/IX/97.

18.- Que es arduo deslindar en cada caso concreto hasta dónde la libertad de expresión e información puede extenderse sin provocar responsabilidad civil o penal del medio de comunicación, y a partir de dónde esa responsabilidad ulterior tiene que dar lugar a condena civil o penal, queda fuera de duda. Pero que el tribunal de la causa donde se ventila la cuestión debe esmerarse en encontrar el justo medio de equilibrio, también está fuera de toda duda. La impunidad no encuentra sitio ni siquiera por la naturaleza de libertad “preferida” que se le asigne a la libertad de expresión, ya que vale reiterar que no es absoluta sino relativa.

Tanto más hay que acentuar los límites razonables de su ejercicio funcional cuanto mayor es la expansión que actualmente ha adquirido el carácter socio institucional de los medios de comunicación. Si han de movilizarse sin censura previa en una atmósfera democrática de libertad, también los demás derechos han de asegurar su tutela efectiva cuando la libertad de expresión los lesiona. Nadie puede alegar que un supuesto derecho “reservado” por el pueblo dispone de un ejercicio libérrimo que cuenta con total impunidad e irresponsabilidad, porque ello sería desquiciar el sistema de derechos y el régimen democrático. Omnipotencia no; libertad funcional y razonablemente ejercida, sí.

19.- Concorre, además, un requerimiento ético, y no se diga que la ética es ajena al derecho, y que queda relegada a la virtud privada. ¿Acaso la ley de ética pública para la función, que ahora prevé el art. 36 de la constitución reformada, no muestra a las claras que la ética no es cuestión de la subjetividad personal, y que el art. 19 coloca bajo autoridad estatal las acciones que ofenden el orden, la moral pública o perjudican a terceros?. La función de los medios no es una función propia del poder del estado, pero es - a su manera- una función “pública” porque en su ejercicio se dirige al público, a la sociedad, a todos y a cualquiera, arista por la cual recalamos otra vez en la proyección social e institucional -sin duda “pública”- de los medios de comunicación masiva, y en la ética “pública” que les es exigible.

20.- Últimamente se ha hablado de un tribunal de ética para los medios. No creemos que lo deba establecer y reglamentar el estado. Además, compartimos la afirmación de que quienes ejercen el periodismo no pueden ser obligados a colegiarse, por lo que los tribunales de ética que van anexos a los colegios profesionales encuentran acá una dificultad.

No obstante, hay que ingeniarse en pensar que, aun sin colegiación compulsiva, puede existir un tribunal de ética -no estatal- que tome a su cargo todo lo referido a las violaciones en que puedan incurrir quienes ejercen el periodismo.

La ética de los medios no ha de quedar librada a la subjetividad de los periodistas.

Esta muy bien culturizarlos para inoculales los principios éticos, pero la juridicidad que cala en la relación de alteridad que se traba entre los medios y la gente necesita la exigibilidad de las conductas éticas, porque son también conductas jurídicas.

21.- Precisamente cuando se destaca y vigoriza la función social de los medios y las responsabilidades éticas y jurídicas que irroga para el periodismo, se capta en su debida dimensión que la relación con la sociedad recipiendaria induce a aplicar el principio del “favor debilis”. No hay duda de que frente a los medios - especialmente los de gran envergadura y difusión- los particulares vienen a configurar la parte más débil que, por eso mismo, necesita protección. Y volvemos a aclarar que en modo alguno estamos postulando que el “favor debilis” haya de usarse en desmedro de la libertad de los comunicadores sociales, porque lo que la tutela del débil reclama es la articulación posible de su defensa cuando están en juego sus derechos- dignidad, reputación, honor, intimidad, etc. De ahí que tanto reivindicemos el derecho de rectificación y respuesta con el alcance que le reconoce e impone el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, a más de las responsabilidades civiles y penales según el caso y las circunstancias. Nuevamente, ni siquiera el carácter de libertad “preferida” que pueda atribuirse a la libertad de expresión e información deja espacio para marginar la aplicación del principio del “favor debilis” para cobertura de quienes se sienten o resultan realmente afectados por un medio de comunicación masiva.

22.- Por cierto que es correcto distinguir, dentro de la categoría de eventuales afectados, a los gobernantes, funcionarios y personas públicas - por un lado - y al hombre común -por el otro-. Si a los primeros no se les ha de dispensar con idéntica intensidad la tutela que requieren los demás, siempre se debe establecer un límite cuya transgresión engendre responsabilidad. No hay que liberar al hombre público de las críticas e informaciones, por ásperas que sean, porque la sociedad precisa que ellas sean amplias, que no estén sujetas a susceptibilidades y suspicacias, y menos a amenazas o a represiones; ni siquiera a autocensura; pero siempre hay, también en y para la persona pública, un reducto a respetar y una responsabilidad a reconocer, aunque acaso el “favor debilis” no revista acá el mismo perfil fuerte que en el caso del hombre común. La Corte, en el célebre caso “Ponzetti de Balbín”, supo equilibradamente proteger la privacidad de una persona pública afectada por un medio periodístico cuando se hallaba en estado terminal.

23.- Viene bien retomar la idea de que si los medios operan como eso que se denomina -en cuanto poder social gravitante- el “cuarto poder”, hay que aplicarles la simplísima noción de que todo poder necesita control, y más control

cuanto mayor es el poder. Si Montesquieu pensó su axioma de que es menester que el poder frene al poder para hacerlo aplicable a la estructura del poder político o gubernamental, no es extravagante que cuando los medios han alcanzado la capacidad difusiva y de penetración social con que cuentan hoy, se haya de extender para ellos un análogo principio de control.

Es cierto que -por su lado- el periodismo libre ejerce, desde la sociedad, un fuerte control sobre el poder político, pero también es cierto que otros poderes sociales vigorosos -como el poder económico, para citar uno solo- se intercalan en la función mediadora de los medios de comunicación y, en algunos casos, disponen de los suyos propios para informar, propalar sus ideas y opiniones, y defender (lo cual es muy legítimo) sus intereses sectoriales. Nada de eso ha de censurarse ni cohibirse, pero si ha de controlarse. ¿Cómo? Desde la sociedad pueden controlar otros sectores, otros medios de comunicación, y los particulares en general. Y desde el poder político, han de controlar los jueces para hacer efectivo el derecho de rectificación y respuesta y, de ser procedente, para aplicar los principios de las responsabilidades ulteriores -civil o penal, en cada caso-.

¿No vendría a insertarse -acaso- un tribunal de ética, difícil de implementar, pero no imposible?

Todas las respuestas afirmativas convergen a una negativa; no al control de los medios por el poder político (salvo el de los jueces), y no a un supuesto autocontrol de los propios medios porque, ya lo explicamos antes, cuando la ética se cuele a las relaciones jurídicas -como ocurre en las que se traban en los medios y las personas- es inadmisibile dejar inoperantes los resortes jurídicos para las responsabilidades ulteriores.

24.- Sin incurrir en desprestigios generalizados, el mundo actual acusa una muy escasa representatividad de la clase dirigente -dentro de la cual tiene rasgos propios de dirigencia política y partidaria- y de los cuerpos legislativos, a lo que en muchos casos, como es el de Argentina, se añade para mal la mala imagen social del poder judicial como tal (pese a la existencia de muy buenos jueces en lo ético y en lo técnico). Hay falta de confianza, de credibilidad, y para peor de males, una preocupante percepción de que para hacer política no se puede ni se debe ser totalmente honesto.

En este imaginario, como contrapartida, somos muchos los que confiamos en el periodismo serio, libre, desembarazado de amiguismos con el poder de turno, que informa y opina sin ataduras ni genuflexiones. Es utilísimo para la democracia que los medios enrolados en este apostolado cívico asuman su papel protagónico de información y de control con lealtad, veracidad, tenacidad

y libertad. La culturalización de la sociedad depende en alto grado de ello, por lo que otra vez atisbamos la proyección socioinstitucional del periodismo que, más allá de convencionalismos lingüísticos, inviste una función pública de alcurnia, si por “pública” entendemos al servicio del público, de la cosa pública o común (*la republica romana*) y, a la postre, de la democracia que “somos” o que -si todavía no “somos” - “queremos ser”.

25.- El estímulo a la participación social activa cuenta en los medios con un instrumento poderoso. No en vano muchos se acercan primero a un diario, a una emisora radial, a un canal de televisión, y no a un organismo estatal, a una repartición administrativa, o a un juez. La transmisión se supone -y en muchos casos es- más efectiva a través de la mediación de un comunicador social con capacidad de información, de difusión, y de control.

Hay que saber aprovechar este dato sociológico para no esterilizarlo, aunque tampoco hemos de incurrir en la desviación de reemplazar -y menos, suprimir- a los controles que, en la esfera del poder estatal, deben operar directamente cuando los gobernados peticionan, impugnan o demandan el ejercicio de competencias propias de los órganos de ese poder estatal.

Por supuesto que este contexto que, por diversidad de circunstancias incita a recurrir primero a los medios porque se cree que los operadores oficiales, no son eficaces o, mucho peor, no son idóneos u honestos, revela una crisis institucional profunda y grave, a la que todos hemos de procurar revertir. Pero la realidad es la realidad, y con ella hemos de manejarnos mientras siga siendo como es. Entonces, que el periodismo aporte a la gente lo que no confía en recibir, y no recibe del estado, acentúa un protagonismo que, a lo mejor, en vez de hacernos hablar de un “cuarto poder”, nos llevaría a suponer que es el “primero”, porque antecede a los otros tres clásicos de la estructura gubernamental.

26.- De cualquier modo, y aun cuando así dejara de ser en el futuro, nunca habrá de eclipsarse la importante mediación de los comunicadores sociales que, aún sin erigirse en sucedáneos del estado, sean cooperadores independientes y de intensa colaboración para los elencos del poder estatal. Centinelas de la libertad por un lado, y por el otro canales de transmisión y participación para que la sociedad allegue al poder político todo un arsenal de requerimientos, pretensiones, demandas, apoyos, críticas y disensos, su presencia y su activismo han alcanzado un nivel que jamás tendrá que rebajarse. Desde tal atalaya los medios deben emprender un dinamismo que impulse y renueve inercias, omisiones a superar, desviaciones a corregir, necesidades a satisfacer, derechos a alcanzar efectividad, controles a funcionar eficazmente.

Habrá que repensar si, acaso, es viable constitucionalmente una reglamentación que limite la acumulación de medios masivos de distinta índole (prensa escrita, medios audiovisuales, etc.) en una misma entidad, persona o empresa a fin de impedir concentraciones monopólicas dañinas socialmente para el pluralismo periodístico e informativo, aún cuando de ese modo la limitación consiguiente recaiga en derechos como los de ejercer actividad lícita, de propiedad, de trabajar, etc. (Cuando existían en Argentina normas de tal índole, las habíamos atacado de inconstitucionales; actualmente, a tono con el ámbito o escenario objetivo en que se han instalado los medios en ejercicio de su libertad de expresión, información y comunicación, nos inclinamos mediante una evaluación de resultados a admitir la razonabilidad de limitaciones como las antes señaladas, con la buena intención de brindar a la sociedad una oferta pluralista de opiniones, crónicas, informes y noticias).

Aunque no integre estrictamente el tema de nuestro comentario, hemos de dejar sentado que ahora, el nivel constitucional de los referidos tratados aporta, desde la fuente internacional, un ponderable refuerzo al sistema de derechos de nuestra propia fuente interna, porque lo incrementa con nuevos derechos y con contenidos nuevos en derechos viejos. Y tal es el caso de la libertad de expresión e información, y del derecho de rectificación y respuesta, más la prohibición absoluta de censura previa a cualquier medio de comunicación (salvo en lo referente a la protección de la moralidad en beneficio de los menores). Pero es bueno recordar que a la aludida amplitud de la libertad de expresión e información se la compensa en los mismos tratados con la exigencia de las responsabilidades ulteriores.

27.- Nuestra insistencia en reivindicar controles, responsabilidades y ejercicio ético de la libertad de expresión hace imprescindible que dejemos bien a salvo nuestra postura personal en torno de la censura o los controles preventivos.

El tema de la censura previa prohibida en el art. 14 de la constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica plantea diversas perspectivas: a) A qué *órganos de poder* va dirigida la prohibición de censurar previamente; b) cuál es el material sobre el que no puede recaer la censura; c) qué *modalidades* restrictivas son censura, o se pueden equiparar a ella; d) qué *medios de expresión* quedan exentos de censura.

A) No nos cabe duda de que en la actualidad ningún órgano de poder puede ejercer y aplicar censura previa. Esto significa que los tribunales judiciales no gozan de disponibilidad prohibitiva anticipada, si es que en una causa judicial consideran que debe prevenirse la comisión de un delito, o tutelar contra cualquier supuesta amenaza algún bien jurídico personal (vida, intimidad, honor, etc.).

Si se dijera que en ciertas circunstancias excepcionales un tribunal judicial puede aplicar censura prohibitiva en protección de valores o bienes más excelsos que la libertad de expresión, habría que conceder que todo material expresivo estaría expuesto a previa revisión, porque sin ésta es imposible saber cuál y cómo sería la expresión futura.

Por ende, en la medida en que se introduce la más leve excepción a la prohibición absoluta de la censura previa, se está concediendo que siempre existe capacidad de revisar y controlar “todo”, para de ahí en más poder decidir qué se prohíbe y qué se autoriza.

La falacia de este discurso argumental nos hace empecinar en la afirmación de que la constitución prohíbe absolutamente toda censura previa en cualquier caso y ante cualquier situación, y que no se puede introducir excepción de ninguna índole a esa prohibición de censura. Tampoco lo permite el Pacto de San José de Costa Rica.

Con esto no caemos en el error de aseverar que la libertad de expresión es un derecho absoluto. Es relativo como todos, pero tiene una arista en la que hay una prohibición constitucional e internacional que sí es absoluta y total, y es la prohibición de censura previa. Toda responsabilidad en la que se exhiba la relatividad de la libertad de expresión sólo puede ser posterior a su ejercicio.

B) En cuanto al material protegido por la prohibición de censura previa, no hay mayor discusión en incluir a la prensa escrita. Sin embargo, hay quienes afirman que sólo se protegen ideas, opiniones, informes, etc. pero no -por ejemplo- imágenes, publicidad, chistes, etc.

Si se hacen tales distinciones, sobrevienen dos dificultades. Una es saber con exactitud donde comienza y dónde termina el contenido de la prensa libre y de la exención de censura. Otra es la misma que verificábamos y descartábamos anteriormente para saber si algo es idea, noticia u opinión, o si no lo es, hay que revisar y controlar todo antes de su publicación. Y eso es censura previa.

Por eso, no admitimos que se pretenda hacer casilleros dentro de la prensa para en unos mantener la prohibición de censura (ideas, crónicas, informes, opiniones) y en otros permitir la (imágenes, publicidad, propaganda, comicidad).

Cuando de la prensa escrita se pasa a las expresiones a través de otros medios de comunicación masiva, tampoco se puede sostener que para la prensa la prohibición de censura es más severa y para los demás medios es más débil, o atenuada, o condicionada. (Tal criterio de protección más débil surge de votos mayoritarios en el fallo de la Corte del 8 de setiembre de 1992 en el caso “Servini de Cubría María R.” -más conocido como caso “Tato Bores”.-)

Volvemos a lo mismo de antes. Tales distinciones sólo son factibles de

comprobarse y de funcionar después de un control anticipado, y entonces este control anticipado implica censura previa.

C) En cuanto a las medidas que son censura, y a las que se le equiparan -o no formulamos una advertencia. Es censura previa -y está prohibida con el alcance que venimos explicando- cualquier medida que importa un control o una revisión anticipados de la expresión. No es censura todo lo que responsabiliza después que la expresión se exterioriza.

Por ejemplo, no implica censurar el establecer normas que con carácter general sancionan la violación a prohibiciones razonables, como las que impiden informar la identidad de menores que son autores o víctimas de presuntos delitos, o hacer apología de la guerra, del odio racial, del antisemitismo; ni las que tipifican delitos susceptibles de cometerse a través de los medios de comunicación masiva; ni las que vedan exhibir un film después del espectáculo si el film encuadra en una conducta delictuosa (apología del delito, exhibiciones obscenas, etc.); ni las que cercenan la publicidad y propaganda de productos cuya elaboración y/o comercialización son ilícitas. Tampoco es censura previa el secreto o la privacidad que un tribunal judicial ordena en un proceso respecto de las actuaciones, de sus participantes, de los menores, etc.

D) Por fin, nos restan los medios que quedan bajo cobertura de la censura previa prohibida. Actualmente afirmamos que son todos: prensa escrita, radio, televisión, cinematografía, teatro, expresión oral, expresión simbólica, etc. cualquiera sea el contenido de la expresión que se exteriorice, es decir, no sólo ideas, informaciones, opiniones, etc., sino también publicidad, propaganda, contenidos humorísticos y cómicos, imágenes, etc.

28.- Todo lo que antecede alrededor de la censura, nos retorna a las responsabilidades ulteriores. Más allá de su funcionamiento en el orbe de la realidad jurídica y de las normas -internas e internacionales -que en él encontramos, podemos efectuar alguna división de opiniones:

a) George Krinsky -por ejemplo- en la nota publicada en “ADEPA” (Noticiero de la Prensa Argentina)”, n° 166, setiembre de 1997, afirma con referencia a Estados Unidos: “No hay nada en la constitución de Estados Unidos que diga que la prensa debe ser responsable y debe rendir cuenta. Estos requisitos quedaron reservados para el gobierno. En una democracia de mercado libre, el pueblo -es decir, los votantes y el público comprador- decide en último término cómo debe actuar su prensa” (p. 21).

Tal opinión, que inserta a los comunicadores sociales en el “mercado”, implica a nuestro juicio una exorbitancia que riñe con elementales pautas jurídicas y éticas. Nos gustaría saber que diría el autor de la opinión citada si el pueblo,

los votantes y el público comprador coincidieran en aceptar y defender una prensa auspiciante del genocidio, del narcotráfico, o del totalitarismo. ¿Habría que dejarla sin más en el “mercado”?

b) Sin apañar la censura, la exigencia jurídica y ética de las responsabilidades ulteriores ofrece variedad de posibilidades:

b’) Una de ellas uniforma esas responsabilidades para todos los medios y todos los contenidos que hacen parte de ellos;

b’’) Otro sesgo nos dice que la responsabilidad posterior ha de ser mayor cuando los medios difunden noticias e informaciones, y menor cuando divulgan ideas, críticas, puntos de vista o apreciaciones doctrinarias que son propios de un periódico, de una audición radial o televisiva, etc.; a este enfoque le deparamos nuestra adhesión.

b’’) por fin, en este prieto esquema, recordamos que también hay doctrina que con buen razonamiento propicia moderadamente que pueda funcionar la teoría de la responsabilidad objetiva para algunos medios de comunicación de fuerte peso y difusión sociales, aplicando la doctrina del riesgo que deben asumir en función de su misma actividad (de modo análogo a como el iusprivatismo aplica la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa); por la teoría de la responsabilidad objetiva se descarta que el factor de imputación de la responsabilidad tenga necesariamente que ser subjetivo y requiera dolo o culpa. 29.- No hace mucho, en el diario *La Nación* del 17 de octubre de 1997, se publicaron dos opiniones que pueden servirnos de cierre. Una, se atribuye a Bill Clinton durante la visita que hizo a nuestro país en esa fecha, propiciando esquemáticamente en sede de la O.E.A. la creación de un “árbitro” para la prensa, que no debería ser designado por los gobiernos y al que estarían en condición de recurrir o apelar tanto los propios medios de comunicación como quienes se sintieran afectados por ello. (ver p.11). Otra opinión pertenece al Papa Juan Pablo II, y el periódico la transcribió entre comillas así: “Los medios de comunicación utilizados en forma correcta hacen un gran servicio a los hombres pero tienen que transmitir una información precisa y honesta, conforme a la verdad, y tienen también que enriquecer el espíritu”.

30.- El tema es polémico, compromete intereses sectoriales y generales, reviste trascendencia institucional, exige prudencia, pero no puede en modo alguno resolverse a favor de la impunidad, ni del “mercado de la mano invisible”, ni de los derechos “reservados por el pueblo”. Todo absolutismo es malo, porque apareja adhesión a algún tipo de fundamentalismo. Y la libertad, como los derechos de la persona humana, como los intereses sociales en juego, necesitan el equilibrio de la ética y de un derecho justo. La ética y el derecho justo son fundamentales, pero no fundamentalistas.

BIBLIOGRAFIA

- ANCAROLA, Gerardo "Alberdi y la libertad de prensa", *La Nación*, 29/VIII/97, p.21. Idem "Libertad de Prensa y responsabilidad de la prensa", *El Derecho*, 26/III/97.
- BADENI, Gregorio. *Libertad de prensa*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BALLESTER Eliel C. *Derecho de respuesta* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BIANCHI, Enrique Tomás "La Doctrina 'Campillay'", *La Ley*, 15/IV/97.
- CIFUENTES, Santos. "La protección del honor de los jueces y la responsabilidad de los medios de prensa", *El Derecho*, 11/IV/97.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Derecho de la información*, Ed. Depalma, Bs.As. 1992. "¿La publicidad comercial es una forma del ejercicio de la libertad de expresión?". *El Derecho* 1/IX/94.
- FAYT, Carlos S. *La omnipotencia de la prensa*, Ed. La Ley, Bs. As. 1994.
- LOPEZ ULLA, Juan Manual. *Libertad de informar y derecho a expresarse* Universidad de Cádiz<, 1994.
- PELLET LASTRA, Arturo. *La libertad de expresión*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- PIZZOLO Calógero (h). *Democracia, opinión pública y prensa*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1997.

“MEXICO: ¿HACIA UNA NUEVA CONSTITUCION?”

Jorge Carpizo

SUMARIO: 1. El cambio constitucional. 2. La ruptura constitucional. 3. La discusión de cambios constitucionales. 4. Tesis que sostienen que no es indispensable continuar reformando la Constitución. 5. Tesis que sostienen la necesidad de crear una nueva Constitución. 6. Tesis que sostienen que son necesarios cambios y adecuaciones constitucionales pero no una nueva Constitución. 7. Vientos de cambios constitucionales. 8. Mi criterio personal.

1. EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Una Constitución generalmente se modifica con frecuencia: a) para adaptarse a la realidad política-social en la cual se aplica; b) porque surgen problemas nuevos en la sociedad que deben ser resueltos a través de la Constitución la cual no contiene lagunas porque siempre es susceptible de presentar una propuesta de solución a través de una interpretación integral de la misma; c) porque los regímenes políticos se perfeccionan; únicamente en las últimas cinco décadas, en el mundo, son múltiples las nuevas o renovadas instituciones que han emergido con la finalidad de perfeccionar el sistema democrático. Por ello bien se ha afirmado que “los cambios no se agotan ni se agotarán jamás. Las sociedades modernas son por esencia dinámicas, y la agenda de la democracia está abierta en todos los rincones del planeta”.⁽¹⁾

Una Constitución cambia principalmente a través de tres métodos: a) la reforma constitucional que generalmente implica la existencia de un órgano y un procedimiento especiales para lograr tal objetivo, b) la interpretación constitucional sobre todo la de carácter judicial y c) las costumbres y los usos

(1) Valadés, Diego, “Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma institucional” en *El Significado actual de la constitución*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; p. 553.

constitucionales⁽²⁾; en este último supuesto posiblemente sea más correcto hablar de mutación constitucional por las particularidades que lo distinguen de los dos anteriores. El método predominante para la realización del cambio constitucional depende de las características político-jurídicas de cada país.

La Constitución mexicana de 1917 es una de las más antiguas del mundo y lo es porque ha tenido la capacidad de reformarse, porque se ha ido adecuando a la realidad; si no lo hubiera hecho así, le hubiera quedado muy estrecha a esa realidad y ésta la hubiera hecho añicos.

Nuestra Constitución de 1917 es diversa a la que se promulgó en ese año porque México como país es actualmente muy diferente: de doce millones de habitantes pasó a más de noventa; de una sociedad primordialmente agrícola a una semi-industrial; de un país muy mal comunicado a uno regularmente comunicado; de una sociedad casi feudal a la formación de una clase media importante aunque ésta ha sido económicamente muy sacrificada en los últimos años; de la existencia de caudillos al régimen de las instituciones; de una sociedad bastante primitiva a una plural y sofisticada en varios aspectos; de una sociedad pasiva políticamente a una participativa y propositiva; del régimen de un partido político predominante a uno tripartito; de una economía cerrada y no comparativa a una de las más abiertas del mundo.⁽³⁾

Sin embargo, y aunque parezca paradójico, esta Constitución nuestra que se positiviza todos los días y a todas horas; es la misma porque su estructura política-jurídica esencial continúa siendo fundamentalmente la misma: un estado liberal de derecho fundado sobre el principio de los derechos humanos, la noción de soberanía, el equilibrio de los poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la separación del Estado y las iglesias -aquí se dieron pasos hacia atrás ya que la original Constitución no concebía el principio de la separación sino de la supremacía del Estado sobre aquellas- y procesos y procedimientos para hacer vigentes esos principios, pero además nuestra ley fundamental le agregó al constitucionalismo y a la democracia liberal su tesis más importante; la justicia social, transformando al constitucionalismo en social para garantizar a todos los habitantes un nivel digno de vida.⁽⁴⁾

(2) Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*, sexta edición, Editorial Porrúa y UNAM, México 1998; pp. 59-61 y 297-298.

(3) Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*, decimoprimer edición, Editorial Porrúa y UNAM, México 1998; pp. XIV-XV.

(4) Carpizo, Jorge, última obra citada, pp. 81-93.

Es obvio, y así lo he manifestado en otra ocasión, que de los varios cientos de reformas que nuestra Constitución actual ha sufrido; en diversas ocasiones fueron innecesarias y superfluas.⁽⁵⁾ Se abusó del procedimiento de reforma constitucional porque su rigidez jurídica resultó en flexibilidad real por el hecho de que un sólo partido contaba con los votos suficientes para ello y de que el jefe de ese partido ha sido y es el Presidente de la República. La negociación política para alcanzar una reforma constitucional es un fenómeno bastante reciente en nuestro país.

2. LA RUPTURA CONSTITUCIONAL

¿Por qué en el mundo, incluso en muchos de los países más estables desde el ángulo político, social y económico, en este siglo, han cambiado sus Constituciones en varias ocasiones? Las respuestas son diversas, porque:

- a) Muchos países lograron su independencia especialmente después de las dos guerras mundiales y durante las décadas de los años sesenta y setenta. Los ejemplos son interminables.
- b) algunos países se desintegraron y de ellos se formaron, a su vez, varios Estados que tenían necesidad de una Constitución, como en el caso de la Unión Soviética, Yugoslavia y Checoslovaquia,
- c) al contrario, varios países se unificaron y necesitaron una nueva Constitución como en el caso de Vietnam,
- d) se dió una ruptura profunda entre la antigua organización político-social y económica de la sociedad y la nueva organización como en el caso de los países de Europa del Este después de la caída de la Unión Soviética.
- e) se efectuó una reorganización profunda respecto al poder en esa comunidad y sobre la forma de acceso al mismo, como es el paso de una monarquía a república o viceversa, el tránsito de un sistema presidencial a parlamentario o viceversa, o un sistema híbrido de gobierno,

(5) Carpizo, Jorge, "Les réformes constitutionnelles au Mexique" en *Mélanges Jean Bagniet. Revue du Notariat belge*. Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles. Bruselas, Bélgica 1976; pp. 60-75. Véase Valadés, Diego, *La constitución reformada*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1987; pp. 21-25, 202-208.

- f) una catástrofe destruyó las bases constitucionales del Estado, como puede ser la participación en una guerra y más si ésta se pierde,
- g) la ruptura o el restablecimiento del orden jurídico a través de una revolución, movimiento armado, golpe de Estado, pacto o referendo. Esa ruptura no tiene que ser necesariamente violenta, las hay pacíficas, como la que se pacta entre las fuerzas políticas y sociales del país,
- h) el tránsito de un gobierno de hecho a uno jurídico o viceversa, como en el caso de los gobiernos militares o las dictaduras civiles,
- i) existe el peligro de caer en ingobernabilidad ya sea porque la ingeniería constitucional se encuentra tan deteriorada y las instituciones tan desgastadas que la propia marcha normal de los procesos políticos se realiza con enorme dificultad o porque las fuerzas políticas no logran ponerse de acuerdo y ninguna de ellas por sí sola tiene la capacidad real para gobernar.

O sea, el cambio de una nueva Constitución a otra *se impone* porque existe, por las más diversas causas, una profunda ruptura política y social y se hace indispensable volver a organizar los mecanismos del poder en esa comunidad. Desde luego que la nueva organización puede y debe ser pactada.

¿Por qué Constituciones como la norteamericana, la inglesa o la suiza continúan vigentes? porque no se ha dado esa ruptura y ha existido continuidad en sus procesos políticos con los cambios correspondientes que les han proporcionado estabilidad política y social.

Algunos de los países europeos más importantes que hoy en día gozan de un sistema democrático avanzado y de estabilidad política, durante el presente siglo cambiaron incluso varias veces de Constitución, precisamente porque se dio esa ruptura a la cual me he referido. Como ejemplos, recuerdo: Alemania comenzó el siglo como un imperio, después siguió la república de Weimar, el tercer *Reich*, la ocupación militar del país, la división en dos países, la unificación de ellos.

Rusia comenzó el siglo como un imperio, después tuvo un gobierno republicano de corte liberal seguido de uno comunista -dictadura del proletariado- y pasó a formar parte de una gran federación -la Unión Soviética-, desintegración de esa federación y establecimiento de un sistema híbrido presidencial -parlamentario con reconocimiento de la propiedad privada.

Francia comenzó el siglo con una Constitución parlamentaria que trajo

consigo inestabilidad política, después de la ocupación alemana y del régimen de Vichy se otorgó una Constitución que la llevó a un régimen asambleísta también con marcada inestabilidad política que fue la causa del actual sistema semipresidencial de gobierno.

España comenzó el siglo con una monarquía constitucional en crisis, después la república, la dictadura y actualmente una monarquía constitucional parlamentaria.

¿Por qué la Constitución mexicana de 1917 ha sido tan longeva?, porque en estas ocho décadas no se ha dado una ruptura político social en nuestro país, porque su estructura fundamental mayormente no ha sido cuestionada, porque ha sabido evolucionar y cambiar a través de las reformas constitucionales a pesar de todos los errores y los excesos cometidos, porque ha gozado de legitimidad proveniente de la llamada Revolución Mexicana y porque impulsó paz y movilidad sociales con algunas décadas de crecimiento económico que por desgracia en los últimos lustros se han convertido en reiteradas crisis económicas. Siempre existen razones y causas claras de la longevidad de una Constitución.

3. LA DISCUSION DE CAMBIOS CONSTITUCIONALES

En los últimos años México se ha transformado y no siempre para bien ya que esas recurrentes crisis económicas han empobrecido a la gran mayoría de los mexicanos; muchos de los indicadores sociales han retrocedido y problemas de toda índole se han venido acumulando.⁽⁶⁾ En el área política se han dado aspectos positivos como son: un sistema electoral confiable donde los votos cuentan, un sistema tripartito de partidos políticos y el comienzo, sólo el comienzo, del ejercicio de los controles constitucionales por parte del poder legislativo.

Sin embargo, las crisis económicas, los grandes rezagos sociales, los problemas acumulados, el desequilibrio entre los poderes y la sensación de que el sistema político se modifica con lentitud y no acaba de sacudirse de sus rasgos autoritarios, ha impulsado a políticos y académicos a proponer diversos

(6) Carpizo, Jorge, "1999: problemas acumulados" en *Nexos*, febrero, México 1999; pp. 18-19.

cambios constitucionales con la finalidad de propiciar un aceleramiento en el perfeccionamiento de nuestro sistema democrático y dentro de este esquema incluso se escuchan voces que consideran que está llegando o ha llegado el momento de crear una nueva Constitución en nuestro país.

Dentro de este marco de referencia, se pueden encontrar tres grandes corrientes de pensamiento:

- a) No es necesario, menos indispensable, continuar reformando la Constitución,
- b) Existen razones para crear una nueva Constitución, y
- c) Ciertamente la Constitución necesita cambios y adecuaciones para perfeccionarla pero, cuando menos por ahora, existen más inconvenientes que ventajas en su sustitución por una nueva.
Examinemos esas diversas posturas.

4. TESIS QUE SOSTIENE QUE NO ES INDISPENSABLE CONTINUAR REFORMANDO LA CONSTITUCION

- a) Carla Huerta sostiene que la reforma constitucional se ha trivializado en las últimas décadas y que se quiere superar cualquier desajuste funcional con una reforma constitucional. El tema específico que está estudiando son los diversos medios jurídicos de control entre los poderes -tema muy importante- y al respecto concluye que: “no es necesario seguir reformando la Constitución para precisar sus supuestos o adicionar nuevas formas de control, sino que se debe obligar a la autoridad a cumplir con sus deberes constitucionales, para hacer eficaz la constitución”, que esos controles si funcionan, aunque aún no posean eficacia plena lo cual se debe a razones extrajurídicas que no se superan con reformas ya que “Las respuestas a la falta de ejercicio de las funciones de control son más bien de orden político, que consecuencia de un deficiente diseño institucional”.⁽⁷⁾
- b) José Ramón Cossío más que oponerse a nuevas reformas constitucionales -la finalidad de su artículo es muy diferente al problema que analizo- realiza un repaso de los temas que diversas fuerzas políticas desean discutir y hace una advertencia respecto a los cambios

(7) Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; pp. 11-13, 152-153, 176-181.

constitucionales que es muy oportuna y que en alguna forma coincide con Carla Huerta: el gran problema de nuestra Constitución no son las instituciones y protecciones que contiene sino su cumplimiento real que se deforma por factores extrajurídicos en los que no influyen las reformas constitucionales; él destaca el elemento de la corrupción.

Cossio escribió que: “En el pasado, y dicho sencillamente, hemos transitado del régimen dictatorial de Díaz al de los revolucionarios, de éste al socialista de Cárdenas, de ahí al de los desarrollistas para luego pasar a los populistas, y de este último al de los tecnócratas. En cada caso, y en diversas ocasiones con reforma constitucional de por medio, se anunciaron una serie de cambios que, de un lado, permitirían la superación del pasado y, del otro, permitían alcanzar de una buena vez, mejores condiciones sociales. En retrospectiva, se conocen los fracasos de esos intentos y, lo que aquí es más importante, los enormes niveles de corrupción que se suscitaron en cada una de esas modalidades de la historia nacional... Frente a una etapa deseable, no está de más el que nos advertimos acerca de los peligros que encierra el permitir que las viejas prácticas de la corrupción puedan llegarse a ejercer al amparo de las renovadas y esperanzadoras formas de una etapa que aspira a ser democrática”⁽⁸⁾.

La reflexión de Cossio es muy profunda y nos debe incitar a meditarla.

5. TESIS QUE SOSTIENEN LA NECESIDAD DE CREAR UNA NUEVA CONSTITUCION

Primordialmente son algunos líderes de un partido político -el de la Revolución Democrática- quienes han expresado la conveniencia de crear una nueva Constitución.

En la academia la idea también cuenta con sus defensores:

- a) Jaime Cárdenas, en forma seria y en tres trabajos, ha señalado las razones por las cuales está a favor de crear una nueva Constitución, a saber:
 - la Constitución de 1917 es obra del grupo vencedor; se necesita una nueva en que todos los grupos se vean reflejados, que sea el consenso de todas las fuerzas políticas,

(8) Cossío, José Ramón, “Cuestiones constitucionales. Transición democrática, régimen constitucional y corrupción” en *Este País*, diciembre, México 1998; pp. 16-17.

- la Constitución ya no goza de legitimidad por los múltiples abusos a que ha sido sometida, a sus incontables reformas y a su diseño no-democrático,
- la Constitución no ha sido y no es “normativa”, es decir, no regula el proceso del poder ya que las reglas del juego político y social se encuentran fuera de ella, en factores metaconstitucionales,
- una nueva Constitución crearía una nueva legitimidad basada en la democracia pluralista de partidos,
- tango las autoridades como los gobernados incurren en deslealtades constitucionales al dejar de aplicar preceptos constitucionales o bien al rechazarlos,
- la Constitución no cuenta con la lealtad de todos los sectores del país, ya que no regula mecanismos ni instituciones para amplios grupos como son los indígenas, organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación,
- si se realiza a plenitud la “reforma del Estado”, tantas modificaciones harían irreconocible a la ley fundamental,
- su articulado no produce certezas sino que genera confusiones,
- la nueva economía, la nueva política y las aspiraciones de las nuevas generaciones demandan un contrato social renovado,
- la ley fundamental no recoge los avances del constitucionalismo de la segunda posguerra ni los más recientes ⁽⁹⁾ en el tiempo.

Jaime Cárdenas realiza un interesante enunciado de los temas político-constitucionales que deben encontrarse en la agenda de la discusión ⁽¹⁰⁾; con muchos de ellos estoy de acuerdo aunque no encuentro que justifiquen la creación de una nueva Constitución tal y como posteriormente asiento.

- b) Manuel González Oropeza también se encuentra a favor de crear una nueva Constitución. Sus principales argumentos son los siguientes:

(9) Cárdenas Gracia, Jaime, “Hacia una Constitución normativa” en *El Significado actual de la constitución*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; pp. 106-108 y 117 y 118. Del mismo autor, *Transición política y reforma constitucional en México*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1994; pp. 146-148 y 160. Del mismo autor, *Una Constitución para la Democracia*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1996; pp. 33-39.

(10) Cárdenas Gracia, Jaime. *Transición...*, obra citada, pp. 162-188. Del mismo autor, *Una constitución ...*, obra citada, pp. 43-58.

-Las incontables y exageradas reformas que ha tenido la actual Constitución,

-el Secretario de Gobernación de Carranza, Manuel Aguirre Berlanga, afirmó que una de las razones para convocar a un Congreso Constituyente estribaba en la cantidad de reformas que había sufrido la Constitución de 1857, las cuales resultan pocas si se comparan con las que ha soportado la actual,

-los nuevos factores reales de poder tales como los partidos políticos, el excesivo presidencialismo y el florecimiento de los derechos humanos hacen necesario una revisión integral de la Constitución,

-el Presidente mexicano ha sido el único reformador de la Constitución, trayendo ello como consecuencia reformas parciales, que la Constitución se haya convertido en un plan de gobierno para cada Presidente y que éste haya fortalecido especialmente al poder ejecutivo ⁽¹¹⁾.

González Oropeza también presenta una lista de temas que considera necesario discutir dentro de una reforma integral de la Constitución⁽¹²⁾

c) Otros argumentos expresados en favor de crear una nueva Constitución, son los siguientes:

-que incluye instituciones contradictorias,

-que el Estado debe ser “refundado” como una respuesta a las perspectivas políticas de renovación, como una forma de generar confianza política y social de que ahora la reforma sí va en serio, ⁽¹³⁾

-que la actual Constitución en esencia no es la misma que aquella que fue promulgada en 1917. ⁽¹⁴⁾

(11) González Oropeza, Manuel, “Una nueva constitución para México” en *El significado actual de la Constitución*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; pp. 312-317. Del mismo autor, “Una nueva Constitución para México” en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Externado de Colombia y otras instituciones. Bogotá 1998, tomo I, pp. 94-99.

(12) González Oropeza. Manuel, última obra citada, pp. 100-104.

(13) Serna de la Garza, José María, “El Significado de la constitución ante los procesos de transición democrática” en *El Significado actual de la constitución*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; pp. 541-542.

(14) Hernández María del Pilar, “Legitimidad constitucional, nueva Constitución y otros tópicos” en *El Significado actual de la Constitución*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1998; p. 397.

6 TESIS QUE SOSTIENE QUE SON NECESARIOS CAMBIOS Y ADECUACIONES CONSTITUCIONALES PERO NO UNA NUEVA CONSTITUCION

La realidad constitucional de México ha cambiado aceleradamente en los últimos años, sobre todo en los últimos diez. Los avances democráticos son muy importantes aunque aún insuficientes. Nuestra Constitución funciona hoy en día en forma diferente a los años anteriores porque nuestros sistemas electoral y de partidos políticos son diversos de los que conocíamos y porque el fortalecimiento de los partidos políticos va cambiando el panorama del poder local y municipal e incluso el funcionamiento del propio poder legislativo federal. Estos aspectos muy positivos impulsan las propuestas de reformas constitucionales para continuar perfeccionando nuestras instituciones políticas y nuestra democracia. ⁽¹⁵⁾

Existe un grupo de constitucionalistas que considera que los cambios tienen que continuar, y que ellos son preferibles a emprender la titánica e impredecible labor de crear una nueva Constitución, labor en la cual se puede fracasar y en lugar de seguir avanzando, se pueden dar pasos hacia atrás.

a) Ignacio Burgoa realiza una extensa propuesta de cambios constitucionales “para mejorarla (la ley fundamental) desde diferentes puntos de vista y adecuarla, en algunos preceptos esenciales, a las exigencias que reclama la evolución social, económica, política y cultural del pueblo mexicano”. El distinguido Maestro considera que no existe necesidad de sustituir nuestra actual Constitución por una nueva y aun si tal no fuera el caso, no hay forma de sustituir validamente nuestra Carta Magna sin la ruptura cruenta de la actual que sería fruto de un movimiento revolucionario o contrarrevolucionario, porque los poderes constituidos no pueden erigirse ni convocar a una asamblea constituyente en virtud de que no cuentan con facultades jurídicas al respecto. ⁽¹⁶⁾

(15) Entre otros se puede citar a Lujambio, Alonso, *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1995; pp. 94-105. Carrillo, Ulises y Lujambio, Alonso, “La incertidumbre constitucional. Gobierno dividido y aprobación presupuestal en la LVII Legislatura del congreso mexicano, 1997-2000” en *Revista Mexicana de Sociología*. UNAM. México 1998; vol. 60, núm. 2, p. 263. Vázquez Alfaro, José Luis, “Reforma del estado Mexicano: Implicaciones Jurídico-Constitucionales” en *El Mercado de Valores* año LVIII, diciembre, Nacional Financiera México 1998; pp. 47-52. Alcocer V., Jorge, “Antecedentes y Perspectivas de la Reforma del Estado en México” en *El Mercado de Valores*, revista citada en esta nota, pp. 8-15.

(16) Burgoa, Ignacio. *Renovación de la Constitución de 1917*, Instituto Mexicano del Amparo. México 1994; pp. 7-10.

Con el fondo del planteamiento del Maestro Burgoa estoy de acuerdo y después fundamentaré mi punto de vista: no es necesario crear, cuando menos por ahora, una nueva Constitución sino que ella debe ser renovada al hacersele otros cambios en su ya largo recorrido de perfeccionamiento.

Sin embargo, si en el futuro se requiriera de una nueva Constitución, desde luego que no es necesario ni deseable el quiebre violento del orden constitucional actual sino que él sería la base misma de la nueva Constitución, al convocarse por los poderes legislativo y ejecutivo, después de un acuerdo - un pacto- entre las diversas fuerzas políticas del país, el comienzo de un procedimiento constitucional con la finalidad de construir una nueva Constitución. Así nació la actual Constitución de 1917 y el precedente es muy valioso. Así, se han creado nuevas Constituciones en el Derecho Comparado y en países con cercanía constitucional al nuestro como en diversas naciones de América Latina en los últimos quince años.

- b) Héctor Fix-Zamudio está a favor de cambios y reformas constitucionales pero no de una nueva Constitución, porque:
- nuestra Constitución ha sido muy reformada, pero toda norma fundamental tiene que ser flexible para poder permanecer, transformándose para responder a los graves problemas sociales de nuestra época,
 - muchas de esas reformas han sido para incorporarle instituciones, principios y valores contenidos en las Constituciones más recientes como en algunas de América Latina, por lo que puede considerarse que tenemos una Constitución “actual o contemporánea” o modernizada. El connotado tratadista hace un muy buen repaso de las reformas constitucionales que han introducido esas instituciones contemporáneas en México,
 - ese cúmulo de reformas no ha creado una nueva Constitución porque los principios importantes de la Constitución no son cerrados o inmutables ni representan una traición o una desviación al pensamiento del Constituyente de Querétaro sino una adaptación a las realidades actuales,
 - la evolución de nuestra Constitución aún no ha concluido, aún será necesario seguir perfeccionándola en su trayecto hacia un sistema más pluralista y participativo.
 - algunas de las numerosas reformas constitucionales han adolecido de errores técnicos y a veces de defectos notorios, lo que complica la

aplicación de nuestra ley fundamental. En este aspecto lo que corresponde, afirma el ilustre jurista, es una revisión del texto constitucional. En nuestro país ya tenemos un buen ejemplo al respecto. La Constitución del Estado de México de 1995 sufrió una revisión integral para depurar conceptos, sistematizar temas, adecuar el orden numérico del articulado y pulirlo gramaticalmente.⁽¹⁷⁾

- c) José María Serna está decididamente por el cambio y la reforma constitucionales aunque no me queda claro si considera que ellas implican necesariamente una nueva Constitución. Entre sus principales ideas destacan las siguientes:
- la Constitución desde su inicio ha contado con una “gran dosis de legitimidad” derivada de que es producto de una revolución social que plasmó en ella las aspiraciones de muchos de los que habían participado en aquella,
 - una reforma a la Constitución no implicaría necesariamente una ruptura con la misma, sino en muchos casos sería regresar al precepto original como podría ser el caso de la reelección inmediata de los legisladores y el período presidencial de cuatro años,
 - la Constitución apuntaló al presidencialismo mexicano, sistema que ya no funciona en las nuevas condiciones políticas del país,
 - la reforma constitucional habrá de ser “un acto simbólico de inicio, de refundación del orden político sobre nuevas bases, principios y valores, que abra esperanzas y expectativas que a su vez sirvan para cohesionar a la sociedad en torno al nuevo proyecto político”,
 - la reforma constitucional habrá de ser el resultado de un acuerdo entre las fuerzas políticas,
 - la negociación política puede llevar consigo un riesgo: el establecimiento de principios y normas contradictorias que lesionen la coherencia de la Constitución, incluso se puede llegar a la situación de que la norma diga lo que no se quiso que dijera,
 - después de alcanzada la “reforma del Estado” vendrá lo más difícil y complicado: la creación de una nueva ética política y cívica; el cambio en las conciencias; la forma como nos apreciemos a nosotros mismos

(17) Fix-Zamudio, Héctor. “Constitución renovada o nueva Constitución” en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 80 Aniversario. Homenaje*, Senado de la República-UNAM. México 1997: pp. 89-92, 94-97 y 110-113.

en relación con los demás y a las responsabilidades que todos - gobernantes y gobernados- tenemos respecto a la democracia ⁽¹⁸⁾.

d) Diego Valadés está a favor de reformar la Constitución y no de crear una nueva; sus principales argumentos son los siguientes:

-Existe la imposibilidad jurídica de convocar a una asamblea constituyente con fundamento en la actual Constitución,

-¿realmente qué asuntos se persiguen resolver con una nueva Constitución que no se puedan superar a través de la reforma constitucional? y ¿realmente cuáles son las instituciones que requieren ajustes?,

-los supuestos consensos constitucionales pueden llevar en sí los riesgos de los conflictos posteriores. En aras del “consenso” no se toma una decisión, sino se le delega al legislador ordinario,

-si no se llega a un consenso para reformar o “restaurar” la Constitución, mucho más difícil será alcanzarlo para crear una nueva,

-existen aspectos medulares de la Constitución que no necesitan una reformulación de los mismos -como los sociales en sus diversos ángulos- sino que realmente se normativicen. ⁽¹⁹⁾

Valadés, entonces, partidario de la reforma constitucional, realiza un listado de los cambios constitucionales que propone para mejorar y perfeccionar nuestra ley fundamental. ⁽²⁰⁾

e) Salvador Valencia también se encuentra entre los juristas que se manifiestan a favor de la reforma constitucional y en contra de crear una nueva Constitución porque:

-se rompería con una historia y tradiciones constitucionales que no son fáciles de encontrar en el mundo,

-a pesar de todas las reformas, subsisten en nuestra Constitución los principios políticos esenciales que la han configurado desde 1917.

(18) Serna de la Garza, José María, obra citada, 544-549.

(19) Valadés, Diego, *Todo cambio...*, obra citada, pp. 561-567.

(20) Valadés, Diego, última obra citada, pp. 568-584. Del mismo autor también consúltese: *El control del Poder*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1998: pp. 404-410, 412-416 y 418, y “Problemas y Perspectivas de la Reforma del Estado” en *El Mercado de Valores*, año LVIII, diciembre, Nacional Financiera, México 1998; pp. 38-41.

-la Constitución nuestra es algo más que una ley fundamental, es el punto de unión y de confluencia de los mexicanos,
-debe revisarse el procedimiento mismo de la reforma constitucional para que el pueblo tenga una participación directa en el mismo. ⁽²¹⁾

Salvador Valencia medita y expone los aspectos en los cuales deben llevarse a cabo las reformas constitucionales para el México de nuestros días. ⁽²²⁾

7. VIENTOS DE CAMBIOS CONSTITUCIONALES

La mayoría de los constitucionalistas mexicanos -cuando menos hasta ahora- se inclinan por reformar nuestra Constitución de 1917 para perfeccionarla, para lograr primordialmente un mejor equilibrio de los poderes públicos, una gobernabilidad dentro de la nueva realidad política y una mayor participación ciudadana en los asuntos de la república.

Todo parece indicar que se pueden aproximar tiempos de cambios constitucionales, si las fuerzas políticas se ponen de acuerdo, lo cual actualmente no es obvio. En este panorama es indispensable tener presente las ideas de José Ramón Cossío y de Carla Huerta, mencionadas en este ensayo: prudencia en los cambios, realizar los que realmente sean necesarios y no pensar que con esos cambios se han resuelto los problemas. No le adjudiquemos a la Constitución efectos mágicos o de “sanalotodo”.

Las propuestas de cambios necesitan de una visión general del Estado mexicano, una gran dosis de pragmatismo y experiencia políticas, conocimiento profundo de nuestra evolución política y del Derecho y la Ciencia Política Comparados.

Ante la tormenta de cambios a nivel mundial, Sartori escribió que respecto a las cuestiones institucionales la pregunta esencial es: ¿sabemos qué reformar y cómo lo vamos a hacer? Su preocupación estriba en dilucidar si conocemos qué es lo que debe cambiarse y *como cambiarlo*, y contesta que *no*, lo cual ha tenido como consecuencia que “las reformas realizadas llevan la huella de reformadores muy incompetentes”. ⁽²³⁾

(21) Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a Fin de Siglo*, Editorial Porrúa, México 1995; pp. 55-59.

(22) Valencia Carmona, Salvador, obra citada, pp. 50-54.

(23) Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México 1994; p.12.

Tenemos muchos ejemplos de cambios constitucionales recientes en el Mundo y en América Latina; conocerlos es muy útil aunque no existen fórmulas universales para lograr un cambio exitoso que combine bien la democracia con la gobernabilidad. Lo más importante es el conocimiento profundo del país y de sus realidades histórica, política, jurídica, social y económica; tener un análisis preciso de las fallas del sistema y cómo se van a superar, al mismo tiempo que se refuerzan los valores del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social que actualmente deberían ser inseparables entre sí.

Reformar una Constitución, más aún crear una nueva, es algo en extremo delicado y en lo que se juegan aspectos esenciales de un país. Basta ya de asambleas o congresos constituyentes -que son contrarias a la idea de soberanía y de poder constituyente-, sólo pueden existir asambleas proyectistas que presentan exactamente eso, “un proyecto” de reforma constitucional a la consideración del pueblo, el cual decide a través de un referendo. Hoy en día, las reformas constitucionales deben discutirse ampliamente como parte de la agenda nacional. Basta ya de sabios e iluminados, ya sean políticos o juristas, que saben y conocen que le conviene a la nación. ¡Qué se discuta ampliamente! y por ningún motivo se regatee la intervención del único titular del poder constituyente. ⁽²⁴⁾

En México ha estado de moda, desde algunos años, hablar de la reforma del Estado y dentro de este marco la LVII Legislatura de la Cámara federal de Diputados convocó a foros regionales para que la sociedad opinara sobre nuestra Constitución. En octubre de 1998 se publicaron los resultados de esos foros hasta ese momento.

Se habían presentado 360 trabajos con 688 propuestas en relación a 120 artículos constitucionales. Las propuestas son de la más diversa naturaleza, desde la modificación de algunos artículos hasta la petición de no tocar otros, como son el 16, 19, 22, 103, 107, 115, 123 y 135. También se presentaron propuestas de carácter general en cuanto a estructura, sentido valorativo y análisis de nuestra ley fundamental.

Quince artículos constitucionales no fueron objeto de ninguna mención: el 32, 37, 68, 69, 77, 85, 86, 88, 91, 106, 112, 113, 118, 126 y 128. 29 oponentes se manifestaron a favor de crear una nueva Constitución y 19 se declararon en contra. ⁽²⁵⁾

(24) Carpizo, Jorge, *Estudios...*, obra citada. pp. 573-574.

(25) Periódico *El Universal* del 20 de octubre de 1998, primera sección, p. 21.

8. MI CRITERIO PERSONAL

A. Considero que nuestra actual Constitución de 1917 amerita algunas reformas fundamentales para reforzar el sistema de pesos y contrapesos entre los poderes y para introducirle mecanismos de gobierno semidirecto como son el referendo y la iniciativa popular. Cada día es más frecuente escuchar propuestas de reformas constitucionales, a varias de ellas me he referido en este trabajo; yo mismo he realizado una lista de temas que considero que deben debatirse ampliamente ⁽²⁶⁾, porque no habrá de modificarse nuestra ley fundamental sino hasta después de una verdadera discusión nacional que exprese claramente cuál es la voluntad de la sociedad mexicana. Es más, me inclino porque el primer aspecto del cambio constitucional en esta etapa sea respecto al procedimiento de reforma constitucional para que una nueva Constitución, cuando llegue el caso de tenerla, y las reformas constitucionales importantes sobre las decisiones esenciales sólo puedan alterarse a través de un referendo. La evolución actual de los sistemas democráticos exige que las asambleas o congresos que discutan los cambios constitucionales tengan únicamente el

(26) Carpizo, Jorge. "La Presidencia renovada" en *Nexos*, septiembre, México 1998; p. 15. Los temas que sugiero que se discutan son los siguientes:

- a) que el Congreso posea la atribución de ratificación de algunos de los nombramientos del gabinete presidencial, tal y como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica.
- b) la revisión de la facultad del veto presidencial para que no exista ninguna duda cuando el presidente de la República no posee esta atribución o con que modalidad la tiene,
- c) la introducción de la figura de jefe de gabinete de Ministros, cuyas principales facultades se relacionan con la administración general del país y los expedientes de los proyectos de ley, como acontece en Argentina a partir de 1994, y quien es nombrado por el presidente de la República pero es responsable políticamente ante el propio presidente y ante el Congreso Nacional que lo puede remover con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de sus Cámaras,
- d) la revisión de las facultades legislativas del presidente de la república.
- e) la revisión del proceso legislativo para que en la nueva realidad política mexicana no vaya a darse una "parálisis legislativa", mucho menos respecto al proyecto de presupuesto. El derecho comparado puede ser muy útil en este aspecto,
- f) la creación de un verdadero y eficiente órgano de control dependiente del Congreso respecto a todas aquellas facultades que se refieren al "poder de la bolsa".
- g) la creación de cuerpos técnicos de alto nivel en diversas disciplinas que auxilien a los legisladores y a quienes se les asegure estabilidad en el trabajo para fomentar su experiencia. Desde luego serían cuerpos de técnicos apartidistas hasta donde ello es humanamente posible.
- h) la revisión del sistema constitucional de responsabilidad del presidente de la República para que no se vuelva a atrever a ejercer funciones que no son suyas.
- i) alguna fórmula que permita la reelección de los legisladores pero con ciertos límites, y
- j) la introducción de mecanismos de gobierno semi-directo como el referendo y la iniciativa popular.

carácter de proyectista. Es el pueblo, a través de un referendo, quien dice la última palabra al respecto.

B. En la actualidad, estoy en contra de que se pudiera crear una nueva Constitución por las siguientes razones:

a) La creación de una nueva Constitución no es un ejercicio teórico, no es una discusión académica, no es la expresión de buenos deseos o intenciones. Se crea una nueva Constitución cuando existe una ruptura -pactada o no- del orden jurídico, lo cual es un dato del mundo del ser, de la realidad y no del deber ser. Esa ruptura acontece porque la Constitución ya no rige jurídicamente a la sociedad, porque existe ingobernabilidad o por algunas de las otras causas de ruptura -pactadas o no- que he expuesto en este ensayo. Pero el dato a retener es que tiene que crearse una nueva Constitución, no es que se quiera o no se quiera, sino así tiene que ser ante la ruptura del orden jurídico que existía.

En nuestros días existen problemas muy graves y serios en México pero no hay ruptura -pactada o no pactada- del orden jurídico sino nuestra Constitución se actualiza todos los días; existen evolución y continuidad constitucionales.

b) Ciertamente la Constitución ha sido muy reformada y así tenía que haber sido en virtud de los cambios fenomenales que han acontecido en la realidad de México; no justifico los excesos cometidos y acepto que varias de esas reformas han traído consigo incongruencias y errores técnicos. Lo que se debe realizar es una revisión técnica e integral tal y como ya aconteció en el Estado de México con su Constitución de 1995 y a lo cual ya me he referido.

c) Muchas de esas reformas también han sido positivas porque han introducido en la Constitución algunas de las instituciones más avanzadas del constitucionalismo de nuestros días. Es decir, contamos con una Constitución moderna; no es una Constitución que se haya congelado y, por tanto, caducado, sino que ha venido evolucionando. No tenemos hoy una norma fundamental empolvada y en pedazos sino una Constitución renovada que debe seguir renovándose. La vida es movimiento, la realidad es cambio y la Constitución se modifica para seguir conduciendo y continuar siendo parte de ese cambio.

- d) Las Constituciones modernas son pactadas entre las fuerzas políticas y sociales más importantes de la nación. Se pacta el proyecto de Constitución para que ninguna de esas fuerzas se vaya a sentir excluida del pacto. En el México actual es más fácil pactar un paquete de reformas constitucionales -si es que ello se logra- que pactar el contenido de toda una nueva Constitución.
Los tres grandes partidos políticos difícilmente se ponen de acuerdo en aspectos importantes, incluso en aspectos menores les cuesta arduo trabajo llegar a acercamientos; ellos se encuentran a su vez muy divididos lo que también dificulta los consensos. En muchas ocasiones los partidos políticos están más preocupados por los aspectos inmediatos de la política que por el proyecto de nación a mediano y a largo plazo.
- e) Hay que luchar por ir resolviendo los problemas que México tiene acumulados y no agregar otros que dividan a la sociedad, temas como el aborto, la planeación familiar y las relaciones Estado-iglesias son explosivos, porque respecto a ello no se razona sino se les envuelve en la emotividad y el fanatismo. No pueden haber temas tabú pero hay que enfrentarlos con un panorama político - social más despejado del que actualmente tenemos en México.
- f) En muchos casos al momento de discutirse y pactarse una nueva Constitución no se logra el acuerdo y para superar esta situación se redacta una norma “borracha” que es muy ambigua o se delega al legislador ordinario la precisión de la institución, lo único que se hace es posponer el conflicto o para evitarlo se deja de legislar en esos aspectos, incluso, por décadas.
- g) El diseño institucional o la ingeniería constitucional de nuestra ley fundamental es adecuado: la base de las instituciones es el respecto de los derechos humanos, la noción de soberanía, una república representativa y federal, separación de poderes y controles mutuos entre ellos, el laicismo de la vida civil y la existencia de procedimientos adecuados para la defensa de la propia Constitución. ¿En una nueva Constitución vamos a cambiar este diseño institucional? El mismo es perfectible pero es el correcto.
- h) Se le atribuyen a la Constitución muchos de los males y vicios de la realidad política y social ¿en qué norma se basó la existencia de un partido predominante y que el jefe real de éste era y es el presidente de la República? ¿en qué norma se basó el fraude electoral? ¿en qué norma se fundamenta la corrupción que nos corroe?.

- i) El presidencialismo mexicano que ha operado en la realidad es diverso del sistema presidencial que asienta nuestra Ley Fundamental; entre otras razones porque no han funcionado los controles constitucionales que el poder legislativo puede y debe ejercer. Sólo hay que contemplar que ahora que aquellos comienzan a marchar -y sólo comienzan-, el presidencialismo se ha modificado como en el caso del nefasto FOBAPROA y del presupuesto de egresos que con todos sus posibles defectos, el poder ejecutivo se vio obligado a negociar y a cambiar varias de sus proposiciones originales.
- Estoy a favor de un sistema presidencial renovado y al respecto he realizado propuestas de temas para reformas constitucionales pero ellas no justificarían la creación de una nueva Constitución.
- j) Hay que saber con precisión que queremos cambiar, por qué y cómo. Actualmente abundan las propuestas de cambio, algunas son adecuadas, otras no. En los cambios no hay que descuidar la cuestión de la gobernabilidad porque si ésta no funciona adecuadamente se lesiona al propio sistema democrático, una de cuyas bases es precisamente la gobernabilidad.
- k) Se pretende sustituir la Constitución cuando comienza a funcionar como siempre debió de haber funcionado: cuando los controles legislativos hacen sus pininos, cuando los partidos políticos se han fortalecido y se ha creado un sistema tripartito de partidos, en lugar del hegemónico, cuando las elecciones gozan de alto índice de confiabilidad, cuando el pluralismo de la sociedad y su deseo creciente de participación política abre y fortalece diversas opciones políticas. La constitución de 1999, en su esencia, es gramaticalmente muy parecida a la de 1995, a la de 1990 o a la de 1985, pero está operando en la realidad en forma muy diferente, y para bien, porque esa realidad política mexicana se ha alterado. El problema no ha sido ni es la norma constitucional sino las prácticas y costumbres políticas viciadas y que mayormente se aceptaban sin cuestionarlas hasta hace muy pocos años.
- l) La tesis y el aspecto más importante de nuestra Constitución es el de la justicia social. En este asunto las propuestas de nuestra ley fundamental fueron y son de vanguardia. Lo que hay que lograr es que se normativicen íntegramente.
- Y en este aspecto en una nueva Constitución se corre el peligro de que se den pasos hacia atrás. Algunos de los países europeos con niveles de vida muy altos, están desmantelando diversos mecanismos de su

Estado de bienestar con el pretexto de que el Estado ya no cuenta con recursos económicos suficientes para mantenerlo tal y como era una tradición.

El constitucionalismo social actualmente sufre verdaderos embates en contra. En México también; por ello, es indispensable que nuestra Constitución continúe siendo la mejor fortaleza de la justicia social. Hay que luchar, y con todas las fuerzas, por la normatividad plena de esos artículos constitucionales, y

- II) La Constitución tiene una legitimidad de décadas, es una síntesis de lo mejor de nuestra evolución jurídico-política. En una nación donde los mexicanos nos hemos venido dividiendo, no sería fácil ni rápido que una nueva Constitución se legitime.

C. Concluyo este ensayo con tres reflexiones:

- a) Qué difícil es reformar actualmente nuestra Constitución para dar pasos hacia adelante. En muchas ocasiones faltan conocimientos sobre las instituciones y no se miden las consecuencias de los cambios que se proponen. Un ejemplo es que se continúa insistiendo en otorgarle a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a las comisiones locales una serie de competencias que las llevarían al fracaso y, quizás, a su propia destrucción.
- b) En muchas ocasiones el problema no es la reforma o el cambio constitucional que es adecuado. Con sus defectos, en la reforma al Poder Judicial Federal de 1994 se dieron muchos pasos positivos ⁽²⁷⁾; no se descubrió el mar Mediterráneo sino que se incorporaron a la ley fundamental, adaptándose a nuestra realidad, varias instituciones que en otros países han sido muy exitosas. Sin embargo, en México dicha reforma ha fracasado parcialmente porque varios de los nombramientos de ministros y consejeros no fueron los adecuados y el pleno de la Suprema Corte de Justicia y el Consejo Federal de la Judicatura se han enfrascado en un pleito por el control del poder real de la judicatura federal. Entonces, en muchas ocasiones el problema no es la reforma constitucional, sino es un problema de personas, un problema humano de ambiciones, mediocridades y frustraciones.
- c) Más allá de una nueva Constitución o de una renovada, posibilidad esta última por la cual me inclino, es indispensable crear y fomentar una nueva ética política en la cual sea la Constitución la que realmente

conduzca el proceso del poder y lo que aquella no autoriza, no se puede realizar; hay que profundizar en la convicción de que los cargos políticos son un servicio público para el bien de la comunidad y no, por ningún motivo, para la satisfacción o el enriquecimiento personales.

Se debe propiciar más el conocimiento de nuestra Constitución, el fortalecimiento de la cultura cívica y de los valores del constitucionalismo al servicio real de la persona humana.

Ciudad Universitaria, D.F febrero de 1999.

(27) Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, tomo XXVIII, Nueva serie, No. 83. UNAM. México 1995; pp. 807-842. Véase Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor. *El Consejo de la Judicatura*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1996; pp. 67-70. Melgar Adalid, Mario (coordinador), *Reformas al Poder Judicial*, UNAM. Coordinación de Humanidades. México 1995; 287 pp.



EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN ESPAÑA

Francisco Fernández Segado

SUMARIO: 1. Evolución de la noción de policía. 2. El significado del artículo 104 de la Constitución. 3. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el debate constituyente. 4. El desarrollo normativo del art. 104. 5. El modelo policial diseñado por la Constitución: A) La desmilitarización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la peculiar naturaleza de la Guardia Civil. B) La complejidad del modelo. C) La administrativización de las fuerzas policiales. D) El peculiar régimen estatutario de los miembros de estas Fuerzas. E) Los principios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 6. La dependencia gubernamental de las Fuerzas de Seguridad. 7. La determinación constitucional de las misiones policiales: A) El abandono de la cláusula general habilitante del “orden público”. B) La delimitación de los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. C) La protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. D) La garantía de la seguridad ciudadana.

Artículo 104

1. *“Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.*
2. *“Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y Cuerpos de seguridad”.*

BIBLIOGRAFIA

Agirreazkuenaga, Iñaki: *La coacción administrativa directa*, Civitas Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990. Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki: “Nuevas coordenadas jurídicas en materia de seguridad privada”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 9 y sigs. Agirreazkuenaga, Iñaki: “Perfiles y problemática de la seguridad privada en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero-abril 1989, págs. 103 y sigs. Alonso Pérez, Francisco: *La Policía Judicial (Legislación. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios)*, 2a. Ed., Dykinson, Madrid, 1997. Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983. Ballbé, Manuel: “Fuerzas de Orden Público”, en el colectivo *La izquierda y la Constitución*, Ediciones Taula de Canvi, Barcelona, 1978, págs. 143 y sigs. Ballbé, Manuel: “La policía y la Constitución”, en José María Rico (comp.) *Policía y sociedad democrática*, Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 89 y sigs. Barcelona Llop, Javier: *El régimen jurídico de la policía de seguridad (Un estudio de Derecho Administrativo)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988. Barcelona Llop, Javier: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997. Barcelona Llop, Javier: “Agente de la autoridad”, voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 377-380. Barcelona Llop, Javier: “Orden Público”, voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 4630-4635. Barcelona Llop, Javier: “Seguridad ciudadana” (Derecho Administrativo), voz de la “Enciclopedia Jurídica ciudadana” (Derecho Administrativo), voz de la “Enciclopedia Jurídica Básica”, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6095-6100. Barcelona Llop, Javier: “Policías locales y competencias municipales en materia de seguridad y policía”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, julio-septiembre 1997, págs. 365 y sigs. Barcelona Llop, Javier: “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, págs. 81 y sigs. Barcelona Llop, Javier: “Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 333 y sigs. Barcelona Llop, Javier: “Sobre las funciones y organización de las fuerzas de Seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, enero-abril 1991, págs. 9 y sigs. Barcelona Llop, Javier: “Una aproximación al principio

de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo 1992, págs. 159 y sigs. Beristain, Antonio: “La institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 3, mayo-agosto 1982, págs. 57 y sigs. Bernard, P.: *La notion d’ordre public en Droit administratif*, LGDJ, París, 1962. Berriatua San Sebastián, Javier: “Aproximación al concepto de seguridad ciudadana”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, enero-abril 1995, págs. 737 y sigs. Bossard, André: “Las funciones policiales”, en José María Rico (comp.), *Policía y sociedad democrática*, Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 99 y sigs. Braibant, Guy: “L’Etat face aux crises”, en *Pouvoirs*, núm. 10, 1979 (monográfico sobre “Les pouvoirs de crise”), págs. 5 y sigs. Bussi, Emilio: “I principi di governo nello Stato di Polizia”, en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año IV, núm. 4, octubre-diciembre 1954, págs. 800 y sigs. Cano Hevia, Juan: “Fuerzas Armadas”, voz del *Diccionario del sistema político español*, dirigido por José Juan González Encinar, Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 349-359. Carro, José Luis: “Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, abril-junio 1981, págs. 287 y sigs. Carro, José Luis: “Los problema de la coacción directa y el concepto de orden público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, octubre-diciembre 1977, págs. 605 y sigs. Carro, José Luis: “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudad y seguridad pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, mayo-agosto 1990, págs. 9 y sigs. Carro Fernández-Valmayor, José Luis: “Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. II, enero-diciembre 1983, págs. 1171 y sigs. Castells Arteche, José Manuel: *La policía autónoma*, 2a. ed., Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989. Castells Arteche, José Manuel: “El marco normativo de los cuerpos de seguridad pública desde la vertiente competencial”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 207 y sigs. Corso, Guido: *L’ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979. Corso, Guido: “Ordine pubblico”, voz de la *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffré, Milán, 1980, págs. 1057 y sigs. Curbet, Jaume: “El modelo policial español”, en José María Rico (comp.), *Policía y sociedad democrática*, Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 75 y sigs. Chiapetti, Achille: *L’attività di polizia” (Aspetti storici e dogmatici)*, CEDAM, Padova, 1973. Chiapetti, Achille: “Polizia” (diritto pubblico), voz de la *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV,

Giuffré, Milán, 1985, págs. 120 y sigs. Chinchilla Marín, Carmen: “Prólogo” a su obra *Legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 11-19. Décocq, André (y otros): *Le Droit de la Police*, Editions Litec, París, 1991. Domínguez-Barrueta de Juan, Miguel (y otros): *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Domínguez Barrueta de Juan, Miguel (y otros): “Reforma Policial y Constitución: algunas claves para su interpretación”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 109 - enero-abril 1986, págs. 373 y sigs. Domínguez-Barrueta de Juan, Miguel (y otros): “El modelo policial ante el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, septiembre-diciembre 1990, págs. 261 y sigs. Díaz-Maroto y Villarejo, Julio: “La reglamentación sobre armas y la ley de Protección de la Seguridad Ciudadana”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 128, mayo-agosto 1992, págs. 363 y sigs. Fernández Entralgo, Jesús (y otros): *Seguridad Ciudadana (Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera)*, Editorial Trotta, Madrid, 1993. Fernández Farreres, Germán: “Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, mayo-agosto 1985, págs. 203 y sigs. Fernández Farreres, Germán: “Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. III, enero-diciembre 1983, págs. 2545 y sigs. Fernández Segado, Francisco: “Las Fuerzas Armadas” (Comentario al artículo 8), en Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 409 y sigs. Fernández Segado, Francisco: “O réxime xurídico da protección civil en España: a Lei 2/1985, do 21 de xaneiro, de protección civil”, en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 16, mayo-agosto 1997, págs. 13 y sigs. Fernández de Velasco, Recaredo: “La noción de policía” (Supuestos y consecuencias), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 150, Madrid, 1927, págs. 759 y sigs. Fernando Pablo, Marcos M.: “Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 18, mayo-agosto 1987, págs. 25 y sigs. Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos: “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, enero-marzo 1995, págs. 141 y sigs. García de Enterría, Eduardo: “Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5,

abril-junio 1975, págs. 203 y sigs. Garrido Falla, Fernando: “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, mayo-agosto 1953, págs. 11 y sigs. Garrido Falla, Fernando: “Comentario al artículo 104”, en la obra dirigida por él, *Comentarios a la Constitución*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1985, págs. 1446-1449. Chera, Eduardo: “Libertá sindacale e ordinamento della polizia”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, parte prima, págs. 656 y sigs. Gleizal, Jean-Jacques: *La Police Nationale” (Droit et pratique policière en France)*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1974. Gleizal, Jean-Jacques: *Le désordre policier*, Presses Universitaires de France, París, 1985. Götz, Volkmar: *Allgemeines Polizeinund Ordnungsrecht*, 9a. ed., Göttingen, 1988. Groppali: “Sul concetto di ordine pubblico”, en el colectivo, *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. I, CEDAM, Padova, 1940, págs. 73 y sigs. Hauriou, Maurice: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8a. ed., Recueil Sirey, París, 1914, en especial, págs. 517 y sigs. Hirt, F.: “Du droit de la force publique”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1954, núm. 4, octubre-diciembre 1954, págs. 967 y sigs. Izu Bellosó, Miguel José: “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, abril-junio 1988, págs. 233 y sigs. Jar Couselo, Gonzalo y Pérez Martín, Juan-Luis: *Legislación sobre Cuerpos de Policía (Ambito estatal, autonómico y municipal)*, Dykinson, Madrid, 1997. Jimena Quesada, Luis: “Configuración constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles en el marco de la Unión Europea”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre 1997, págs. 167 y sigs. Jiménez Villarejo, José: “La Policía Judicial: una necesidad, no un problema”, en *Poder Judicial*, número especial II, 1986, págs. 175 y sigs. López Garrido, Diego: *La Guardia Civil y los orígenes del Estado Centralista*, Editorial Crítica, Barcelona, 1982. López Garrido Diego: *El aparato policial en España” (Historia, sociología e ideología)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987. López Garrido, Diego: “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, voz del *Diccionario del sistema político español*, dirigido por José Juan González Encinar, Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 358-370. López-Nieto y Mallo, Francisco: *La Policía Municipal*, Publicaciones Abella, Madrid, 1986. López Ramón, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. López Ramón, Fernando: “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en Sebastián Martín-Retortillo (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría)*, vol. III, Civitas,

Madrid, 1991, págs. 2547 y sigs. Lliset Borrell, Francisco: “Los cuerpos de policía provincial”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 65, enero-marzo 1990, págs. 101 y sigs. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: *Bajo el signo de la Constitución* (en su parte tercera: “A vueltas con el orden público”, conjunto de tres artículos: “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”; “El orden público como límite -inesperado- al ejercicio del derecho de petición”, y “Notas para la historia de la noción de orden público”), IEAL, Madrid, 1983, págs. 285 y sigs. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: “Notas para la historia de la noción de orden público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 19 y sigs. Millán Garrido, Antonio: *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1992. Morales Villanueva, Antonio: *Administración Policial Española*, Editorial San Martín, Madrid, 1988. Morales Villanueva, Antonio: “La Guardia Civil. El artículo 8 de la Constitución”, en el colectivo *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2767 y sigs. Morales Villanueva, Antonio: “Limitaciones de las libertades de asociación y sindicación de los miembros de la Guardia Civil”, en el colectivo *Derecho Penal y procesal Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 15 y sigs. Moreau, J.: “Police administrative et police judiciaire. Recherche d’un critère de distinction”, en *AJDA*, 1963, I, págs. 68 y sigs. Morena y de la Morena, Luis de la: “La “seguridad pública” como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 321 y sigs. Morena y de la Morena, Luis de la: “Los conceptos de ‘orden público’ y de ‘seguridad ciudadana’ en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y su incidencia sobre las policías autonómica y municipal”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 234, abril-junio 1987, págs. 289 y sigs. Nieto, Alejandro: “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre 1976, págs. 35 y sigs. Ortiz Díaz, José: “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad” (Comentario al artículo 104 de la Constitución), en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes Políticas*, tomo VIII, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 287-293. Pace, Alessandro: “Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana”, en *Archivio Giuridico* “Filippo Serafini”, vol. CLXV, fasc. 1-2, julio-octubre 1963,

págs. 111 y sigs. Pellisé Prats, Buenaventura: "Orden público", voz de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Edit. Francisco Seix, tomo XVIII, Barcelona, 1986, págs. 505 y sigs. Picard, Etienne: *La notion de police administrative* LGDJ, París, 1984. Pisier-Kouchner, Evelyne: *La responsabilité de la police*, Presses Universitaires de France, París, 1972. Posada, Adolfo: "Idea Jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 91, Madrid, 1897, págs. 270 y sigs. Queralt, Joan J.: "Necesidad, legalidad y oportunidad" (A propósito de la cobertura de la injerencia policial), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, enero-abril 1990, págs. 135 y sigs. Raimondo, Marco di: *Il sistema dell'Amministrazione delle pubblica sicurezza*, CEDAM, Padova, 1984. Raneletti, O.: "La Polizia di sicurezza", en *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. 4, parte primera, Società Editrice Libreria, Milán, 1904, págs. 205 y sigs. Rico, José María: "El Poder discrecional de la policía y su control", en el colectivo *Policía y sociedad democrática* por él mismo compilado, Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 211 y sigs. Rojas Caro, José: *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990. Rojas Caro, José: "El fuero procesal de los miembros de la guardia Civil", en *Revista General de Derecho*, núms. 517-518, octubre-noviembre 1987, págs. 5739 y sigs. Romano, Santi: *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, 2a. ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1906, en especial, págs. 223 y sigs. Sánchez Ferriz, Remedios: "Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades", en *Revista General de Derecho*, núm. 632, mayo 1997, págs. 5247 y sigs. Sandulli, Aldo M.: *Manuale di Diritto Amministrativo*, 10 ed., Casa Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1969, en especial, págs. 581 y sigs. Santamaría de Paredes, Vicente: *Curso de Derecho Administrativo*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, en especial, págs. 256 y sigs. Thomas-Tual, Béatrice: "Le code de déontologie de la police nationale: un texte passé inaperçu", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1991, núm. 5, septiembre-octubre 1991, págs. 1385 y sigs. Tufarelli, G.: "Polizia Amministrativa", voz en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, 1976. Vecchione, F.: "L'attività di polizia come difesa dell'ordine pubblico", en *Rivista di Polizia*, 1980, págs. 644 y sigs. Villagómez Cebrián, Alfonso J.: "Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana", *Xunta de Galicia Ara Solis*, La Coruña, 1997. Villa Palasí, José Luis: "Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado", en *Revista de Administración Pública*, núm. 16, enero-abril 1955, págs. 11 y sigs. Vimbert, Christophe: "L'ordre public dans la

jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1994, núm. 3, mayo-junio 1994, págs. 693 y sigs. Virga, Pietro: *La potestà di polizia*, Giuffré, Milán, 1954. Virga, Pietro: *Diritto Amministrativo*, vol. 4, Giuffré, Milán, 1990, en especial, págs. 329 y sigs. Volpi, Mauro: “Costituzione e Polizia”, en *Política del Diritto*, año XIV, núm. 1, marzo 1983, págs. 91 y sigs. Wolff, H.J.: *Verwaltungsrecht*, 2a. ed., Beck, Munich-Berlín, 1967. Zagrebelsky, Vladimiro: “Magistratura e Polizia Giudiciaria”, en *Política del Diritto*, año VIII, núm. 3, junio 1977, págs. 229 y sigs. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. quinto, Giuffré, Milán, 1950, en especial, págs. 13 y sigs. AA.VV.: *Policía y Seguridad: Análisis jurídico - público*, Instituto Vasco de administración Pública, Oñati, 1990. AA.VV.: *Policía y Sociedad (Dirección General de la Policía)*, Ministerio del Interior, Madrid, 1990. Lavagna, Carlo: “Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali”, en *Democrazia e Diritto*, 1967, págs. 361 y sigs. Labriola, S.: *I servizi di sicurezza dello Stato*, Milán, 1978. Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, Ministerio del Interior, Madrid, 1993. Raimondo, Marco di: *Diritto di polizia*, Maglioli Editores, Rímimi, 1993. Rico, José María y Salas, Luis: *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid, 1988. Virga, Pietro: *La potestà di polizia*, Giuffré, Milán, 1954.

1. EVOLUCION DE LA NOCION DE POLICIA

I. El término “policía”, etimológicamente, deriva del latín “politia” y del griego “politeia”, expresiones que aludían a la constitución del Estado o de la ciudad, esto es, al ordenamiento político del Estado cualquiera que éste fuese. Durante largo tiempo los términos “politia” y “respublica” se usarían como equivalentes.

Sólo hacia finales del siglo XIV y principios del XV, tal y como recuerda Ranelletti ⁽¹⁾, el gran estudioso de la materia ⁽²⁾, en Francia, se vinculó con las palabras “policia”, “police” o “policité”, el significado de orden, prosperidad y seguridad pública, que debían quedar al cuidado de la autoridad.

Es decir, en el mismo momento en que surge el termino, la policía se identifica con el poder, con la comunidad política. De esta idea estática de policía se pasará, como constata Villa Palasí ⁽³⁾, a su identificación con la actividad del poder público ⁽⁴⁾.

La idea de policía resultará de una notable utilidad para la configuración del Estado moderno y la dejación en manos del Príncipe de un verdadero poder absoluto. Entiende a este respecto Chiapetti ⁽⁵⁾ que la policía, en cuanto situación de orden y de seguridad, fue un concepto lo suficientemente genérico -que incluso recuerda la noción de la “razón de Estado”, con la que ha sido en muchas ocasiones vinculada- como para permitir al Príncipe multiplicar hasta el infinito los poderes de intervención sobre la libertad de los particulares y de las organizaciones públicas. Así las cosas, se comprende que la “police de la chose

(1) D. Ranelletti: “La polizia di sicurezza”, en *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V. E.Orlando, vol. IV, parte primera, Società Editrice Libreria, Milán, 1904, pág. 262

(2) Chiapetti, otro de os autores que más ha estudiado este tema, ha reconocido expresamente que Ranelletti es el estudiosos que más ha contribuido, por lo menos en Italia, a la individualización de la policía en el ámbito de la actividad administrativa: Achille Chiapetti: *L'attività di polizia (Aspetti storici e dogmatici)*, CEDAM, Padova, 1973, pág. 107.

(3) José Luis Villar Palasí: “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 16, enero-abril 1955, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 23.

(4) Merlin identificaría la policía del siguiente modo: “La police comprende la conduite de la chose publique”, definición bien reveladora de la identificación apuntada. Cit. por José Luis Villar Palasí: “Poder de policía y precio justo...”, op. cit. pág. 23.

(5) Achille Chiapetti: *L'attività di polizia*, op. cit., págs. 50-51.

publique” justificara el redimensionamiento de las antiguas libertades y de seculares privilegios sin ninguna otra contrapartida o garantía para cada cual.

A la vista de todo ello bien puede señalarse con Nieto ⁽⁶⁾ que la policía es, en sus comienzos, un simple verbo cultural al que se dota pronto de una carga política formidable, en cuanto corporeiza la idea del interés objetivo de la comunidad, que el Monarca va a utilizar descaradamente en su propio beneficio contra los derechos y privilegios individuales de procedencia feudal. De esta forma, la bandera regia va a tener un atractivo ideológico irresistible: el Príncipe combate el orden feudal no en interés propio, sino en interés de la “salus publica”, articulada en unas “bonne ordre et police”.

En Francia, la idea o conceptualización de la policía permanecería durante largo tiempo indeterminada, lo que, sin embargo, no iba a acontecer en Alemania, donde ya a partir de la segunda mitad del siglo XVII se intentó dar una mayor concreción al concepto. Ranelletti ⁽⁷⁾ cree que esta tendencia se vincula con los esfuerzos de los Monarcas de sustraer al control judicial “tutta intera l’amministrazione”, esto es, la totalidad de la actividad administrativa, limitando la competencia judicial a las controversias de derecho privado. Se establecerá de esta guisa el principio de que contra los actos administrativos y las decisiones de los Monarcas o de sus funcionarios, en lo administrativo, no cabe admitir impugnación ante los jueces (“In Polizeisachen gilt keine Appellation”). Este notabilísimo poder discrecional en manos del Soberano es un rasgo tan fundamental del régimen que, como recuerda Garrido Falla ⁽⁸⁾, la literatura jurídico-política ulterior lo configurará por antonomasia como el Estado-policía.

Tiempo después se iban a desgajar de la policía, dentro de la propia administración, la administración militar y la financiera. Federico Guillermo I de Prusia, en la Allgemeine Ordnung die Verbesserung des Justitz (Ordenanza general sobre reforma de la Justicia), de 2 de junio de 1713, concebiría a la

(6) Alejandro Nieto: “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 81, septiembre-diciembre 1976, págs. 35 y sigs.; en concreto, pág. 37.

(7) O. Ranelletti: “La polizia di sicurezza”, op. cit., pág. 263.

(8) Fernando Garrido Falla: “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, mayo-agosto 1953, págs. 11 y sigs.; en concreto, págs. 13-14.

policía como aquella parte de la administración que no era administración de la justicia, ni administración militar, ni administración financiera (Cameralística) (9).

La mayoría de la doctrina del siglo XVIII seguiría esta concepción, que en último término identificaba a la policía con lo que hoy llamaríamos Administración interior (innere Verwaltung) (10). Por lo demás, como advierte Carro (11), esta concepción de la policía servirá de base a toda la doctrina que se ocupó del tema y cuya aportación contribuyó a conformar lo que se conoce como Ciencia de la Policía.

En definitiva, en su acepción más amplia, la policía vino a constituir el fundamento de la autoridad monárquica absoluta, legitimada por los fines del orden, la seguridad y el bienestar (12), habilitando al Príncipe para intervenir en la esfera privada de sus súbditos disciplinando relaciones anteriormente reservadas a su libre determinación.

II. El pensamiento de la ilustración incidiría sustancialmente sobre la concepción de la policía. Bien es verdad que todavía en pleno siglo XVIII el concepto más amplio de la policía representaba, como en la etapa central del absolutismo, el conjunto de fines generales que servían para constituir el “prius” de la misma soberanía. Buen ejemplo de ello lo encontramos en Josef von Sonnenfels, uno

(9) En España, la norma alemana, como recuerda Nieto (Alejandro Nieto: “Algunas precisiones...”, op. cit., pág. 40), como consecuencia de la rápida recepción de la cultura jurídica europea y también cabalmente de la universalidad de los principios de la administración de policía, tendría pronto su reflejo en el Real Decreto de 2 de abril de 1717, recogido en la Novísima Recopilación, mediante el que se divide el Despacho Universal en tres Secretarías: la de Estado y Negocios Extranjeros, la de guerra y Marina, y la de Justicia, Gobierno Político y Hacienda, correspondiendo a esta última, entre otras cosas, los “empleos políticos y mixtos de Policía y Justicia”; es decir, que la Policía -equiparada aquí al gobierno político- abarca los asuntos de la Administración civil interior que no son ni de justicia ni de Hacienda.

(10) Es tan amplia la noción de policía en el siglo XVIII y se confunde hasta tal punto con la de administración que, como recuerda Gleizal, el primer tratado de ciencia administrativa es el “Traité de la police” de Delamare, del año 1722. Jean-Jacques Gleizal: *Le désordre policier*, Presses Universitaires de France, París, 1985, pág. 22.

(11) José Luis Carro: “Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, abril-junio 1981, págs. 287 y sigs.; en concreto, pág. 291.

(12) Achille Chiapeti: “Polizia” (diritto pubblico), voz de la *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 120 y sigs.; en concreto, pág. 123

de los típicos exponentes del Iluminismo alemán, y el primer jurista (había nacido en Nikolsburg, Moravia) que en Austria difundió la idea de la “Aufklärung”⁽¹³⁾. Para este autor, el bienestar (Wohlfahrt) a alcanzar por el Estado venía constituido por la seguridad y por la comodidad de la vida⁽¹⁴⁾, entendiéndose por aquélla, en definición que haría suya ulteriormente von rotteck, aquel estado de cosas en el que no hemos de temer nada, y por “comodidad de la vida”, la facilidad de procurarse el sustento con la propia diligencia.

El hecho de que la primera edición de la obra de Sonnenfels se publicara en 1765 es bien significativo del arraigo de esta amplísima concepción de la policía durante buena parte del Siglo de las Luces. Sin embargo, la expansión de las ideas de Puffendorf iba a incidir de modo decisivo sobre tal concepción.

En efecto, frente a las ideas desarrolladas por los teóricos del “ius politiae” -influenciados por las ideas del pacto social que la Escuela de Derecho Natural, y particularmente Christian Wolff, habían desarrollado-, quienes creyeron “moralizar” el poder soberano del Estado mediante la extensión del concepto de policía a las nociones de bienestar y felicidad común, y todo ello sobre la base de concebir la felicidad individual como la contrapartida que cada individuo puede pretender de la entidad abstracta a la que con el pacto social le ha sacrificado su propia libertad⁽¹⁵⁾. Frente a tales ideas, decimos, la concepción de la felicidad como asunto individual, cuya promoción no incumbe al Estado, pues es ajena al mismo, concepción que se presenta como tributaria del pensamiento del barón von Puffendorf, tendría una incidencia directa sobre el tema que nos ocupa.

Sería así J.S. Putter quien, en sus *Institutiones Iuris Publici Germanici*, publicadas en 1770, distinguiría entre:

1. La actividad de policía en sentido lato, orientada al logro de la felicidad colectiva (wohlfahrtspolizei).
2. La actividad de policía en sentido estricto, orientada tan sólo a la consecución de la seguridad pública (Sicherheitspolizei).

(13) Emilio Bussi: “I principi di governo nello Stato di Polizzia”. en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año IV, núm. 4, octubre-diciembre 1954, págs. 800 y sigs.; en concreto, pág. 810.

(14) J. Freiherr von Sonnenfels: *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, 7 ed., Wien, 1804, vol. I, pág. 13.

(15) José Luis Carro: “Policía y dominio eminente...”, op. cit., pág. 292.

El argumento que justificará esta diferenciación será la idea de que la coacción no debía emplearse sino para evitar peligros al súbdito, pero no para hacerle más feliz. La coerción se convertirá en el elemento nuclear del “*ius politiae*”.

La concepción precedente encontrará su más fiel reflejo legal en el bien conocido parágrafo 10, apartado II, título 17 del “*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*” de 1794 (la famosa codificación general prusiana). Aparece aquí la policía como “la defensa contra peligros”, lo que no es sino la resultante lógica de la nueva concepción que se impone, con arreglo a la cual la coacción debe limitarse a apartar aquellos obstáculos que dificulten la realización de la felicidad individual. Especificándose el concepto de la seguridad como función de la policía gubernativa, el mismo, según Posada ⁽¹⁶⁾, se condensará en la función tutelar de los gobiernos para proteger la vida personal del todo social y de sus miembros contra los peligros que puedan amenazarles.

La trascendencia de este concepto será enorme, pues el mismo se mantendrá en Alemania prácticamente hasta la segunda postguerra ⁽¹⁷⁾, momento en el que las autoridades aliadas de ocupación impondrán la “despolicización”, como medida política inexcusable para convertir al Estado alemán en un Estado de Derecho.

Este planteamiento absolutista de la policía vendrá a poner el acento del concepto de la función policial, a juicio de la doctrina ⁽¹⁸⁾, en la salvaguarda del orden público, viniendo así esta concepción a convertirse en habilitadora suficiente y universal del poder político de intervención policial. Dicho de otro modo, el enfoque precedente ha conducido a un concepto de poder de policía general que se presenta como un poder general y virtualmente indeterminado,

(16) Adolfo Posada: “Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 91, Madrid, 1897, págs. 270 y sigs.; en concreto, pág. 272.

(17) Bien es cierto que, como recuerda Carro, en rigor, habrá que esperara a la conocida “*Kreuzberg-Entscheidung*” del Tribunal Superior Administrativo de Prusia, de 14 de Junio de 1882, para que el concepto estricto de policía como defensa contra peligros se imponga definitivamente. José Luis Carro: “Policía y dominio eminente...”, op. cit., pág. 294.

(18) Joan J. Queralt: “Necesidad, legalidad y oportunidad” (A propósito de la cobertura de la injerencia policial), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, enero-abril 1990, págs. 135 y sigs.; en concreto, pág. 137.

capaz de instrumentar en su favor cualquier medida. Como dice García de Enteraría ⁽¹⁹⁾, según esta arcaica concepción, la policía gozaría de una habilitación general, ilimitada en su contenido, para la defensa frente a los peligros que afecten o amenacen a la seguridad y al orden público.

La consecuencia práctica de todo este desarrollo dogmático del concepto de policía, como advierte Carro ⁽²⁰⁾, no fue, ya en el marco del liberalismo, la desaparición de la idea de bienestar general como finalidad estatal, sino la de que la consecución de la misma debería realizarse sin la utilización de medios coactivos. Bien puede decirse que aquí radicó la diferenciación entre policía y fomento en la construcción doctrinal de la actividad administrativa.

III. La función y la actividad policial sufrió una drástica modificación con la irrupción de las ideas, y subsiguientes modificaciones derivadas de aquéllas, de la Revolución Francesa. Constata Chiapetti ⁽²¹⁾ cómo la sustitución de la unidad y del carácter absoluto del poder monárquico por los principios del pluralismo y de la división de poderes, condujo automáticamente al derrumbamiento de la idea de conservación y bienestar que constituía el presupuesto del ilimitado poder de intromisión del Estado de policía en la esfera privada.

Los revolucionarios franceses iban a limitar la policía mediante el reconocimiento constitucional de unos derechos individuales ante los que había de detenerse la potestad policial. El art. 12 de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de Agosto de 1789 dispondría al efecto:

La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

(19) Eduardo García de Enterría: "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, abril-junio 1975, págs. 203 y sigs.; en concreto, págs. 208-209.

(20) José Luis Carro: "Policía y dominio eminente...", op. cit., pág. 295.

(21) Achille Chiapetti: "Polizia" (diritto pubblico), op.cit., pág. 124

No es ajena a esa previsión del art. 12 la concepción doctrinal que estima que la función esencial del Estado es la función de seguridad, de “soreté” como dirían los hombres de la Revolución, dicho de otro modo, el mantenimiento del orden público (22). El art. 2 de la misma Declaración de 1789 consideraría “la soreté” como uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, cuya conservación es el fin de toda asociación política.

La fuerza pública aparece como una necesidad social en cuanto que el Estado debe poder imponer, por todos los medios, el respeto a las leyes. Como advierte Hirt (23), para los hombres de 1789, la fuerza pública es el accesorio de la ley; tiene la misma naturaleza y el mismo carácter. La fuerza pública vendrá a ser, de esta guisa, una emanación de la voluntad general. Y buena muestra de ello nos la ofrece, como constata la doctrina (24), la propia definición que de ella darían los revolucionarios que la habían creado: “la reunión de las fuerzas individuales organizadas por la constitución, para mantener los derechos de todos y asegurar la ejecución de la voluntad general”.

En definitiva, la garantía y salvaguarda de las libertades proclamadas por la Declaración de 1789, que todavía hoy permanecen, como se ha dicho (25), como uno de los signos geodésicos de nuestra civilización, corresponde a la fuerza pública. Quizá por ello mismo, Gleizal (26) ha podido afirmar que “la police est donc l’envers des libertés”. Policía y libertades se nos presentan como términos indisociables, y se encuentran efectivamente asociados en el seno del derecho, que se nos ofrece como un lugar de reconciliación. Al someterse al derecho, la policía se autolimita. No sólo las libertades son el principio de la policía, sino que, más aún, llegan a ser el camino a cuyo través la policía actúa respetando los procedimientos jurídicos.

Sin embargo, el devenir histórico se iba a encargar pronto de relativizar los esfuerzos de los revolucionarios liberales por situar en un mismo plano a la

(22) F. Hirt: “Du droit de la force publique”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1954 (octubre-diciembre), núm. 4, págs. 967 y sigs.; en concreto, pág. 967.

(23) *Ibidem*, pág. 969

(24) André Decocq, Jean Monteuil y Jacques Buisson: *Le Droit de la Police*. Editions Litec, París, 1991, pág. 40.

(25) *Ibidem*, pág. 49

(26) Jean-Jacques Gleizal: *Le désordre policier*, Presses Universitaires de France, París, 1985, págs. 102.

policía y a las libertades. Las garantías constitucionales de la libertad no iban a ser baulartes sólidos frente a la acción policial instigada por los intereses políticos de los detentadores del poder, que en numerosas ocasiones utilizarán la fuerza pública en beneficio propio y en contra de sus enemigos políticos, conculcando de modo frontal el postulado del art. 12 de la Declaración.

A todo ello habrá que añadir la pervivencia (y desde luego no sólo en Alemania, donde esta circunstancia es evidente, como revelan con meridiana claridad los comentarios a la Ley Prusiana de Administración Policial de 11 de marzo de 1850, en los que se considera que el campo de la policía es en principio casi ilimitado) de una noción amplia de la policía.

Desde esta perspectiva, bien pudiera decirse con Nieto⁽²⁷⁾ que la policía actúa como piedra de toque para comprobar hasta qué punto es liberal un régimen que pregona serlo. Si esto fuera cierto, parece claro que Francia, y mucho menos Alemania o Italia⁽²⁸⁾, son muy poco liberales durante el siglo XIX. Y por lo mismo, así se entiende que una concepción coherentemente liberal de la policía tuviera que refugiarse en Inglaterra, donde se reduce hasta el mínimo la acción policial, a la par que se crea una policía que -tras la creación en 1829 de una fuerza de policía metropolitana auspiciada por el Ministro del Interior, Robert Peel, que poco después se extenderá por toda Inglaterra- se configura como un cuerpo civil en estrecho contacto con el ciudadano y con una función preponderantemente preventiva.

IV. A fines del siglo XIX prevalecerá un concepto instrumental de la policía, de acuerdo con el cual, el rasgo realmente característico de la policía no será tanto su objetivo, sino más bien su forma de actuar. Estaremos ante una actuación policial cuando nos encontremos con medidas restrictivas de la libertad de los individuos, utilizando al efecto la coacción. Es decir, ya no es tanto el objeto de la actividad lo que va a caracterizar a la policía, cuanto la forma de la actividad.

(27) Alejandro Nieto: "Algunas precisiones...", op. cit., pág. 60

(28) En el Estado liberal italiano, recuerda Chiapetti (en la voz "Polizia", op. cit., pág. 126), la policía es una actividad administrativa completamente nueva que, sin embargo, se enlaza a la del precedente régimen absoluto, entre otros aspectos, en razón a su capacidad de entrometerse en la esfera privada. Es decir, Italia no escapa en este punto a la situación francesa o alemana.

Nieto ha constatado ⁽²⁹⁾ que así se producen la mayoría de los autores alemanes de fines de siglo. Mención especial merece al efecto Otto Mayer, a quien, según se ha dicho ⁽³⁰⁾, corresponde al mérito de depurar la amplia significación del concepto de policía imperante en Alemania durante la mayor parte del siglo XIX.

Para Mayer, la noción de policía resulta de conjugar la finalidad específica a que se dirige su actividad con unas formas determinadas que le sirven de medios. Y así, Mayer entiende ⁽³¹⁾ que la policía en el marco del Estado de Derecho es la actividad estatal orientada a defender el “buen orden de la comunidad” a través de todos los medios de que dispongan los poderes públicos, frente a las perturbaciones probadas por los individuos. Para el autor alemán, el “buen orden de la comunidad” no podía ser perturbado por los ciudadanos. Esta obligación daría lugar a una suerte de “derecho natural de policía” ⁽³²⁾ que permitía explicar y justificar, en el marco del Estado de Derecho, la existencia de cláusulas generales, de amplios apoderamientos de la Administración en el campo de la actividad de policía.

La tesis de Mayer sería refutada por Ranalletti, quien, como advierte Chiapetti ⁽³³⁾, tiene el mérito de rechazar la tentación de individualizar un concepto abstracto y universal de la policía. “Non possiamo ragionare e decidersi in base a criteri puramente astratti, perché la polizia non é una concezione puramente speculativa, una creazione puramente lógica; con questo nome si designa un attività dello Stato, un istituto positivo di amministrazione” ⁽³⁴⁾. En tales términos se pronunciará Ranalletti.

Tras separar con nitidez la función de policía de la función que el autor italiano denomina de perfeccionamiento y de conservación ⁽³⁵⁾, y constatar que

(29) Alejandro Nieto: “Algunas precisiones...”, op. cit., pág. 62

(30) Iñaki Agirreazkuenaga: *La coacción administrativa directa*, Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990, pág. 36

(31) Otto Mayer: *Le Droit Administratif Allemand*, tomo II, París, 1904, págs. 6-7

(32) José Luis Carro: “Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, octubre-diciembre 1977, págs. 605 y sigs.; en concreto, págs. 612-613.

(33) Achille Chiapetti: “L’attività di polizia” op. cit., pág. 108.

(34) O. Ranalletti: “La polizia di sicurezza”. op. cit., pág. 271.

(35) *Ibidem*, pág. 276.

bajo la palabra “policía” encontramos comprendidas todas aquellas disposiciones que limitan la actividad de todos y cada uno de los individuos ⁽³⁶⁾, Ranelletti termina definiendo la policía como aquella forma de actividad pública en el campo de la administración interior que se desarrolla limitando o regulando la actividad de todos (personas físicas o jurídicas) y, eventualmente, si es necesario, por medio de la coacción, con la finalidad de garantizar al conjunto social y a sus partes frente a los daños que puedan provenir de la actividad humana ⁽³⁷⁾.

Digamos por último que Ranelletti, en su crítica a Mayer, consideraría ⁽³⁸⁾ que el “buen orden de la comunidad” a que se refería el autor alemán había de ser entendido en el sentido de orden jurídico, esto es, de orden establecido por el Derecho positivo. En este sentido, la policía tenía como finalidad primigenia la salvaguarda de ese orden jurídico y, consiguientemente, también de los derechos subjetivos que en él se fundan. No hace falta significar que esta juridificación del orden público nos aleja de un sometimiento moral al “buen orden de la comunidad”, históricamente justificador de todo tipo de intervenciones ⁽³⁹⁾. Y es innecesario de igual forma subrayar la actualidad de las tesis del maestro italiano, que nos parecen las más acertadas.

V. A modo de reflexión final, bien puede subrayarse con Chiapetti ⁽⁴⁰⁾, después de este recorrido histórico en torno a la noción de policía, la prevalencia final de la tendencia que considera como “policía” tan sólo aquella parte de la actividad administrativa que persigue un fin de prevención y de tutela del orden y de la seguridad. Como entre nosotros recuerda Carro ⁽⁴¹⁾, la noción de seguridad y orden públicos, entendida unitariamente, acabó siendo, a través de un proceso de reducción conceptual del concepto de policía en el Estado preconstitucional, el contenido mismo de la actividad policial y una técnica de intervención en la esfera de libertad de los particulares.

(36) *Ibidem*, pág. 277.

(37) *Ibidem*, pág. 279.

(38) *Ibidem*, págs. 432-434.

(39) En igual sentido, José Luis Carro: “Los problemas de la coacción directa...”, *op.cit.*, pág. 625.

(40) Achille Chiapetti: “L’attività di polizia”, *op. cit.*, pág. 149.

(41) José Luis Carro: “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, mayo-agosto 1990, págs. 9 y sigs.; en concreto, pág. 11.

Ahora bien, el Estado democrático no sólo ha reducido los espacios de operatividad de la policía, sino, lo que aún importa más, ha reconducido y subordinado el campo de acción policial a la vinculante disciplina constitucional de los derechos y libertades fundamentales, cuya garantía constituye hoy la principal razón de ser de la fuerza pública.

2. EL SIGNIFICADO DEL ARTICULO 104 DE LA CONSTITUCION

I. Son muy escasos los precedentes de Derecho comparado que encontramos a este precepto. Si acaso habría que referirse al art. 272 de la Constitución de Portugal de 1976, cuyo primer apartado, en la redacción inicial del precepto, ⁽⁴²⁾ determinaba: “La policía tiene como funciones defender la legalidad democrática y los derechos de los ciudadanos”. Tras la reforma constitucional de 1982, el apartado sería objeto de una modificación de acuerdo con la cual, la policía, junto a la función de defensa de la legalidad democrática, asumía la de garantizar la seguridad interna y los derechos de los ciudadanos.

Como se ha puesto de relieve ⁽⁴³⁾, de las finalidades constitucionalmente atribuidas a la policía se deduce que la misión de la misma no se reduce a las funciones preventivas y represivas de mantenimiento del orden, con sacrificio de los derechos ciudadanos, sino que, bien al contrario, deben englobarse en la función general que la Constitución atribuye al Estado (art. 9, b/) y más específicamente al Gobierno (art. 202, b/) y, a través de éste, a la policía, de mantenimiento de la legalidad democrática, tal y como viene definida por la Constitución.

Para terminar de comprender la plena significación del precepto, no es inoportuno recordar el papel represivo de la policía en el régimen autoritario portugués inmediatamente anterior a la “revolución de los claveles”. Es por ello por lo que se hace inexcusable poner ahora la policía al servicio de la legalidad democrática y de los derechos ciudadanos.

(42) En su redacción inicial, el art. 27 incluía dos apartados más (a los que se uniría otro en la reforma de 1982), siendo de destacar el segundo, de acuerdo con el cual: “As medidas de polícia são previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”. Es decir, este apartado establece dos importantes principios: el de legalidad y el de proporcionalidad, con la subsiguiente interdicción de todo exceso policial.

(43) J.J. Gomes Canotilho y Vital Moreira: *Constituição de República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1978, págs. 470-471.

Así entendido, se comprende la necesidad de este precepto de la Constitución portuguesa de 1976, que tras la caída de la Dictadura salazarista, trata de vertebrar e institucionalizar un modelo de régimen democrático que se sitúa en las antípodas del fenecido en abril de 1974. Dicho de otro modo, y con una visión más general, el paso de un régimen autoritario a otro democrático parece hacer más que conveniente la específica sujeción constitucional de la policía a los principios inspiradores del nuevo sistema político democrático, muy en especial a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Se marca con ello una pauta diferencial con un modelo policial caracterizado en todo régimen autoritario por su carácter represivo de los derechos ciudadanos y por su naturaleza de instrumento al servicio de la arbitrariedad del poder ⁽⁴⁴⁾.

II. Estas reflexiones creemos que son perfectamente extrapolables al caso español, que tantas concomitancias guarda con el portugués: coexistencia en ambos países durante un largo período de tiempo de un modelo autoritario y evolución bien que por cauces diferentes, en momentos temporales muy próximos, del régimen autoritario a un sistema democrático, con la subsiguiente apertura de un proceso constituyente cristalizado finalmente en una Norma constitucional.

Pero, por lo que se refiere al caso español, el cambio de modelo policial que refleja el art. 104 no pretende sólo quebrar con el modelo policial franquista, sino, más profundamente, traduce la voluntad del constituyente de romper con un modelo militarizado de mantenimiento del orden público, insensible a los derechos y libertades fundamentales, que pervive en nuestro país desde el mismo nacimiento del régimen constitucional.

Como ha significado García de Enterría ⁽⁴⁵⁾, en nuestras instituciones se ha mantenido desde hace dos siglos con una sorprendente insistencia la falacia de creer que sólo las armas y los modos de guerra pueden ser eficaces

(44) Refiriéndose a Francia, Gleizal, muy significativamente, afirma que la historia de las reformas policiales es indisoluble de la de los períodos de intensificación de los conflictos en el seno de la sociedad. Jacques Gleizal: *Le désordre policier*, op. cit. pág. 39.

(45) Eduardo García de Enterría, en el "Prólogo" a la obra de Manuel Ballbé, *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, págs. 12-13.

para mantener integrada una sociedad o, dicho en términos más simples, para luchar eficazmente contra los trastornos del orden público.

Ballbé, con notable claridad, ha llegado a la conclusión ⁽⁴⁶⁾ de que es una evidencia la decisiva y permanente presencia de las instituciones militares en el ordenamiento y en la praxis del orden público, de la organización policial y del régimen jurídico y ejercicio real de las libertades. En este ámbito, la realidad jurídico-administrativa puede quedar sintetizada en un concepto: militarismo. En análoga dirección, López Garrido ⁽⁴⁷⁾ considera que el orden público ha sido una función militar en nuestra historia, lo que en buena medida es la resultante del hecho de que la seguridad pública se ha concebido como una creación, imposición, estatal, y no como un derecho ciudadano. A todo ello hay que añadir la instrumentación política de la función policial, a la que ya nos hemos referido, que es la resultante, como bien se ha advertido ⁽⁴⁸⁾, de la visión que se tiene de la función policial: el aparato de poder que había de hacer posible la alteración de las causas del conflicto social y el establecimiento de la relación de equilibrio liberal individual.

Con el franquismo, en la década de los cincuenta, se produce un cierto alejamiento de las instituciones castrenses por parte de la Administración Pública, en especial en el ámbito del orden público. Este intento de administrativizar la represión se traducirá en la configuración de unas Fuerzas de Orden Público que se conciben, como bien advierte Ballbé ⁽⁴⁹⁾, como un cuerpo separado y aislado de la sociedad, que podía actuar ciegamente y de forma arbitraria, al que se le encarga de modo principal el mantenimiento de la tranquilidad en la calle.

Ciertamente, esta concepción de la policía no es nueva. Como recuerda Nieto ⁽⁵⁰⁾, y ya tuvimos oportunidad de exponer, a partir de las guerras

(46) Manuel Ballbé: *Orden Público y militarismo...*, op.cit. págs. 20-21.

(47) Diego López Garrido: *El aparato policial en España (Historia, sociología e ideología)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, págs. 67-69.

(48) Miguel Domínguez - Berrueta de Juan (y otros): "Reforma policial y Constitución: algunas claves para su interpretación", en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 373 y sigs.; en concreto, págs. 392.

(49) Manuel Ballbé: "Fuerzas de Orden Público", en el colectivo, *La izquierda y la Constitución*, Ediciones Taula de Canvi, Barcelona, 1978, pág. 143 y sigs.; en concreto, pág. 144.

(50) Alejandro Nieto: "Algunas precisiones...", op. cit. págs. 54-55.

napoleónicas, la policía será el instrumento para mantener al pueblo en orden y tranquilo, lo que supondrá una radical transmutación de los objetivos de la policía: de venir a corporeizar ésta la idea del interés objetivo de la comunidad, operando como un instrumento para la defensa del pueblo frente a sus enemigos, se convierte ahora en un mecanismo de defensa del poder contra el pueblo.

Es innecesario reiterar, por evidente, que una concepción de la policía de esta naturaleza no podía perdurar en un sistema constitucional democrático que residencia la soberanía nacional en el pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado.

III. Las reflexiones que preceden, a nuestro entender, revelan con meridiana claridad no sólo la inexcusabilidad de un radical cambio en el modelo policial existente en nuestro país en el momento de la muerte del general Franco, sino, asimismo, la conveniencia de plasmar las líneas maestras de tal mutación en la Norma suprema.

Se comprende así que el constituyente español, de igual forma que el portugués, dedicara un artículo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, precepto que revela su expresa intención de superar la imagen represiva de las fuerzas policiales, propiciada, como ya hemos subrayado, por la peculiar interpretación de la noción de orden público -que, con toda justicia, como dice Barcelona⁽⁵¹⁾, ha pasado a ocupar un lugar bastante destacado en la galería de los conceptos odiosos de nuestro Derecho público, calificativo que ya antes había utilizado Martín-Retortillo⁽⁵²⁾-, en cuyo nombre se han cometido, hasta las vísperas mismas del régimen constitucional, gran cantidad de abusos contra los derechos y libertades ciudadanos.

(51) Javier Barcelona Llop: "Seguridad Ciudadana" (Derecho Administrativo), voz de la enciclopedia *Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6095 y sigs.; en concreto, pág. 6096.

(52) Lorenzo Martín-Retortillo y Baquer (en "El orden público como límite al derecho de libertad religiosa), en su obra *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, págs. 298) la tildará de "expresión odiosa".

En definitiva, la agresividad del concepto de “orden público” servirá de justificación a la natural reacción que tendrá lugar con la llegada del nuevo sistema democrático, impulsor, como se ha dicho ⁽⁵³⁾, de una actitud debeladora de la aberrante praxis precedente en la materia.

Pero es que, además, la Constitución pone fin, como es opinión común ⁽⁵⁴⁾, a la tradicional implicación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden público interno, instituyendo las bases para una policía civil, acorde con los principios democráticos y esencialmente profesionalizada ⁽⁵⁵⁾.

El art. 104 trata de delinear un estatuto constitucional de la policía acorde con el marco constitucional general ⁽⁵⁶⁾, y en orden al logro de tal finalidad refleja, como ha reconocido el Juez de la Constitución ⁽⁵⁷⁾, un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las Fuerzas de la policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción, supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquéllos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). Es claro que un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo

(53) José Manuel Castells Arteché: “El marco normativo de los cuerpos de Seguridad Pública desde la vertiente competencial”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 207 y sigs.; en concreto, págs. 207

(54) Es el caso, por ejemplo, de Fernando López Ramón: “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas, en Sebastián Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría)*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2547 y sigs.; en concreto, pág. 2559.

(55) En análogo sentido se manifiesta Manuel Ballbé, en “La policía y la Constitución”, en José María Rico (comp.), *Policía y sociedad democrática*, Ministerio del Interior, Madrid, 1983, págs. 89 y sigs.; en concreto, pág. 92.

(56) A juicio del Tribunal Constitucional, el art. 104.1 CE trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos, al orden constitucional, subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el art. 53.1 CE, la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente, destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano (stc 55/1990, de 28 de Marzo, Fund. Jur. 5).

(57) STC 55/1990, de 28 de marzo, fund. jurídico 5 .

exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones.

En resumen, nuestra Norma Suprema sienta las bases de un nuevo modelo policial, un modelo que es del todo inédito en nuestra historia político-constitucional.

Ciertamente, hay que advertir que la no expresa regulación por el constituyente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no hubiera entrañado su no sujeción al marco constitucional. Eso es una evidencia. Y el caso italiano es revelador al efecto. Como señala Volpi⁽⁵⁸⁾, no obstante la escasa relevancia de un tema como el de la policía en los trabajos de la Asamblea Constituyente (la Constitución italiana no dedica ninguna previsión específica a la policía administrativa), “non per questo non esista la possibilità di enucleare dalla Costituzione un insieme di principi e di norme di per sé sufficienti a delineare una profonda riforma dell’ordinamento di polizia”. Y el propio autor⁽⁵⁹⁾ entresaca del ordenamiento constitucional hasta cinco grupos de normas aplicables a las Fuerzas de policía⁽⁶⁰⁾. Con todo, el mismo Volpi ha reconocido⁽⁶¹⁾ que en Italia el ordenamiento de las Fuerzas de policía constituyó durante largo tiempo “una specie di zona franca” en la que parecía que las normas constitucionales no podían en modo alguno adentrarse.

Las reflexiones que preceden no hacen sino abonar nuestro juicio inequívocamente favorable a la opción de nuestro constituyente de dedicar una norma constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, precepto que el Tribunal Constitucional ha considerado⁽⁶²⁾ directamente heredero del ya mencionado art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

(58) Mauro Volpi: “Costituzione e polizia”, en *Politica del Diritto*, año XIV, núm. 1, marzo 1983, págs. 91 y sigs.; en concreto, pág. 92.

(59) *Ibidem*, págs. 92 y sigs.

(60) En una dirección análoga, Corso ha puesto de relieve que la falta de una atribución general a la policía de una actividad de prevención, la ausencia de una cláusula general de orden público, la misma estructuración (siempre, obvio es decirlo, en la Constitución italiana) del poder de policía a través de la determinación de los intereses que se establecen como límite frente al ejercicio de algunas libertades, con la consiguiente afirmación de la primacía del valor de la libertad frente a sus limitaciones, asignan a la policía una posición bien definida, que es la propia de los ordenamientos democráticos liberales. Guido Corso: *L’ordine pubblico*, II Mulino, Bologna, 1979, pág. 59.

(61) Mauro Volpi: “Costituzione e polizia”, *op. cit.*, pág. 91.

(62) STC 55/1990, de 28 de marzo, fund. jur. 5.

Por lo demás, no deja lugar a dudas que de la Constitución, es decir, de su marco general, no sólo del enunciado particular de su art. 104, se desprende que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad a fin de garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos constitucional y legalmente reconocidos. Es decir, esa regla básica -en el ámbito que ahora nos ocupa- de todo Estado democrático, a la que ya nos refiriéramos en un momento anterior, de reducción de los espacios de actuación de la policía y de subordinación de la actuación policial a la vinculante disciplina constitucional de los derechos y libertades, encuentra plena confirmación tanto en el marco constitucional general como, particularizadamente, en el estatuto constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

3. LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN EL DEBATE CONSTITUYENTE:

I. El primer antecedente que del art. 104 encontramos en el itinerario constituyente nos aparece en los acuerdos de la Ponencia constitucional adoptados en su sesión del 8 de noviembre de 1997 (63). En ella, tras el correspondiente debate sobre los textos de los documentos de UCD, del Partido Comunista y de AP, se aprobaba como art. 124 un texto sobre las Fuerzas de Orden Público, dejando pendiente para segunda lectura su ubicación.

De conformidad con el citado Art. 124 :

1. “Las Fuerzas de Orden Público tendrán como misión defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y garantizar la seguridad personal de éstos”.
2. “Una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de acotación y estatuto de las Fuerzas de Orden Público”.

El precepto en cuestión se ubicaba dentro de un título referente a las “Fuerzas Armadas, de Orden Público y estados de excepción”.

Las similitudes de esta norma con la que habría de ser la redacción final del texto es notable, bien que quepa advertir tres diferencias sensibles al menos:

(63) Actas de la Ponencia constitucional, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2. segundo cuatrimestre 1984, págs. 251 y sigs.; en concreto, pág. 315.

1. En primer término, el cambio terminológico, que llevará al abandono de la alusión al orden público al identificar las fuerzas policiales. Entre nosotros, Ballbé (64) propugnaría como necesaria la sustitución del mismo concepto de “orden publico” por otro que careciese de las connotaciones antidemocráticas del citado concepto, como, por ejemplo, el de seguridad pública, siguiendo en ello de cerca a Carlo Lavagna, quien propugnó la eliminación del término ordine pubblico y la reconducción y articulación de los componentes materiales del mismo en torno a la noción de sicurezza (65). Bien es verdad que de ello no podemos concluir, como hace algún sector doctrinal (66), que el Anteproyecto de Constitución giraba con exclusividad en torno al concepto de orden público, pues es evidente que tal concepto se había abandonado al enumerar las misiones que correspondían a las fuerzas policiales, manteniéndose tan sólo a efectos de la denominación de estas mismas Fuerzas, bien que, de modo un tanto incongruente, el concepto se reflotaba en el art. 138 del Anteproyecto (equivalente al actual art. 149), que atribuía al Estado, en su número 29, la competencia exclusiva en materia de orden público, sin perjuicio de la posibilidad de crear policías territoriales, que habían de coadyuvar al sostenimiento del orden público en la forma estatutariamente establecida.

2. En segundo lugar, la atribución a las Fuerzas de Orden Público de la misión de defensa del ordenamiento constitucional, coincidente con la que el art. 123 del propio texto atribuía a las Fuerzas Armadas, lo que encerraba una notable confusión en tema tan importante como el de las funciones de unas y otras Fuerzas, determinación que en un momento ulterior del “iter” constituyente sería suprimida.

3. Por último, la falta de alusión a la dependencia del Gobierno, aspecto que posteriormente sería también modificado.

Y desde luego, junto a las anteriores divergencias, no cabe ignorar la que, en el plano formal, bien que con indudables consecuencias que podían trascender dicho plano, significaba ubicar en un mismo título a las Fuerzas Armadas y a las de Orden Público.

(64) Manuel Balbé: “Fuerzas de Orden Público”, op.cit., pág. 149.

(65) Así nos lo recuerda Iñaki Agirreazkenuaga: *La coacción administrativa directa*, Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990, pág. 364, nota 119.

(66) Iñaki Agirreazkenuaga: *La coacción...*, op.cit. pág. 346

En las Actas de la Ponencia no encontramos referencia alguna al momento en que se acordó la reubicación de los artículos recogidos en este confuso título, ni las razones a que ello respondió. Lo cierto es que en el Anteproyecto de Constitución ⁽⁶⁷⁾ ya nos encontramos con que el artículo antes referido aparece como art. 102 en el capítulo segundo (dedicado a la Administración) del título V, relativo al Gobierno y a la Administración, modificación formal a la que se ha de unir, como única alteración en su redacción, la explícita referencia a la dependencia del Gobierno.

II. Un total de ocho enmiendas se presentaron al texto del art. 102 del Anteproyecto. Dos de ellas (la núm. 2, del Sr. Antonio Carro Martínez de AP y la núm. 64, del Sr. Letamendía Belzunce, del Grupo Mixto) propugnaban la supresión del precepto (en el primer caso en su totalidad y en el segundo en su apartado primero) por entender que no debía darse tratamiento constitucional a la policía. Una tercera enmienda (la núm. 539, del Grupo Parlamentario Mixto) se limitaba, respecto al apartado primero, a meras precisiones terminológicas, y en cuanto al segundo, propugnaba la supresión del carácter de “orgánica” que debía tener la ley llamada a disciplinar estas fuerzas.

La Ponencia no aceptaría los requerimientos de ninguna de estas tres enmiendas ⁽⁶⁸⁾, como tampoco de la enmienda núm. 635 (del Grupo Parlamentario Vasco), que postulaba la necesidad de que se contemplara por la norma que las Fuerzas de Orden Público debían estar bajo la dependencia del Gobierno, con impropia expresión técnica, de los Territorios autónomos. La ponencia justificaría su rechazo en este último caso por entender que el contenido de la enmienda nacionalista estaba en parte recogido en la distribución de competencias ente el Estado y las Comunidades Autónomas (lógicamente hay que pensar que la Ponencia se refería al contenido del ya referido art. 138.29).

Un bloque de tres enmiendas (números 713, del diputado de UCD, Sr. Sancho Rof; 736, del también diputado centrista Sr. Ortí Bordás, y 779, del Grupo Parlamentario de UCD) iban a propugnar, con expresiones muy parejas (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Fuerzas de Seguridad del Estado y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, respectivamente) un cambio terminológico en la denominación inicialmente utilizada (Fuerzas de Orden Público) para aludir a las Fuerzas policiales.

(67) *Boletín Oficial de las Cortes* (en adelante BOC), núm. 44, 5 de enero de 1978, pág. 686.

(68) BOC, núm 82, 17 de abril de 1978, pág. 1580.

La expresión “Fuerzas de Orden Público” tenía su antecedente inmediato en el art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que consideraba que tales Fuerzas, en unión de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, constituían las Fuerzas Armadas de la Nación. Ya hemos tenido oportunidad de aludir a las razones por las que esta expresión había suscitado un rechazo muy generalizado, al ser considerada como la “cláusula de cierre” última del sistema autoritario ⁽⁶⁹⁾, en cuanto que el orden público era el fundamento de poderes explícitos e implícitos, lo que llegó a convertirle más que un concepto material, en un concepto ideológico además ya de jurídico.

En la enmienda núm. 713, de la que es directa tributaria la terminología finalmente empleada por el constituyente, se justificaba el cambio de denominación que se postulaba por ser la de “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad” más omnicomprendiva y mejor adaptada al moderno entendimiento de su papel. La Ponencia haría suya esta propuesta, aceptando con ello, en parte, las enmiendas núms. 736 y 779.

Por último, el acertado abandono de la misión de defensa del ordenamiento constitucional, como propia de la policía, se debería a la aceptación de alguna de las propuestas acogidas en la enmienda núm. 697, del Grupo Parlamentario Comunista, que consideraba necesario prescindir de esta función de defensa constitucional al objeto de precisar con más claridad la posición constitucional de estas Fuerzas. La Ponencia, efectivamente, prescindiría de esta misión, rechazando por contra las otras formulaciones de la enmienda comunista: la sujeción de los miembros de las Fuerzas de Seguridad a la jurisdicción ordinaria y el reconocimiento de su derecho de sindicación, lo que entrañaba una postura, por parte del enmendante, proclive a la plena y definitiva desmilitarización de estas Fuerzas policiales.

La Ponencia alteraría asimismo la redacción de la segunda de las misiones asignadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siguiendo también lo propugnado en este punto por el diputado Sr. Sancho Rof en su enmienda núm. 713: frente a la inicial referencial del texto del Anteproyecto a la garantía de “la seguridad personal de éstos” (se refiere a los ciudadanos), el Informe de la Ponencia se referiría a la garantía de “la seguridad ciudadana”.

(69) Diego López Garrido: “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en José Juan González Encinar (dir.), *Diccionario del sistema político español*. Akal, Madrid, 1984. págs. 358 y sigs.; en concreto, pág. 360.

Finalmente, aunque la Ponencia aduciría que “mantenía el texto del Anteproyecto en el apartado segundo del precepto que nos ocupa, rechazando las enmiendas presentadas al mismo, lo cierto es que se introducía una modificación que podía tener consecuencias importantes en un futuro: frente al empleo en singular del término “estatuto” (estatuto de las Fuerzas de Orden Público), ahora se recurría al plural (estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Evidentemente, ese empleo del plural podía entenderse como una mera exigencia gramatical en cuanto que la expresión venía ahora referida a las Fuerzas y Cuerpos, pero también cabía admitir que con ella el constituyente estaba amparando la posible dualidad de regímenes estatutarios según se tratase de la Guardia Civil o de las restantes Fuerzas de Seguridad.

Lo cierto es que la Ponencia constitucional dio al precepto que nos ocupa (que en el Informe quedó como art. 96) la redacción que, a la postre, habría de ser la definitiva.

III. El paso del precepto que venimos comentando por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso revelaría con nitidez el amplio acuerdo que la redacción dada al mismo por la Ponencia había suscitado. La doctrina⁽⁷⁰⁾ también ha destacado el dilatado clima de consenso en que se desarrolló la regulación de las Fuerzas de Seguridad a lo largo de los debates constituyentes.

En efecto, en la sesión del día 6 de junio⁽⁷¹⁾ se procedía al debate del art. 96 del Informe de la Ponencia. En realidad, ese debate sería inexistente por cuanto unas enmiendas se entenderían recogidas en el Informe y otras retiradas, bien que alguna de ellas con el ánimo de defenderla en otro momento del debate aunque fuera por medio de una enmienda in voce (cual acontecería con la enmienda del PNV). Tan sólo habría que recordar la explicación de voto del diputado comunista Sr. Solé Tura, quien manifestaría que la retirada de la enmienda de su Grupo tendente a constitucionalizar el derecho de sindicación

(70) Fernando Garrido Falla: “Comentario al artículo 104”, en la obra por él dirigida, *Comentarios a la Constitución*, 2a. Edición., Civitas, Madrid, 1985, págs. 1447. Asimismo, José Manuel Castells Arteché: *La policía autónoma*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989, pág. 51.

(71) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (en adelante DSCD), Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 6 de junio de 1978, págs. 2963-2964.

de los miembros de las Fuerzas de Seguridad no debía entenderse fruto de la accesoriedad del tema; bien al contrario, para Solé Tura y su Grupo, se trataba de un tema fundamental “para abordar con éxito el proceso de democratización de nuestro país que implica la democratización de todo el aparato del Estado”. En consecuencia, la retirada de esta parte de la enmienda núm. 697 debía vincularse con la posibilidad contemplada al efecto por el art. 27 del texto del Informe (referente al derecho a la libertad sindical).

El precepto sería aprobado por unanimidad, síntoma bien fehaciente del consenso que suscitó esta norma constitucional.

El Dictamen de la Comisión ⁽⁷²⁾ acogería, consiguientemente, inalterado el texto del artículo, bien que ahora numerado como art. 97 .

En el Pleno del Congreso, la norma que analizamos ni tan siquiera sería objeto de ningún intento de debate o intervención, procediéndose a votar de modo conjunto con otros preceptos (los artículos 93 a 99 del texto del Dictamen), siendo aprobada por 259 votos a favor, tres en contra y cuatro abstenciones ⁽⁷³⁾.

Como es obvio, en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso, el precepto en cuestión quedaba inalterado incluso en su numeración (art. 97) ⁽⁷⁴⁾.

IV. Esta clima de acuerdo y connivencia no quebraría en la Cámara Alta. De entrada, fueron muy escasas las enmiendas presentadas al art. 97 : cuatro tan sólo. Una de ellas (enmienda núm. 522, del Sr. Xirinacs, del Grupo Mixto) creemos que carece de todo interés dada la marginalidad de sus planteamientos, en sintonía con el modelo confederal de Estado defendido por el referido senador; quizá podría destacarse tan sólo la defensa por el Sr. Xirinacs del principio de subsidiariedad en la actuación de la Confederación, ante las responsabilidades prioritarias de seguridad por parte de los Estados miembros de aquélla.

Una segunda enmienda (la núm. 302, del senador Sr. Bandrés, del Grupo de Senadores Vascos) propugnaba la supresión del apartado primero, debiendo quedar circunscrito el precepto al texto del apartado segundo, en el que habría de aludir tanto a las Fuerzas Armadas como a las Fuerzas de Orden Público. Unas y otras, como instituciones integrantes de la Administración, habían de

(72) BOC, núm. 121, 1 de julio de 1978, pág. 2608.

(73) DSCD, núm. 109 (sesión plenaria núm. 38), 13 de julio de 1978, págs. 4230-4231.

(74) BOC, núm. 135, 24 de julio de 1978, pág. 2962.

tener definidas sus funciones y estatutos por la ley orgánica propia, sin ser necesario, según razonaba el Sr. Bandrés, que esa definición tuviera rango constitucional. Los argumentos que expusimos en el epígrafe inmediatamente anterior creemos que contradicen frontalmente la bondad de esta reflexión.

Finalmente, dos enmiendas coincidentes en su finalidad: suprimir el inciso “bajo la dependencia del Gobierno” (del apartado primero), bien que por razones harto diferentes. La primera de ellas (enmienda núm. 242, del senador Sr. Satrústegui Fernández, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes) propugnaba la supresión en base a que el art. 91 del Proyecto aprobado por el Congreso ya establecía que el Gobierno dirige la Administración civil y militar. Y con un argumento un tanto equívoco, el Sr. Satrústegui consideraba que en cuanto las fuerzas y Cuerpos de Seguridad forman parte bien de la Administración Civil o de la militar, en cualquiera de ambos casos se hallaban ya bajo la dependencia del Gobierno. La segunda enmienda (núm. 1001, del Grupo de Senadores Vascos) asentaba su propuesta de supresión del inciso en cuestión en la inexcusable necesidad de una gestión autonómica del orden público, que hacía necesario suprimir la referida previsión, en cuanto que la misma condicionaba constitucionalmente la correcta resolución del problema.

V. En la Comisión de Constitución del Senado ⁽⁷⁵⁾, la norma que atrae nuestra atención sería objeto de un mayor debate que en el Congreso, en donde, como ya dijimos, la discusión fue de hecho inexistente. El debate giró en torno a la supresión de la expresa referencia a la dependencia gubernamental de las fuerzas policiales.

Para el senador Sr. Satrústegui, la susodicha supresión se justificaba en base a una doble argumentación: de un lado, por la existencia de Fuerzas policiales dependientes no del Gobierno, sino de la autoridad judicial (Policía Judicial) o de las autoridades autonómicas (Policías autonómicas), y de otro, por el argumento ya expuesto en la justificación de la enmienda, de la innecesariedad de esa previsión a la vista de una interpretación sistemática de la Constitución.

A su vez, el senador del Grupo Vasco Sr. Zabala, tras adherirse a la enmienda y a los argumentos del Sr. Satrústegui, aduciría que existía una antinomia entre este texto y la previsión del art. 143.27, a cuyo tenor la seguridad pública correspondía al Estado, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas. A juicio del senador vasco, debía de

(75) *Diario de Sesiones del Senado* (en adelante DSS), núm. 50, 6 de septiembre de 1978, págs. 2357-2360.

preverse que las Fuerzas de Seguridad quedaran bajo la dependencia de los poderes públicos.

A modo de transacción, el senador socialista Sr. Sainz de Varanda defendería que el precepto contemplara la dependencia de estas Fuerzas policiales “del Gobierno y demás poderes públicos”, supeditando su respaldo a las enmiendas en cuestión al apoyo de los demás Grupos al texto socialista, respaldo que no se produciría al decantarse el representante de UCD, Sr. Hurtado Simón, por mantener en su integridad el texto aprobado por el Congreso, que a juicio del senador centrista no planteaba ninguna clase de dudas, al referirse tan sólo a las Fuerzas de Seguridad directamente dependientes del Gobierno, sin excluir en modo alguno las restantes Fuerzas.

La enmienda del Sr. Satrústegui sería rechazada finalmente (por doce votos en contra y tres a favor, con ocho abstenciones), siendo con posterioridad aprobado el apartado primero del art. 97 por 18 votos a favor y 6 abstenciones, y aprobándose por asentimiento el segundo de sus apartados.

En el texto del Dictamen de la Comisión de constitución del Senado ⁽⁷⁶⁾, el precepto cambiaba nuevamente de numeración, pasando a ser ahora el art. 103 .

El senador Sr. Satrústegui y el Grupo de Senadores Vascos mantendrían como votos particulares (núms. 319 y 320, respectivamente) sus enmiendas (núms. 242 y 1001) al texto del precepto ⁽⁷⁷⁾. Sin embargo, en la sesión plenaria de la Alta Cámara del día 30 de septiembre ⁽⁷⁸⁾, el Sr. Satrústegui retiraba su voto particular, tras constatar su convencimiento de que existía un consenso contrario al mismo, mientras que el voto particular del Grupo Vasco se entendía decaído.

La votación del precepto deparó un resultado rotundo: 141 votos a favor, ninguno en contra y una sola abstención. Culminaba de esta forma la trayectoria del que, tras el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución ⁽⁷⁹⁾, pasaba a ser el definitivo art. 104 .

VI. A la vista de las reflexiones aducidas en la Alta Cámara sobre la conveniencia de que el precepto en cuestión no viniera limitado subjetivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno, algún sector

(76) BOC, núm. 157, 6 de octubre de 1978, pág. 3433.

(77) Ibidem, pág. 3490

(78) DSS, núm. 63 (sesión plenaria núm. 37), 30 de septiembre de 1978, pág. 3157

(79) BOC, núm. 170, 28 de octubre de 1978, pág. 3719.

doctrinal ⁽⁸⁰⁾ consideraría que hubiera sido mejor que tales pretensiones hubieran llegado a aplasmar en el precepto a través de una formulación u otra, bien que, de inmediato, se reconozca que un mínimo sentido común apela a que las diversas organizaciones policiales existentes en nuestro país cumplen con los mismos cometidos estructurales, sin perjuicio de que las funciones en que éstos se concretan sean ejercidas por unos Cuerpos u otros en función del reparto de competencias sobre la materia.

No concordamos con la conveniencia antes aducida. Creemos que la propia ubicación del art. 104, en un título dedicado al Gobierno, hace plenamente congruente la expresa determinación de dependencia del propio Gobierno de las Fuerzas policiales. Por lo demás, tal determinación no entrañaba que las Policías autonómicas hubiesen de quedar bajo la misma dependencia del Ejecutivo estatal. Esto era una obviedad. Una interpretación armónica del art. 104.1 y del art. 149.1.29 conduce a descartar la solución antes desechada. El desarrollo normativo y estatutario de ambas normas constitucionales corrobora cumplidamente lo anterior, Y es claro, finalmente, que aunque no se diga de modo expreso en el art. 104, todas las Fuerzas policiales están llamadas a cumplir las misiones que, con carácter creemos que muy general, enuncia el art. 104.1, concretándose particularizadamente tales misiones en función de la distribución competencial entre el Estado y aquellas Comunidades que, al amparo del art. 149.1.29, procedan estatutariamente a asumir la competencia de crear Policías autonómicas. Y en cuanto a que no todas las Fuerzas policiales estatales dependen del Ejecutivo, ello es inequívoco a la vista del art. 126 de la propia Constitución, que establece la dependencia de la Policía judicial de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Por tanto, es inexacto entender que el art. 104 impide la existencia de Fuerzas policiales dependientes de otros órganos distintos del Gobierno.

4. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 104

I. El apartado segundo del art. 104 se remite a una ley orgánica a los efectos de la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No es, sin embargo, la única remisión constitucional que, en relación con esta materia, encontramos en nuestra

(80) Javier Barcelona Llop: "Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 48, septiembre-diciembre 1996. págs. 81 y sigs.; en concreto, pág. 108.

Lex superior. Basta con atender a los artículos 149.1.29 y 148.1.22 para constatar fehacientemente este dato.

El art. 149.1 incluye en su apartado 29 la seguridad pública como una de las materias sobre las que el Estado asume competencia exclusiva, para reconocer de inmediato que tal asunción competencial tendrá lugar “sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

El precepto citado supone una quiebra de la técnica general del art. 149.1, consistente, como es de sobra conocido, en posibilitar que las Comunidades Autónomas, haciendo uso del principio dispositivo, puedan asumir por medio de sus Estatutos cuantas competencias deseen, fuera lógicamente de las reservas en favor del Estado previstas por el propio precepto. En el caso que nos ocupa, la norma no posibilita, sin embargo, la inmediata incorporación de una materia, o de potestades concretas respecto a la misma, a los respectivos Estatutos por cuanto el apartado 29 del art. 149.1 remite a una norma estatal a los efectos de llevar a cabo una delimitación de competencias, rompiendo así la regla general que reserva a los Estatutos de Autonomía esa delimitación, dentro, innecesario es decirlo, del marco constitucional.

Por su parte, el art. 148.1.22, en su inciso segundo, faculta a las Comunidades Autónomas para la asunción de competencias en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

Esta triple remisión a una ley orgánica por mandato constitucional planteaba el interrogante de si se trataba de una misma ley orgánica o de leyes diferenciadas materialmente. A nuestro juicio, nada se oponía a la formulación de un texto único, o a la opción contraria en favor de dos o tres textos legales. Se trataba claramente de una decisión de política legislativa, aunque la lógica y la racionalidad parecían hacer más aconsejable la primera opción, como por lo demás así habría finalmente de acontecer, siendo la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, la que ha venido a responder a aquella triple remisión constitucional.

En el mismo Preámbulo de la citada Ley Orgánica se justificaría precisamente el diseño de las líneas maestras del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su conjunto, tanto de las dependientes del Gobierno de la Nación como de las Policías Autónomas y Locales, en base a exigencias de la misma Norma suprema, al remitirse en su art. 104.2 a una ley orgánica ordenadora del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en

contraposición a la matización efectuada en el número 1 del mismo artículo, que se refiere exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno de la Nación. No vemos tan claro como el legislador este argumento. La diferenciación apuntada no creemos que hubiera de entrañar como consecuencia jurídico-constitucional la exigencia de un texto único, circunstancia plenamente compatible con la consideración de esta opción como la más racional y aconsejable desde el punto de vista de la técnica legislativa.

En otro orden de consideraciones hay que señalar que la reserva de ley orgánica que acoge el art. 104.2 contribuye a salvaguardar adecuadamente la determinación del apartado primero del propio precepto. La naturaleza legislativa de la ordenación permite acceder, llegado el caso, a una forma esencial de garantía: la del control de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. La reserva de ley orgánica presupone la inexcusabilidad de un amplio acuerdo parlamentario para que la norma legal pueda ser aprobada, lo que nos parece inexcusable en materias que, como la de las Fuerzas policiales, trascienden el ámbito del indirizro político de la mayoría, para requerir de un amplio consenso entre las formaciones parlamentarias. Por lo demás, es obvio que la reserva de ley orgánica refleja la trascendencia que el constituyente ha querido dar a la institución policial.

II. Los llamados Pactos de la Moncloa constituirán el primer momento de reflexión sobre el concepto de orden público y su conveniente depuración de contenidos no democráticos, y asimismo, sobre la necesaria reorganización de los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público ⁽⁸¹⁾. En tales Pactos, entre otros principios, se acordaba asentar el fundamento de aquel concepto en el libre, pacífico y armónico disfrute de las libertades públicas y en el respeto de los derechos humanos. De otro lado, se preveía la estructuración de los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público en dos grandes sectores: un Cuerpo civil (El Cuerpo General de Policía), encargado fundamentalmente de la investigación criminal, y dos cuerpos militares (Policía Armada y Guardia Civil), como Cuerpos operativos para el mantenimiento de la paz pública, seguridad ciudadana, ejercicio de los derechos y libertades y guarda física de los espacios urbanos y rurales.

Desde luego, los Pactos de la Moncloa sólo significaron unas débiles medidas reformistas en el ámbito policial. Bien es verdad que en cumplimiento

(81) Cfr. al efecto la obra *Cumplimiento del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa* (27 octubre 1977-27 enero 1978), Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno (Colección Informe, núm. 18), 2a. Ed., Madrid, 1978, págs. 63-73.

de los citados Pactos, el Consejo de Ministros aprobaba, el 13 de enero de 1978, el Proyecto de Ley de la Policía, que finalmente, se convertía en la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía. Se trata, pues, de una norma legal preconstitucional aunque bien es cierto que casi coetánea de la Norma suprema.

La Ley de Policía, ciertamente, no introduce grandes innovaciones. Los Cuerpos de Seguridad del Estado quedan integrados por la Policía (que a su vez se integra por el Cuerpo Superior de Policía y el Cuerpo de la Policía Nacional) y la Guardia Civil. Es decir, no introduce la Ley una unificación al menos de los Cuerpos de la Policía. Sin embargo, al enumerar las misiones de estos Cuerpos de seguridad del Estado, el influjo constitucional, siquiera sea parcial, es patente: de esta forma, el art. 2 atribuía a tales Cuerpos la misión de defender el ordenamiento constitucional (misión, recordémoslo, que en el Anteproyecto de Constitución les era atribuida), proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Y si, como dijera Castells ⁽⁸²⁾, la Administración policial militarizada había constituido la columna vertebral de la dictadura y la ley de Policía de 8 de marzo de 1941, en esa dirección, configuraba una Administración del orden público absolutamente militarizada y al entero servicio del poder dominante, como el propio Preámbulo de la Ley de 1941 reflejaba de modo inequívoco, la nueva Ley de Policía de 1978, que derogaba obviamente la desde todos los aspectos ancestral Ley de 1941, sin llegar a desmilitarizar por entero a las Fuerzas policiales, reducía los ámbitos competenciales de la jurisdicción castrense en esta materia. En efecto, el art. 5 de la ley declaraba competente a la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de los delitos que se cometieran contra miembros del Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional, excepto que por razón del lugar o de la persona responsable fuera competente otra jurisdicción. Y aunque la Guardia Civil tenía fuero militar, se establecía en el propio precepto la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos cometidos contra sus miembros en el ejercicio de las funciones contempladas por la propia ley.

Es verdad que la Ley de 1978 no sería capaz de alcanzar el pleno acomodo policial a los nuevos aires constitucionales. Como constataba Curbert en 1983 ⁽⁸³⁾, observando la estructura y el funcionamiento del aparato policial

(82) José Manuel Castells Arteché: *La policía autónoma*, op. cit. pág. 50.

(83) Jaume Curbert: "El modelo policial español", en José María Rico (comp.) *Policía y sociedad democrática*, op. cit., págs. 75 y sigs.: en concreto, pág. 85.

español, es posible descubrir el peso que aún mantienen en él determinados condicionamientos de tipo histórico. Y así podía constatarse cómo la Policía Nacional no se había alejado en esos años de su objetivo peculiar: la intervención en los casos de alteración del orden público.

Quizá no fuera ajeno a esta inercia histórica el hecho de que el art. 12 de la Ley de Policía de 1978 siquiera considerando a la Policía Nacional como “un Cuerpo de estructura y organización militar no integrado en las Fuerzas Armadas” y dependiente del Ministerio del Interior, y en perfecta sintonía con tal naturaleza, se previese como derecho supletorio por el que, llegado el caso, habría de regirse la Policía Nacional, a los efectos de su organización y estructura interna, el ordenamiento militar aplicable al Ejército de Tierra, derecho que había de regir con tal carácter supletorio incluso en lo relativo al sometimiento de sus miembros -salvo lo dispuesto en el art. 5 de la misma Ley, ya comentado- a lo establecido en el Código de Justicia Militar.

Pese a la difícil conciliabilidad de tal norma con la Constitución, y de modo específico con las previsiones de su art. 117.5, lo cierto es que el Tribunal Constitucional entendería que la misma no incurría en inconstitucionalidad⁽⁸⁴⁾, no obstante lo cual, de inmediato, el Alto Tribunal recordaba el mandato constitucional al legislador acogido por el art. 104.2 (“sin perjuicio -razonaba el Tribunal- de que el legislador proceda en el momento oportuno a dar cumplimiento a lo previsto en el art. 104.2 de la C.E. en lo relativo al estatuto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”).

III. El legislador no iba a tardar mucho tiempo en desarrollar la recomendación formulada por el Juez de la Constitución. En efecto, apenas un año después de ese pronunciamiento jurisprudencial, aunque casi mediados ocho años desde la entrada en vigor de la Constitución, aprobaba la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que obviamente derogaba la Ley 55/1978.

El período transcurrido para el desarrollo del art. 104 era desde luego bien dilatado. Se ha dicho⁽⁸⁵⁾ que las presiones del sector militar del aparato policial y la presencia de un emergente sindicalismo policial, así como la debilidad del último Gobierno de UCD, retrasaron el desarrollo del art. 104, pero la realidad

(84) Auto del Tribunal Constitucional (en adelante ATC) 155/1985, de 6 de marzo. fund. jur. 4.

(85) Miguel Domínguez - Barrueta de Juan (y otros): *Reforma policial y Constitución...*, op. cit., pág. 375.

es que ya en 1979 el Consejo de Ministros procedía a aprobar, el 3 de agosto, un Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana ⁽⁸⁶⁾, uno de cuyos capítulos (el quinto) se dedicaba a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, manteniendo, al efectuar la enumeración de estos Cuerpos, la distinción contenida en la Ley 55/1978, bien que introduciendo una innovación sustancial: el art. 69 del Proyecto definía a la Policía Nacional como “un Cuerpo Civil cuya estructura, organización y empleo se basa en los principios de jerarquía, disciplina, unidad y uniformidad y que depende del Ministerio del Interior”. A la par, y en sintonía con esa novedosa naturaleza, se establecía que la Policía Nacional se regiría por las disposiciones de la propia Ley y de los Reglamentos específicos que se dictaran. El Derecho militar dejaba, pues, de ser derecho supletorio. El cambio, como puede apreciarse, era notable.

El Proyecto era asimismo novedoso en la regulación de los principios básicos de actuación de estos Cuerpos, principios que constituían el punto de partida para la elaboración de un auténtico código, deontológico y jurídico, regulador del papel, comportamiento y actuaciones de estos Cuerpos, siendo de reseñar que el primero de esos principios era el de actuación con absoluto respeto a la Constitución y, especialmente a los contenidos de su Título I, esto es, a los derechos y libertades constitucionales.

En cuanto a la jurisdicción aplicable por razón de los delitos que se cometieran contra miembros de los Cuerpos de Seguridad o de los cometidos por los miembros de estos Cuerpos en el ejercicio de las funciones legalmente encomendadas, se seguía el criterio, ya establecido en la Ley de Policía de 1978, de atribuir la competencia a la jurisdicción ordinaria, salvo que por razón del delito o del lugar, fuera competente la jurisdicción militar.

A la vista de este Proyecto, la Comisión Constitucional del Congreso, atendiendo al Informe emitido el 20 de octubre de 1980 por la Ponencia designada al efecto, emitía un Dictamen sobre el mismo en el que acordaba el desglose del Proyecto en cuatro Proyectos diferentes (Ley de Seguridad Ciudadana y competencias gubernativas; Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, promulgada el 1 de junio de 1981; Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución, que sería la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y, finalmente, la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). El proyecto último, el que realmente nos interesa, no prosperaría

(86) Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 73-I, 21 de septiembre de 1979, págs. 357-382.

finalmente en su tramitación. Con todo, este antecedente nos muestra un serio intento de desarrollo de las previsiones del art. 104 de la Constitución llevado a cabo por los Gobiernos de UCD. Es decir, la Ley Orgánica 2/1986 no surge de un desierto normativo resultante del desinterés centrista por el desarrollo de esta previsión constitucional del art. 104.

IV. El 2 de septiembre de 1985, el Consejo de Ministros aprobaba el Proyecto de Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que era remitido a la Comisión de Justicia e Interior por Acuerdo de la Mesa del Congreso de 17 de septiembre ⁽⁸⁷⁾. Tras la pertinente tramitación parlamentaria en ambas Cámaras, el Proyecto se convertía en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

La Ley, como ya tuvimos oportunidad de avanzar, no se limita a regular las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque en ocasiones se piense erróneamente otra cosa ⁽⁸⁸⁾. El objetivo de la norma en este punto es el diseño de un régimen básico común a todas las Fuerzas policiales, régimen que vendría dado por unos principios básicos de actuación comunes a todas ellas y por unos criterios estatutarios fundamentales.

En otro orden de consideraciones, la Ley, a partir de la dificultad -expresamente admitida por el propio Preámbulo- de parcelar una materia como la seguridad pública, toda vez que la misma no permite delimitaciones o definiciones con el rigor y precisión admisibles en otras materias, y de la consideración de que la seguridad pública es un terreno de encuentro de las esferas de competencia de todas las Administraciones públicas (aunque el art. 149.1.29 la considere como de la exclusiva competencia estatal) llega a la fórmula de entender la seguridad pública como una de las materias compartibles por todos los poderes públicos, si bien con estatutos y papeles diferenciados, dando en todo caso respuesta a los requerimientos de una ley orgánica verificados en el art. 149.1.29. Por lo demás, en este carácter peculiarmente compartible de la seguridad pública justifica el legislador su tratamiento global en un texto conjunto, a cuyo través se pretende ofrecer una panorámica general de todo su ámbito.

La ley viene de igual forma a desarrollar la previsión contenida en el art. 148.1.22 de la Constitución. El régimen estatutario será lógicamente el que determine la comunidad respectiva, bien que con sujeción a las bases que en la

(87) El proyecto sería publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 163-I, 18 de septiembre de 1985.

(88) En la misma STC 51/1993, de 11 de febrero, fund. jur. 2, se acoge ese error.

Ley se establecen, como principios mínimos que persiguen una cierta armonización entre todos los colectivos que se ocupan de la seguridad.

El art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce competencias a los municipios en materias de seguridad en lugares públicos y de ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas. A partir del reconocimiento de tales competencias, la Ley Orgánica 2/1986 admite distintas modalidades de ejecución de las mismas incluyendo entre ellas la creación de Cuerpos de Policía propios por parte de las Corporaciones Locales.

Digamos por último que, con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas, binomio inseparable que enmarca dos requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática, el legislador aprobaba la ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con la que, según se reconoce en su Exposición de Motivos, se trata de facilitar la tarea de proteger un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos.

Al logro de análogos fines responde asimismo la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de video cámaras por las fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

Y en este somero repaso de los textos legales que, directa o indirectamente, han venido a desarrollar el art. 104, no hemos de olvidar la ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, norma legal que encuentra su razón de ser en la consideración de los servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto a los de seguridad pública, lo que entraña la conveniencia de establecer un conjunto de controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares. Además de todo ello, es obvio que la proyección de la Administración del Estado sobre la prestación de servicios de seguridad por empresas privadas se asienta en la misión que incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a tenor de la prescripción del art. 104.1 de nuestra Lex superior.

5. EL MODELO POLICIAL DISEÑADO POR LA CONSTITUCION

El art. 104 configura a la Policía como un servicio público para la

comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y protección del libre ejercicio de los derechos y libertades.

La concepción de las Fuerzas policiales como servicio público dirigido a la protección de la comunidad es uno de los rasgos más sustanciales, destacado en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, que contribuye a poner de manifiesto el cambio de perspectiva de la Policía democrática respecto de la Policía dictatorial.

La seguridad presupone un interés general, un interés de la comunidad en evitar los daños sociales de muy dispar naturaleza que pueden derivar de ciertas actuaciones de particulares ⁸⁹; es por ello por lo que se atribuye a los poderes públicos la salvaguarda de ese trascendental bien para la convivencia social que es la seguridad.

Tan relevante es la función de seguridad, genéricamente entendida, que en algunos países la terminología referente a los servicios policiales se relaciona con esa noción de seguridad: «public security», «sureté», «sigurezza», «sicherheit», etc. Desde esta óptica, la policía de seguridad ha sido considerada por Zanobini ⁹⁰ como la policía por antonomasia «inquanto serve a conservare, mediante la prevenzione e altre forme di attivita amministrativa, i beni piú importanti della vita sociale: l'ordine pubblico, la tranquillità, la pace, la sicurezza generale».

Quiere todo ello decir que en el Estado social y democrático de derecho la configuración de la policía se formula, como bien se ha dicho ⁹¹, sobre los presupuestos de la misión o misiones que constitucionalmente tiene encomendadas, a las que nos referiremos más adelante. Con todo, a la vista de tales misiones, no cabe la menor duda del carácter prestacional de la actividad que han de desarrollar las Fuerzas policiales, visión que ha sido incluso recepcionada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en su Sentencia de 28 de octubre de 1986, considera evidente que constituye un servicio público muy cualificado el que tiene por finalidad el mantenimiento del orden público y la protección de la libertad y seguridad ciudadanas, sin que esta última pueda

(89) Santi Romano y Sandulli, por citar tan sólo a dos autores concretos, destacan, dentro de la actividad administrativa policial, esa actuación preventiva y represiva dirigida a prevenir los daños sociales que puedan derivar de la actividad privada (Santi Romano: «*Principii di Diritto Amministrativo Italiano*», 2a ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1906, pág. 225) o a evitar los daños sociales dimanantes de las acciones de los particulares (Aldo M. Sandulli: «*Manuale di Diritto Amministrativo*», 10a ed., Casa Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1969, pág. 581).

(90) Guido Zanobini: «*Corso di Diritto Amministrativo*», vol. 5o, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 19.

(91) Alfonso J. Villagómez Cebrián: «*Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*», Ara Solis-Xunta de Galicia, La Coruña, 1997, págs. 153-154.

entenderse limitada a la esfera estrictamente personal sino igualmente a la de los bienes y derechos personales, con mayor razón cuando éstos sean de los constitucionalmente consagrados.

Al margen ya de las reflexiones que preceden, el modelo policial diseñado por nuestro constituyente ⁹² puede ser caracterizado por los siguientes rasgos;

a) La desmilitarización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, rasgo general que, sin embargo, requiere de una cierta matización en el caso de la Guardia Civil.

b) La complejidad del modelo, esto es, el hecho de que nuestra Norma suprema posibilita la coexistencia de Cuerpos de policía estatales, autonómicos y locales.

c) La administrativización, bien patente en el hecho de que el constituyente ha ubicado el precepto que nos ocupa dentro del Título relativo al Gobierno y a la Administración y, de modo muy claro, en aquel bloque normativo dedicado a la Administración pública. Y al margen ya de este argumento puramente formal, la administrativización, la inserción en la Administración pública de la policía, es la lógica consecuencia del basamento funcional de los Cuerpos policiales, esto es, de la circunstancia de que éstos encuentran su razón de ser en las misiones que la Constitución les atribuye, de lo que a su vez deriva, como ya dijimos, su carácter de servicio público imbricado en la Administración civil.

d) El peculiar régimen estatutario de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que aunque no se halla como es lógico regulado, ni siquiera en sus grandes rasgos, por la Constitución, ésta sienta unas bases mínimas que permiten atisbar un régimen estatutario particularizado respecto de los demás funcionarios públicos.

e) La sujeción a unos principios de actuación inexcusablemente acordes con el ordenamiento constitucional general y, de modo particular, con los valores constitucionales y con los derechos y libertades que la Norma suprema proclama.

A los anteriores rasgos habría que añadir, para completar el perfil constitucional de la policía, las misiones que, en último término, otorgan su razón de ser a las Fuerzas policiales, plenamente acordes con esa filosofía personalista que atraviesa la Constitución. Sin embargo, de estas misiones nos ocuparemos en otro lugar.

(92) Los rasgos que enumeramos, a nuestro juicio, perfilan un modelo bastante definido que puede admitir, desde luego, matices, bien que dentro de un marco notablemente predeterminado. Con esos mismos matices puede, pues, admitirse la tesis de Morales Villanueva, para quien la flexibilidad de la Constitución española permite la adopción de modelos policiales diferentes. Antonio Morales Villanueva: «*Administración Policial Española*», Editorial San Martín, Madrid, 1988, pág. 210.

A. La desmilitarización de la Fuerza y Cuerpos de Seguridad y la peculiar naturaleza de la Guardia Civil.

I. Ya en los momentos inmediatamente anteriores a la aprobación de la Constitución un sector de la doctrina reivindicaba la necesidad de desvincular las Fuerzas de policía de las Fuerzas Armadas, inextricablemente ligadas en el franquismo, considerando que la desmilitarización de las primeras era un presupuesto básico para configurar la profesión de policía en una democracia, pues la militarización impedía caracterizar un verdadero estatuto profesional de la policía, y la organización de tipo militar se hallaba en contradicción con uno de los principios básicos de la profesión policial: la capacidad de iniciativa y la decisión personal ⁽⁹³⁾.

La preocupación expuesta no se ha dado tan sólo entre nuestra doctrina. Bien al contrario, es una inquietud doctrinal común. Este es el caso de la doctrina italiana, que se ha ocupado con bastante frecuencia del tema. Y así, para Corso ⁽⁹⁴⁾, es de interés la clara delimitación del ámbito de las Fuerzas Armadas y del de la Policía. Y ello por cuanto mientras las primeras son mandadas por el Jefe del Estado (que preside el Consejo Supremo de Defensa) y se sustraen al “indirizzo político” del Gobierno, debiendo su actuación tener como impronta una neutralidad política que el propio Jefe del Estado ha de garantizar, la Policía no puede sustraerse al “indirizzo político”, debiendo quedar estrechamente ligada al aparato de gobierno. La distinción constitucional establecida entre los dos vértices de unas y otras fuerzas (Presidente de la República y Gobierno) - concluye Corso- impone también una diferenciación del aparato militar respecto del policial.

También Volpi ⁽⁹⁵⁾ -por razones que presentan para el caso español mayor interés que las antes expuestas- se cuestiona la congruencia de la militarización de los Cuerpos policiales respecto de los fines que están llamados a satisfacer. Y en base al art. 52 de la Constitución italiana (que considera la defensa de la patria como un deber sagrado de los ciudadanos y opta de inmediato por declarar la obligatoriedad del servicio militar), entiende que puede dudarse de la legitimidad constitucional de las disposiciones que han militarizado varios cuerpos policiales, para concluir significando que las Fuerzas de policía no pueden, como regla general, ser encuadradas en el ámbito de una disciplina castrense dirigida a la satisfacción de una finalidad “exterior”, esto es, de diferente naturaleza aquellos otros fines que la Policía está llamada a perseguir.

(93) Manuel Ballbé: *Fuerzas de Orden Público*, op. cit., págs. 152-153.

(94) Guido Corso: *L'ordine pubblico*, II Mulino, Bologna, 1979, pág. 60.

(95) Mauro Volpi: *Costituzione e polizia*, op. cit., pág. 96

Desde luego, parece claro que entre los enunciados de un Estado democrático se halla el de que las fuerzas Armadas no integran en su seno a las fuerzas policiales, es decir, que éstas se encuentran separadas de aquéllas. El acomodo de la policía a los principios democráticos se alcanzará mejor a través de esa separación, pues, como ha significado Corso ⁽⁹⁶⁾, no importa que a la policía se atribuyan más poderes, si al ejercitarlos puede hablarse de una nueva policía, de una policía democrática.

II. A nuestro modo de ver, es inequívoco el deseo del constituyente de 1978 de deslindar con nitidez las Fuerzas Armadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El debate constituyente del art. 8, sobre el que no vamos a detenernos por razones obvias ⁽⁹⁷⁾, refleja con notable claridad esa voluntad de separación.

Bien es verdad que no faltan entre la doctrina quienes niegan o matizan la evidencia, cual acontece con Cano Hevia ⁽⁹⁸⁾, para quien el espíritu del art. 8.1 no tiene intención orgánica limitativa, o como Morales Villanueva ⁽⁹⁹⁾, que entiende que con la aprobación del art. 8 quedaba claro que la guardia Civil continuaba formando parte de las Fuerzas Armadas, a través del Ejército de Tierra y de acuerdo con las leyes constitutivas del mismo. Obviamente, en la ordenación preconstitucional la Guardia Civil estaba integrada en el Ejército de Tierra, pero esa era precisamente una de las situaciones que el constituyente deseaba cambiar. Es evidente que para llevar a buen puerto ese cambio se requería de un desarrollo legislativo, bien pronto materializado (en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar), pero no lo es menos que con la Constitución quedaba patentemente puesto de relieve el deseo del constituyente de que la

(96) Guido Corso: *L'ordine pubblico*, op.cit., pág. 10

(97) Cfr. al efecto, Francisco Fernández Segado: "Las Fuerzas Armadas" (Comentario al artículo 8 de la Constitución), en Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 409 y sigs.; en concreto, págs. 440-442.

(98) Juan Cano Hevia; Fuerzas Armadas", en J.J. Gonzales Encinar (dir.), *Diccionario del Sistema Político Español*, Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 349 y sigs.; en concreto, pág. 357.

(99) Antonio Morales Villanueva: "La guardia Civil en el artículo 8 de la Constitución", en el colectivo, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2767n y sigs.; en concreto, pág. 2789.

Guardia Civil, cuerpo esencialmente policial, quedara al margen de las fuerzas Armadas.

Una interpretación sistemática de nuestra Norma suprema revela con inequívoca claridad la separación orgánica y funcional entre Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Y esta es una opinión ampliamente compartida ⁽¹⁰⁰⁾, no requiriéndose para justificarla de un amplio arsenal argumental.

Las Fuerzas policiales quedaron, consciente y deliberadamente, excluidas por el constituyente de los elementos integrantes de las Fuerzas Armadas, a diferencia, por ejemplo, de lo establecido en la Ley Orgánica del Estado de 1967. A ello se unió la nítida y reveladora ubicación del artículo que delinea el estatuto constitucional de la policía en el título referente al Gobierno y a la Administración, entroncando sistemáticamente el art. 104 en el bloque normativo constitucional atinente a la Administración pública. Y por si todo ello no fuera suficiente, los constituyentes disciplinaron las funciones de los tres Ejércitos integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía de modo bien dispar, separándolas sin atisbo de duda. La diferenciación entre aquéllas y ésta no sólo es nítida sino que ofrece aspectos bien dispares.

Ahora bien, de lo anterior no debe deducirse que nos hallemos ante una separación absoluta, ante dos bloques separados por una mampara totalmente aislante. Dicho de otro modo, sería una interpretación sesgada concluir que el constituyente ha ubicado a las Fuerzas Armadas y a la Policía en dos compartimentos estancos entre los que no es factible ningún tipo de comunicación, como, por ejemplo, defendiera Pérez Royo en un artículo

(100) Valga recordar, entre otros autores, bien que sin pretensión alguna de exhaustividad, a Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española" (Esbozo de una construcción institucional), en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, noviembre-diciembre 1979, págs 105 y sigs.; en concreto, pág. 110. Fernando López Ramón: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987, pág. 312. Manuel Ballbé: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, pág. 461. Javier Barcelona Llop: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 44-49. Miguel Domínguez-Barrueta de Juan (y otros): "El Modelo policial ante el Tribunal Constitucional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, septiembre-diciembre 1990, págs. 261 y sigs.; en concreto, pág. 265. Más matizada es la posición de Fernando Garrido Falla, quien admite que la constitución ha querido deliberadamente una separación sustancial entre las Fuerzas Armadas y las fuerzas de Seguridad, por razón de los fines que unas y otras persiguen. Y en cuanto a la separación orgánica, con criterio harto discutible, y que no compartimos, el citado autor significa que tal separación ya era clara en el régimen anterior (este es, en el régimen preconstitucional). Fernando Garrido Falla: "Comentario al artículo 104", op.cit., pág. 1448.

periodístico (“Guardia Civil y derecho de sindicación”). Esta tesis cae por sí misma si se tienen en cuenta las previsiones de otros preceptos constitucionales, como es el caso de los art. 28.1 y 29.2. Así lo ha entendido el Juez de la Constitución, para el que “no puede decirse que la Constitución establezca, como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables, los incluidos en los artículos 8 y 104, pues el propio texto constitucional prevé y permite (art. 28.1 y 29.2) la existencia de Institutos armados y de Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos a las Fuerzas Armadas, reconociendo así un “tertium genus” o una “figura intermedia” entre aquéllas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no sometidas a disciplina militar”⁽¹⁰¹⁾.

El Alto Tribunal ha llegado aún más lejos en sus apreciaciones, al admitir, de modo creemos que harto discutible, la conformidad con la Constitución de la sujeción de las Fuerzas de Seguridad en general, y de modo específico de las de la Policía, pese a su no integración en las Fuerzas Armadas, al régimen disciplinario de las mismas, en cuanto a la determinación de las faltas de disciplina, de sus sanciones y del régimen de imposición de éstas, aun cuando ello suponga excluirlas en este aspecto de la Administración Civil ⁽¹⁰²⁾.

Esta posición jurisprudencial es, a nuestro juicio, insostenible, por lo menos en relación al Cuerpo Nacional de Policía, y ello por dos razones fundamentales al menos: en Primer término, porque la clara separación constitucional entre fuerzas Armadas y Policía no es un principio retórico o semántico, ni mucho menos puramente estético, sino que debe tener unas consecuencias jurídicas visibles, y entre ellas una de las más evidentes ha de ser la existencia de regímenes jurídicos formal, y pensamos que también sustancialmente, diferenciados, algo que, por lo demás, late con claridad en las remisiones a sendas leyes orgánicas que acogen los artículos 8.2 y 104.2. Y en segundo lugar, porque si todavía pueden admitirse ciertas particularidades en el régimen jurídico de la Guardia Civil, dada su caracterización jurídica como “Instituto armado de naturaleza militar” (art. 9 b/ de la Ley Orgánica 2/1986), tales matices no pueden admitirse en relación con el Cuerpo Nacional de Policía, que es un “Instituto armado de naturaleza civil” (Art. 9, a/ de la misma ley). Su plena inserción en la Administración civil del Estado es incompatible con la aplicación a sus miembros del régimen disciplinario castrense. Y aún en el caso de la guardia Civil, como tendremos oportunidad de ver más adelante, su

(101) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 3|.

(102) SSTC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 5 b/ y 93/186, de 7 de julio, fund. jur. 7

caracterización no creemos que justifique el que a los miembros de la Benemérita les sea de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Consiguientemente, esta doctrina constitucional, a todas luces insostenible, sólo puede comprenderse, aunque no justificarse, en la base a las circunstancias coyunturales del momento (apenas acababa de promulgarse la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y ésta, como es lógico, no había sido objeto aún de desarrollo alguno).

III. El desarrollo legislativo del art. 104 , como regla general, ha profundizado en la filosofía sustentada por el constituyente en esta materia.

La Ley Orgánica 2/1986, como se ha dicho ⁽¹⁰³⁾, viene a desmilitarizar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, equiparándolos al resto de los sectores que integran la Administración civil, sin perjuicio de las peculiaridades derivadas de la misión que estos funcionarios realizan.

En su Preámbulo, se afirma en un determinado momento que “a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica”, consideración que, forzando los términos, ha sido interpretada ⁽¹⁰⁴⁾ en el sentido de entender que con ella se ha pretendido dejar fuera a las Fuerzas Armadas, aunque éstas compartan el uso de la violencia del Estado para el cumplimiento de las funciones encomendadas por el art. 8.1 de la Constitución. Y desde otra perspectiva, se ha considerado ⁽¹⁰⁵⁾ que sería un grave error pensar que cuando el poder del Estado se divide y residencia en distintos titulares, el monopolio de la coacción se concentra en uno solo de los poderes del Estado como parece sostenerse, un poco confusamente, en tal párrafo del Preámbulo.

Desde luego, no creemos que con el transcrito párrafo del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986 se esté tratando de excluir a las fuerzas Armadas del ejercicio de funciones relativas a la seguridad pública, pues tal exclusión no es la resultante de la ordenación realizada por la norma legal a que venimos refiriéndonos, sino que deriva directamente de la voluntad del constituyente. Tampoco pensamos que con el párrafo en cuestión se pretenda atribuir a uno de los poderes del Estado el monopolio de la coacción jurídica, pues es una

(103) Carmen Chinchilla Marín, en el “Prologo” a la obra *Legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. edición preparada por la propia autora, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 12-13.

(104) Iñaki Agirreazkuenaga: “La coacción administrativa directa”, op. cit., pág. 224.

(105) José Jiménez Villarejo: “La Policía Judicial: una necesidad, no un problema” en “Poder Judicial” (Consejo General del Poder Judicial), número especial II, 1986, págs. 175 y sigs.; en concreto, pág. 178.

evidencia incontestable que dicho monopolio lo ostenta el Estado, correspondiendo por tanto, en principio, a todos los poderes en que el mismo se organiza. Y aún hoy habría que tener en cuenta que en cuanto el Estado se ve impotente para garantizar con sus exclusivos medios la seguridad demandada por los ciudadanos, se ha visto obligado a ceder parte del monopolio en el uso de la fuerza, llevando a cabo, como ha significado el propio Tribunal Supremo ⁽¹⁰⁶⁾, una suerte de delegación de funciones típicamente públicas, por mor de la cual, las empresas de seguridad dedicadas a esta específica misión, en cierto modo, sustituyen al Estado. A esta nueva realidad y al deseo de integrar funcionalmente la seguridad privada en el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, responde la ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada ⁽¹⁰⁷⁾.

En definitiva, con el citado párrafo del Preámbulo lo único que se pretende, a nuestro entender, es poner de relieve que en cuanto una actividad esencial a la existencia misma del Estado es la salvaguarda de la seguridad, uno de los pilares de la convivencia social, tal función es monopolizada por el poder público en general. Y entre los poderes públicos, particularizadamente, las distintas Administraciones públicas canalizan el ejercicio de esa potestad coactiva a través de las Fuerzas policiales.

Retornando al contenido normativo de la Ley Orgánica 2/1986, cabe decir que la misma fusiona los Cuerpos Superior de Policía y de la Policía Nacional en un solo colectivo, denominado Cuerpo Nacional de Policía, consagrando su naturaleza civil, novedad importante por cuanto que, hasta ese mismo momento, y pese a esa suerte de mandato constitucional implícito de desmilitarización de las Fuerzas de Seguridad, lo cierto es que la Policía Nacional seguía teniendo naturaleza militar, como se encargaba de reconocer el propio Tribunal Constitucional ⁽¹⁰⁸⁾.

(106) Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 7 de diciembre de 1987 (Sala 5 Contencioso-Administrativo), Aranzadi, marginal núm. 9389.

(107) Es indudable -ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 6/1994, de 17 de enero, fund. jur. 4 y 42/1994, de 15 de febrero, fund. jur. único)- que unas actividades como las de seguridad privada, que afectan directamente al uso legítimo de la fuerza, deben ser reguladas y supervisadas estrechamente por los poderes públicos. Y en la medida en que restringen las libertades de los ciudadanos (...) y conllevan el establecimiento de conductas punibles, esa regulación debe realizarse, en sus elementos medulares, por ley, pues, de no ser así, se degradaría la garantía esencial ex art. 25.1 CE que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

(108) ATC 631/1984, de 31 de octubre, fund. jur. único.

En cuanto a la Guardia Civil, como ya hemos tenido oportunidad de indicar, es considerada por el art. 9 b/ de la Ley como un “Instituto armado de naturaleza militar”, calificación que ha dado pie a una profunda crítica por un amplio sector doctrinal ⁽¹⁰⁹⁾. Llegados aquí, hemos de centrar nuestra atención en la problemática que plantea esa peculiar naturaleza de la Benemérita.

IV. Ya en su mismo origen histórico se suscitó la problemática de la naturaleza militar o civil de la Guardia Civil. En el seno mismo del Consejo de Ministros que había de dar luz verde a su creación se plantearía una notable polémica al respecto en el mismo momento inmediatamente anterior a la aprobación del Decreto fundacional, de 28 de marzo de 1844. Triunfó finalmente la propuesta de Gonzáles Bravo, descartándose la integración de la Guardia Civil en el Ejército, de igual forma que su sujeción a las ordenanzas militares, bien que, a modo de concesión, Gonzáles Bravo hubiera de admitir la dependencia de la jurisdicción castrense del Cuerpo de guardias civiles en cuanto a su organización y disciplina. Ello suponía, en todo caso, que las posibles extralimitaciones de los guardias sobre los ciudadanos habían de ser de la competencia de la jurisdicción ordinaria, que también conocería de los atentados y demás acciones delictuales cometidas por la ciudadanía contra los guardias. Bien es verdad, aunque ello sea un tanto indiferente a la cuestión que ahora nos preocupa, que, como ha constatado López Garrido ⁽¹¹⁰⁾, la creación de una fuerza al servicio de la autoridad civil no tuvo como objetivo una pretendida “civilización” o “constitucionalización” de la represión, sino el establecimiento de un contrapeso real en el interior del Estado a la presión de las máximas

(109) La conceptualización legal de la Guardia Civil, a juicio de Chinchilla, no sólo contradice la “vocación desmilitarizadora” que late en el articulado de la Ley, sino que es una nota disonante que se compadece mal con la clara distinción ente la funciones de las Fuerzas Armadas y las de las Fuerzas de Seguridad que la propia Constitución ha efectuado (Carmen Chinchilla Marín, en el “Prólogo” ya citado de su propia obra, pág. 13). Por su parte, Barcelona cree que la calificación del art. 9 b/ hace aflorar la sospecha de que, posiblemente siendo la Guardia Civil un cuerpo funcionalmente policial, haya conservado su tradicional configuración militar sin integrarse formalmente en la organización de las Fuerzas Armadas (Javier Barcelona Llop: “Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, enero-abril 1991, págs. 9 y sigs.; en concreto, pág. 14.

(110) Diego López Garrido: *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*. Editorial Crítica, Barcelona, 1982, pág. 86.

autoridades castrenses (111).

No cabe, pues, duda alguna acerca del nacimiento de la Benemérita como fuerza civil (112) al servicio de la autoridad civil. Este diseño civil se iba a justificar en el fondo en la idea de hacer presente el poder central en todo el territorio nacional a través de agentes directos (113). Con todo, como apunta Ballbé (114), no era un modelo policial civil puro, como el anglosajón, sino que presentaba más similitudes con la Gendarmería francesa, en la que, según el mismo autor, sin ningún género de dudas se inspiraba.

Bien es verdad que la Gendarmería francesa respondía, y aún hoy responde, a una premisas no exactamente iguales. Creada en 1798 y sucesora de la “*maréchaussée*” del Antiguo Régimen, se integra con nitidez en una de las dos grandes categorías de las fuerzas del orden que, a juicio de Gleizal (115), pueden diferenciarse con absoluta claridad en Francia: las fuerzas civiles y las militares. Como destaca la doctrina francesa (116), los gendarmes son militares: la Gendarmería forma parte integrante de “*l’armée nationale*”; las disposiciones generales de las leyes y reglamentos castrenses les son aplicables salvo las modificaciones y excepciones motivadas por la especialidad de su organización y de su servicio, en resumen, plenamente integrados en el Ejército, los gendarmes tienen la calidad o condición de militares. Y algo análogo puede decirse del Arma de Carabineros en Italia, que orgánicamente se integra en el Ejército.

El modelo inicial de la Guardia Civil iba a ser, sin embargo, bien pronto desnaturalizado. Diez días después de que el general Narváez pasara a presidir

(111) Cree López Garrido (en “*La Guardia Civil...*”, op. cit., pág. 88) que la idea de centralización estatalista en la creación de la Guardia Civil está presente cuando se descalifica a la Milicia Nacional. Y es que la conservación del orden social requería de una fuerza permanente en todo el Estado. De ahí que Curbet (en “El modelo policial español”, en José María Rico (comp.), *Policia y sociedad democrática*, op. cit., págs. 75 y sigs.; en concreto, pág. 87) llegue a ver en la Guardia Civil, la pieza fundamental del proceso de construcción del modelo de Estado que aún hoy rige, en lo esencial, nuestra vida colectiva, afirmación que creemos verdaderamente exagerada.

(112) En la Exposición de Motivos del Decreto fundacional, de 28 de marzo de 1844, puede leerse que “ni el Ejército ni la Milicia Nacional desempeñan con la fé necesaria el servicio enojoso de la policía”, y es por ello por lo que se constata “ser una necesidad (la Guardia Civil) porque ninguna de las fuerzas existentes puede llenar la falta de un cuerpo civil”.

(113) Diego López Garrido: *El aparato policial en España*” (*Historia, sociología e ideología*), Ariel, Barcelona, 1987, pág. 44.

(114) Manuel Ballbé: *Orden público y militarismo...*, op. cit., pág. 145.

(115) Jean-Jacques Gleizal: *La police nationale*” (*Droit et pratique policière en France*), Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1974, pág. 31).

(116) André Decocq, Jean Montreuil y Jacques Buisson: *Le Droit de la Police*, Editions Litec, Paris, 1991, pág. 146.

el Gobierno, un nuevo Decreto de 13 de mayo de 1844 dejaba verdaderamente irreconocible ⁽¹¹⁷⁾ el Decreto fundacional. La modificación era deudora de las llamadas “bases necesarias para que un general pueda encargarse de la formación de la Guardia Civil”, bases elaboradas por el general Francisco Javier Girón, segundo Duque de Ahumada, a quien se había encomendado la organización de la Benemérita por Orden de 13 de abril. Las propuestas acogidas en tales “bases” constituirían el germen del nuevo Decreto, siendo de reseñar entre ellas la militarización completa del Cuerpo y su casi total dependencia del Ministerio de la Guerra en detrimento del Ministerio de la Gobernación.

En definitiva, en el corto período de tiempo de dos meses, se pasaba de un cuerpo civil con organización militar a un cuerpo militar que presta un servicio civil, cambio fundamental, que, como bien advierte Morales Villanueva ⁽¹¹⁸⁾, condicionó la evolución ulterior del Instituto. Y así, con la Restauración, la Guardia Civil pasaría a ser cuerpo integrante del Ejército; el art. 22 de la Ley constitutiva de éste llevaba a cabo tan drástica transformación sobre la controvertida naturaleza de la Benemérita.

V. En desarrollo del art. 8 de la Constitución, se elaboraba y aprobaba por el Gobierno centrista un Proyecto de Ley Orgánica por el que se regulaban los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar ⁽¹¹⁹⁾. En él, su art. 35.1 disponía que: “La Guardia Civil es un cuerpo militar, que, como tal, forma parte del Ejército de Tierra, dependiendo en los aspectos militares del Ministerio de Defensa, y en cuanto a sus funciones de orden y seguridad pública, del Ministerio del Interior”. Tal previsión entrañaba una conculcación del espíritu, y aún diríamos de la propia letra de la Constitución, pues aunque ésta formalmente no era violentada, al enmarcarse orgánicamente la Guardia Civil en el Ejército de Tierra, se quebraba el nítido deslinde constitucional entre Fuerzas Armadas y Policía, pues es evidente que la Guardia Civil es un cuerpo básicamente policial.

Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista iba a posibilitar una solución aceptada por los centristas de UCD. En ella, la Benemérita, pese a ser

(117) Diego López Garrido: *La Guardia Civil...*, op. cit., pág. 99

(118) Antonio Morales Villanueva: “El régimen disciplinario de la Guardia Civil. Introducción”, en José Luis Rodríguez - Villasante y Prieto (coord.), *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*. Ministerio del Interior, Madrid, 1993, págs. 15 y sigs.; en concreto, pág. 15.

(119) Puede verse en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 72-I, 21 de septiembre de 1979.

considerada como “cuerpo de estructura y organización militar”, era desvinculada orgánicamente del Ejército de Tierra, quedando en dependencia alternativa del Ministerio de Defensa o del Ministerio del Interior, según los casos.

La Ley Orgánica 6/1980, del 1 de Julio, dedicó finalmente dos artículos (arts. 38 y 39) a la guardia Civil, integrantes ambos del Título VI de la Ley. La redacción final de los mismos se separó notabilísimamente de la que tenían en el texto del Proyecto, prescindiéndose, entre otros aspectos, de la consideración de “cuerpo militar” de la Benemérita, y en cuanto tal, integrado en el Ejército de Tierra. Ello supuso una cierta clarificación, desde luego, aunque la misma no tuviera la amplitud que algún sector doctrinal ⁽¹²⁰⁾ le quiso dar, pues, a nuestro entender, el único punto que quedó definitivamente claro fue el de que la Guardia Civil no se integraba en el Ejército de Tierra, punto por lo demás realmente medular e inexcusable si se quería respetar el mandato constitucional, por cuanto, como bien advierte López Ramón ⁽¹²¹⁾, la única limitación derivada del art. 8.1 de la Constitución estriba en que los Cuerpos de Seguridad, aún cuando se hallen sometidos a disciplina militar, no pueden pertenecer a las Fuerzas Armadas.

En los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica 6/1980 se acogía un diseño legislativo de la Guardia Civil que podía ser caracterizado del siguiente modo:

- 1 La Guardia civil, orgánicamente no formaba parte del Ejército de Tierra, como había venido siendo regla común desde 1878, y por lo mismo quedaba separada de las Fuerzas armadas.

(120) Manuel Ballbé (en *Orden público y militarismo...*, op. cit., págs. 481-482) cree que teniendo en cuenta el redactado rechazado del Proyecto y el que lo sustituyó, se desprende lógicamente que la Guardia Civil no es un “cuerpo militar” y que no está “adscrito al Ejército de Tierra”, que sí depende del Ministerio de Defensa, pero no “en cuanto a su disciplina y servicios de carácter militar”, sino sólo y únicamente en el cumplimiento de misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden”. Es decir, que en cuanto a su disciplina y organización interna ya no depende del Ministerio de Defensa, sino del de Interior; de ello se deduce -siempre a juicio de Ballbé-, al rechazarse el artículo que la instituía como un “cuerpo militar”, que evidentemente ya no es tal, sino que deberá regularse con una disciplina y organización especiales y estrictas, como las que deben tener los Cuerpos Civiles de Policía que son a la vez armados, pero que por este hecho ni son militares ni militarizados. La conclusión de Ballbé (op. cit., pág. 482) era clara; el art. 38 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional dejaba, pues, bien sentadas las bases para iniciar esta reforma de la Guardia Civil.

(121) Fernando López Ramón: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, op. cit., pág. 315.

2 En tiempo de paz, la dependencia funcional de la Benemérita era doble: del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomiendan bien por el propio Ministro, bien por el Gobierno, y del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones relativas al orden y la seguridad pública, en los términos que estableciera la Ley Orgánica prevista por el art. 104.2 de la Constitución, esto es, la Ley Orgánica 2/1986.

Es importante precisar que esta dependencia funcional, en tiempo de paz, del Ministerio de Defensa se refiere tan sólo al propio Ministro, no a la cadena de mando de las Fuerzas Armadas, aspecto del que derivan importantes consecuencias, como la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo se encargaría de precisar ⁽¹²²⁾.

La Sala de lo Militar abordaría, entre otras cuestiones, el tema de la legitimación especial que en el recurso de casación establece la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, respecto a los mandos militares superiores, recurso cuya razón de ser es la defensa de la disciplina y de otros intereses esenciales de la institución militar.

Contra la Sentencia de un Consejo de Guerra condenatoria de un Capitán de la Guardia Civil como autor de un delito de abandono de destino, el Capitán General de la Región Militar Centro, a través de su Asesor Jurídico, interpuso tal recurso.

Tras destacar la Sala que el procesado, Capitán de la Guardia Civil, perteneciera al Ejército de Tierra, se interrogaba acerca de si el procesado se hallaba, en rigor, jerárquicamente subordinado al Capitán General impugnante en el momento de la interposición del recurso (requisito inexcusable para la procedencia de este recurso, de conformidad con el art. 111 de la Ley Orgánica 4/1987).

La respuesta de la Sala atendía prioritaria, aunque no únicamente, a la luz de lo dispuesto por el art. 38 de la Ley Orgánica 6/1980, siendo

(122) STS de 15 de diciembre de 1988 (Sala de lo Militar). Aranzadi, marginal núm. 10.347.

forzosamente negativa, por cuanto de ese conjunto normativo se deduce por la Sala, en tiempo de paz, el entronque jerárquico exclusivo de los miembros de la guardia Civil, a través de su Director General, con el Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que aquél o el gobierno le encomienden.

- 3 En tiempo de guerra, y durante el estado de sitio, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.
- 4 La Guardia Civil había de regirse por un Reglamento Orgánico del Cuerpo, que había de ser aprobado por el Gobierno a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa e Interior, y en el que, de acuerdo con la ley, debía regularse su organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina.

VI. Llegamos finalmente a la última etapa legislativa: la que culmina en la ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Como se ha repetido en varias ocasiones, el art. 9 , b/ de esta norma legal viene, en lo sustancial, a reiterar la previsión de los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica 6/1980, bien que con una precisión decisiva en orden a la caracterización jurídica de la Guardia Civil: su definición como “Instituto armado de naturaleza militar”.

Para dar una idea de la controversia que la militarización de la Guardia Civil suscita, nos bastará con aportar la opinión de López Garrido ⁽¹²³⁾, quien entiende que la cuestión central de la Guardia civil es la de su carácter militar, hasta el punto de hacer parecer que la reforma democrática de las fuerzas de Seguridad pasa necesariamente por su desmilitarización y por su dependencia exclusiva del Ministerio del Interior.

Así las cosas, no nos extrañará que esta caracterización haya sido enormemente controvertida por la doctrina. Nos detendremos con brevedad en algunas de las distintas posiciones manifestadas.

(123) Diego López Garrido: “Fuerzas y Cuerpos de seguridad”, en J.J. González Encinar (dir.). *Diccionario del Sistema Político Español*, Akal Editor, Madrid, 1984, págs. 358 y sigs.; en concreto, pág. 364.

Entre los favorables a la naturaleza militar del Instituto, Morales Villanueva ⁽¹²⁴⁾, tras recordar que los “Carabinieri” en Italia, la Gendarmería en Francia y la Guardia Nacional en Portugal son cuerpos militares, justifica la naturaleza militar de la Benemérita en el hecho de que se le puedan confiar misiones de carácter militar; de ahí se deduce inequívocamente que la Guardia Civil tiene que ser militar.

Para Rojas Caro ⁽¹²⁵⁾, el carácter castrense del Instituto ya parecía deducirse del art. 38 de la Ley Orgánica 6/1980, si bien tras la Ley Orgánica 2/1986, queda claro que la Guardia Civil tiene permanentemente carácter militar, algo que el autor enjuicia positivamente.

Por último, para Cano Hevia ⁽¹²⁶⁾, la Guardia Civil es un Cuerpo militar por tradición constitutiva y porque en caso de guerra ha desempeñado siempre un papel militar.

Desde una óptica bien dispar, Barcelona ⁽¹²⁷⁾ cree que el hecho de que la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pretenda potenciar al máximo el desempeño por la Guardia Civil de funciones propiamente policiales, en nada obsta, antes bien, casi todo lo contrario, a que se cuestione la conveniencia de mantener un cuerpo de naturaleza militar para el ejercicio de misiones que nada tienen que ver con las propias de las Fuerzas Armadas. Además, dicha circunstancia provoca que la Guardia Civil se sujete a ciertas especialidades de régimen estatutario respecto del Cuerpo Nacional de Policía, suscitándose la duda en torno a si es o no procedente tal diferencia de régimen jurídico entre dos colectivos que asumen conjuntamente el cumplimiento de una idéntica función constitucional. Y el mismo autor, en otro momento ⁽¹²⁸⁾, considera que sólo si las funciones militares fueran mayoritariamente asignadas al Cuerpo,

(124) Antonio Morales Villanueva: “La Guardia Civil en el artículo 8 de la Constitución”, op. cit., págs. 2792-2793.

(125) José Rojas Caro: “El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil”, en *Revista General de Derecho*, núms. 517-518, octubre-noviembre 1987, págs. 5739 y sigs.: en concreto, págs. 5740-5742.

(126) Juan Cano Hevia: “Fuerzas Armadas”, op. cit., pág. 357

(127) Javier Barcelona Llop: *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988, págs. 177-178

(128) Javier Barcelona Llop: “Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad...”, op. cit., pág. 18

cabría admitir la global naturaleza militar del mismo, al margen de su integración formal en las Fuerzas Armadas, pues habría ya un fundamento objetivo de su caracterización jurídica. Sin embargo, salvo muy concretas previsiones, el ordenamiento jurídico no precisa cuáles son las misiones castrenses que ha de desempeñar la Guardia civil.

Las reflexiones precedentes nos ponen de relieve posiciones plurales siempre respetables, que se decantan por la bondad de una u otra fórmula, pero que no entran en el fondo del problema: ¿es constitucionalmente posible la caracterización militar de la Guardia Civil?

López Ramón sí se ha adentrado en esta problemática ⁽¹²⁹⁾. A su juicio, de la limitación dimanante del art. 8 .1 de la Constitución: los Cuerpos de Seguridad (ni tan siquiera los sometidos a disciplina militar) no pueden pertenecer a las Fuerzas Armadas, derivan dos efectos concretos: 1) el de apartar a esos Cuerpos de Seguridad de la escala ordinaria del mando militar, es decir, situarlos más directamente bajo la dependencia de las autoridades civiles, y 2) el efecto de impedir el ejercicio por estos Cuerpos de funciones correspondientes a las Fuerzas Armadas.

En el primer sentido, López Ramón cree que nada hay que oponer al carácter militar de la Guardia Civil. El extremo que, sin embargo, suscita extrañeza es la posible encomienda a la Benemérita de “misiones de carácter militar”, es decir, de misiones correspondientes a las fuerzas Armadas. En realidad, siempre a juicio del citado autor ⁽¹³⁰⁾, el alcance de las misiones militares de la Guardia Civil no deja de ser una incógnita no precisada directamente ni en la Ley Orgánica 6/1980, ni en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Para López Ramón, pues, el posible conflicto constitucional no vendría dado por la calificación de la Guardia Civil como “Instituto armado de naturaleza militar”, sino por la asignación a tal Cuerpo de misiones de carácter castrense, circunstancia que casaría mal con la inequívoca delimitación constitucional de funciones entre las Fuerzas Armadas y la Policía.

(129) Fernando López Ramón: *La caracterización jurídica...*, op. cit., pág. 315.

(130) *Ibidem*, pág. 316

Los juicios críticos de los dos autores inmediatamente anteriores son por entero divergentes; en efecto, mientras Barcelona viene a entender que si la mayor parte de las funciones del Instituto fuesen militares, se justificaría su caracterización como “Instituto armado de naturaleza militar”, admitiendo de esta forma, al menos implícitamente, la legitimidad constitucional de la asunción de misiones castrenses por la Benemérita. López Ramón, por el contrario, cree que lo que choca con la Norma Suprema es precisamente esta atribución de misiones castrenses a un Instituto policial como es la Guardia Civil.

A nuestro entender, el análisis constitucional del problema debe partir de la cuestión de si es conforme a la Norma suprema que le legislador, en sede orgánica, caracterice a un Cuerpo policial, como es la Guardia Civil, como “Instituto armado de naturaleza militar”. Como ha dicho el Juez de la Constitución ⁽¹³¹⁾, cuando el legislador configura la Guardia Civil de tal forma y cuando reiteradamente insiste en dicha naturaleza, hay que entender que ésta constituye su rasgo característico y definitorio, y el “prius” lógico del que derivan no sólo sus posibles y circunstanciales misiones militares, sino principalmente los datos permanentes u ordinarios de su régimen jurídico, a saber: la estructura jerárquica, la organización y el régimen disciplinario.

La constitución, como el Alto Tribunal ha reiterado en numerosísimas oportunidades, es un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. En sintonía con ello, y por lo que ahora importa, es evidente que a la vista de nuestra “Lex superior” son constitucionalmente posibles varias configuraciones de la Guardia Civil, como el propio Tribunal reconoce ⁽¹³²⁾.

La Constitución no define, ni tan siquiera menciona a la Guardia Civil, y es claro que el silencio siempre es más permisivo que cualquier definición. Y como el Alto Tribunal ha significado una vez más ⁽¹³³⁾, de la no mención de la Guardia Civil por el art. 8 .1 de la Constitución no se sigue que el legislador tenga vedado por la misma atribuir “naturaleza militar” al citado Instituto, sino, por el contrario, el reconocimiento de un ámbito de disponibilidad del legislador en orden a la definición y configuración de la Guardia Civil. Pero es que, además,

(131) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 3 . in fine.

(132) Ibidem. fund.jur. 2 .

(133) Ibidem. fund. jur. 3

como ya tuvimos oportunidad de reseñar, la Constitución no configura las instituciones acogidas por los artículos 8 y 104 como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables.

Consecuentemente con todo lo expuesto, parece claro el requerimiento constitucional de que el legislador no incluyera a la Benemérita dentro de las Fuerzas Armadas, pero también se nos antoja inequívoco que la misma Constitución no le impedía caracterizar al citado Instituto en los términos como el legislador lo ha hecho, con la subsiguiente consecuencia de dotarle de un régimen estatutario peculiar, diferenciado del propio de otros Cuerpos de Seguridad. A ello coadyuvaban visiblemente las determinaciones del art. 28.1 y del art. 29.2 de la propia Norma suprema.

Y es innecesario decir, que la definición de la Guardia Civil como “Instituto armado de naturaleza militar” no supone la inclusión del mencionado Cuerpo en las Fuerzas Armadas en sentido estricto, como el propio Tribunal Supremo tuvo oportunidad de señalar. ⁽¹³⁴⁾.

En cuanto a la asignación de misiones de carácter militar, no creemos que entrañe conculcación constitucional alguna. En primer término, por cuanto que se trata, llegado el caso, de misiones circunstanciales. Como se afirma en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, “la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo”. Y en segundo lugar, y a partir del presupuesto anterior, porque la separación entre Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad, como reconociera el Tribunal Constitucional, no es una separación tan rígida que convierta a unas y otras en instituciones incommunicables por lo que, a nuestro juicio, no ha de entenderse violentada la Constitución por el mero hecho de que, en ciertas circunstancias más bien un tanto excepcionales, esto es, no de modo común o generalizado, la Guardia Civil pueda asumir el cumplimiento de alguna misión militar.

Ciertamente, el alcance de tales misiones no deja de constituir una incógnita que, desde luego, debiera precisarse y aclararse ⁽¹³⁵⁾, pero ello no

(134) STS de 15 de diciembre de 1988 (Sala de lo Militar). Aranzadi, marginal núm. 10347.

(135) En su edición del día 31 de marzo de 1997, el diario “El País” informaba de que el Gobierno preparaba un Decreto sobre misiones militares de la Guardia Civil.

obsta lo más mínimo a las reflexiones antes vertidas. ⁽¹³⁶⁾

VII. De la caracterización jurídica que el legislador ha dado a la Guardia Civil se derivan una serie de consecuencias que el propio legislador extrae en la norma que básicamente nos ocupa (la ley Orgánica 2/1986) o en otras. Nos referiremos a continuación a tales consecuencias:

1. La estructura jerárquica del Cuerpo según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza castrense (art. 13.1 L.O. 2/1986). El Tribunal Constitucional ha reconocido en distintas Sentencias ⁽¹³⁷⁾ que no es contraria a la Norma Suprema la atribución a la Guardia Civil de un régimen militar en materia organizativa.

El régimen de personal de la Guardia Civil se establece de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, si bien también se basa en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (art. 4 .1 de la propia ley 17/1989). Sin embargo, a fin de completar las disposiciones tanto de la Ley Orgánica 2/1986 como de la Ley 17/1989, que desde distintas perspectivas, proyectan su eficacia sobre el personal del Cuerpo de la Guardia Civil, el legislador ha procedido a aprobar una norma legal específica: la ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

Pese a que los guardias civiles se rijan, en lo que a la organización del Cuerpo se refiere, por normas propias de las Fuerzas Armadas (aunque, como acabamos de ver, complementadas por otras normas específicas), lo cierto es que no se puede considerar que los miembros de la Benemérita y los de las Fuerzas Armadas pertenezcan a Cuerpos o categorías funcionariales idénticas. Bien al contrario, como el propio Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de significar ⁽¹³⁸⁾, resulta evidente que los miembros de la Guardia Civil y los de las Fuerzas Armadas pertenecen a Cuerpos o categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias. Podrá haber en ellos rasgos comunes, como los relativos, por ejemplo,

(136) El art. 1.3 de la ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, dispone que en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, la Guardia Civil contribuye a prestar ese servicio del Estado a la comunidad que es la función militar.

(137) Es el caso, por ejemplo, de la STC 106/1992, de 1 de julio, fund. jur. 2 .

(138) SSTC 236/1994, de 20 de julio, fund. jur. 3 y 237/1994, de 20 de julio, en la que se reitera la misma doctrina.

a la denominación de sus empleos, pero ese paralelismo, cuando existe, es un dato fáctico que no implica en modo alguno una igualdad jurídicamente definida.

2. La sujeción de sus miembros, a efectos disciplinarios, a una normativa específica, siendo de reseñar al efecto que el art. 5 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, incluía entre las autoridades facultadas para sancionar por vía disciplinaria en las fuerzas Armadas al Director General de la Guardia Civil, siguiendo con ello una añeja pauta legal por la virtud de la cual, desde 1890, el régimen disciplinario de los miembros de la Benemérita fue el mismo que el de los integrantes de los Ejércitos.

En su Sentencia 194/1989, el Juez de la Constitución reiteraría una consolidada doctrina ⁽¹³⁹⁾ de acuerdo con la cual, se ha de contemplar como ajustado a la Constitución que la ley pueda sujetar a la disciplina militar a los Institutos armados o a otros Cuerpos, por lo que no puede afirmarse que la aplicación del régimen disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contraria a la Constitución ⁽¹⁴⁰⁾. La procedencia de aplicar o no este régimen se convertía, pues, en un problema de mera legalidad. Ya nos referimos muy críticamente a esta doctrina en un momento anterior, por lo que no insistiremos en nuestra crítica.

Sin embargo, en la misma Sentencia, el Alto Tribunal requería con claridad e insistencia manifiestas al legislador para que procediera a elaborar una específica normativa disciplinaria para la Guardia Civil con sus singularidades específicas, pues esta obligación del legislador, dirá el Tribunal, “no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar”. “El legislador -concluirá el Alto Tribunal- debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y remisión” ⁽¹⁴¹⁾.

(139) Se inicia esta doctrina con la STC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 5, b/.

(140) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 4.

(141) Esta doctrina sería reiterada, entre otras varias, por la STC 44/1991, de 25 de febrero, fund. jur. 3.

Señalemos que, finalmente, el legislador era sensible al requerimiento del Alto Tribunal, procediendo a aprobar la ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, norma legal que, como se ha destacado ⁽¹⁴²⁾, recabó tras de sí un amplio consenso, y con la que, de manera sintética, se puede afirmar que se intenta proteger la disciplina y el acervo histórico y actual que ha ido modelando la idiosincrasia propia y peculiar de la Institución ⁽¹⁴³⁾.

3 La dependencia funcional del Ministro de Defensa en cuanto atañe a las misiones de carácter militar que se le encomienden a la Guardia Civil de acuerdo con el ordenamiento, por lo demás, único ámbito funcional en el que el citado Instituto tendrá la consideración de “fuerza armada” (art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/1986), con las consecuencias jurídico-penales que de ello derivan a la vista de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

4 La aplicación subsidiaria del ordenamiento militar en relación con el régimen estatutario de la Guardia Civil, régimen que, a tenor del art. 13.2 de la Ley Orgánica 2/1986, será “el establecido en la presente Ley, en las normas que la desarrollan y en el ordenamiento militar”. Esta última alusión al “ordenamiento militar” ha sido severamente enjuiciada por López Garrido ⁽¹⁴⁴⁾, para quien se trata de una expresión nítidamente inconstitucional, pues no hay un derecho militar paralelo y autónomo respecto del ordenamiento jurídico general. No creemos en modo alguno tan perniciosa dicha expresión, con la que, desde luego, no pensamos se haya querido significar la existencia de algo inexistente como sería el caso de un orden jurídico autónomo, es decir, desvinculado del ordenamiento jurídico general.

Por lo demás, como bien apunta Barcelona ⁽¹⁴⁵⁾, la aplicabilidad a la Guardia Civil, de la normativa militar no es algo fatal o inevitable. De hecho, el art. 15.1 de la Ley Orgánica 12/1986, entre otros, habla de una normativa

(142) Antonio Millán Garrido, en la “Introducción” a su propia obra *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1992. pág. 30.

(143) Antonio Morales Villanueva: “Disposiciones generales. Comentario al artículo 1 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil”, en José Luis Rodríguez - Villasante y Prieto (coord.), *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, op. cit., pág. 33.

(144) Diego López Garrido: *El aparato policial en España*, op. cit., pág. 14.

(145) Javier Barcelona Llop: *Policía y Constitución*, op. cit., pág. 53

específica al aludir al régimen disciplinario de la Guardia Civil, como ya tuvimos oportunidad de ver. Y el art. 4.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, también alude a esa normación específica, bien que, ciertamente, después de precisar que los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las fuerzas Armadas, como también a las leyes penales y disciplinarias castrenses, siendo de notar al efecto, en sintonía con lo ya expuesto, la falta de vigencia de esta última precisión en cuanto que, desde 1991, la Guardia Civil se rige por su propia normativa disciplinaria.

5 El régimen de derechos y obligaciones de los integrantes de la Benemérita es el mismo que el del personal de las Fuerzas Armadas. Así se subraya, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 28/ 1984, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Sin embargo, la Ley Orgánica 2/ 1986 ha querido precisar “per se” un tema harto conflictivo: el relativo al ejercicio de determinados derechos políticos y sindicales. A tenor de su art. 15.2 : “Los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos ni hacer peticiones colectivas; individualmente podrán ejercer el derecho de petición en los términos establecidos en su legislación específica”.

No es necesario indicar que ha sido la privación del derecho de sindicación el tema más conflictivo en relación con la Benemérita. Como dijera Ghera ⁽¹⁴⁶⁾, la sindicalización de las fuerzas policiales encuentra un obstáculo, al menos formalmente, insuperable en la militarización de los cuerpos policiales ⁽¹⁴⁷⁾. El problema en cuestión, como el mismo autor señala en otro momento ⁽¹⁴⁸⁾, se presenta “complesso e ricco di sfaccettature politiche prima che giuridiche”.

(146) Eduardo Ghera: “Libertá sindacale e ordinamento della polizia”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976 (parte primera), págs. 656 y sig.: en concreto, pág. 667.

(147) También Morales Villanueva cree que, tal como están concebidos y desarrollados los actuales sindicatos, sus pretensiones y planteamientos chocan frontalmente con un cuerpo de naturaleza militar. Antonio Morales Villanueva: “Limitaciones de las libertades de asociación y sindicación de los miembros de la Guardia Civil”, en el colectivo, *Derecho Penal y Procesal Militar*, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 15 y sigs.; en concreto pág. 65.

(148) Eduardo Ghera: “Libertá sindacale....”, op. cit., pág. 687

La interdicción por la ley del ejercicio del derecho de sindicación de los miembros de la Guardia Civil no es sino una opción política entre las varias posibles, que a nuestro juicio ha de ser valorada positivamente en cuanto que, a su través, se tratan de salvaguardar otros bienes constitucionales. Por lo demás, esta opción presenta una clara cobertura constitucional en el art. 28.1, aunque no falten autores que, como Pérez Royo, entiendan que el legislador no puede prescindir de los artículos 8 y 104 a la hora de desarrollar el art. 28, y por lo mismo, no puede proceder a una equiparación de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de Seguridad ni siquiera a los solos efectos del ejercicio del derecho de sindicación.

No creemos en modo alguno que tan poco ponderada interpretación pueda mantenerse, pues la misma se asienta en una ultrarígida separación de los artículos 8 y 104 que, además, ignora la libertad de configuración en la materia que el artículo 28.1 otorga al legislador para limitar o exceptuar, a su libre arbitrio, el ejercicio del derecho de sindicación libre de los miembros de las Fuerzas o Institutos armados. La opción constitucional es tan nítida que nos libera de cualquier otro comentario.

6 La atribución a la jurisdicción militar de la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las sanciones disciplinarias impuestas a miembros de la Benemérita. A tenor del art. 65.2 de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, contra las resoluciones adoptadas en recursos de alzada (interpuestos a su vez contra resoluciones por las que se imponga una sanción por falta grave o muy grave), que ponen fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso - disciplinario militar ordinario, en la forma y en los plazos previstos en el título IV del libro cuarto de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, siendo, pues, competente al efecto la jurisdicción castrense.

Esta competencia, con criterio en exceso apasionado, ha llegado a ser calificada por algún autor ⁽¹⁴⁹⁾ como de esquizofrenia jurídica. Con mayor ponderación y rigor, el Juez de la Constitución ha entendido ⁽¹⁵⁰⁾ que las sanciones disciplinarias impuestas a un guardia civil sólo son revisables por la jurisdicción

(149) Alfonso J. Villagómez, Cebrían: "Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad...", op. cit., pág. 88.

(150) STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 5

militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordinación, de un Instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente pertenecen al ámbito de lo estrictamente castrense a que se refiere el art. 117.5 de nuestra “Lex superior”.

A su vez, las sanciones disciplinarias impuestas a los miembros del Instituto que afecten a los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución serán impugnables, a través de un recurso contencioso - militar preferente y sumario, ante los órganos competentes de la jurisdicción militar, los cuales, como ha significado el Tribunal Constitucional ⁽¹⁵¹⁾, se configuran como el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia de disciplina militar.

Y a su vez, ya para finalizar, recordemos que es una reiteradísima doctrina constitucional que el conocimiento del “habeas corpus” instado a favor de un miembro de la Guardia Civil corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense ⁽¹⁵²⁾.

B. La complejidad del modelo:

I. El derecho comparado nos ofrece dos grandes modelos policiales: el modelo unitario o centralista y el modelo complejo o descentralizado.

La aparición de la fuerza pública moderna, liberando al ejército de su función de mantenimiento del orden público, condujo, al menos en Francia, a la supresión de todas las policías locales, en lo que constituyó un inequívoco proceso estatalizador, bien que con el devenir del tiempo se ha producido un claro renacimiento de esas policías municipales. Como señala la doctrina ⁽¹⁵³⁾, la tradición jacobina de los gobernantes franceses no podía verse satisfecha con una fuerza pública satelizada entre diversos polos o núcleos de autoridad, mucho menos cuando el poder central disponía ya de una gendarmería. Era preciso, pues, conformar una fuerza pública centralizada, estatal, dejando a los Alcaldes

(151) STC 161/1995, de 7 de noviembre, fund.jur.7

(152) SSTC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 5 ; 44/1991, de 25 de febrero, fund.jur. 4 ; 106/1992, de 1 de julio, fund.jur. 2 , 1/1995, de 10 de enero, fund. jur. 6 , y 25/1995, de 6 de febrero, fund. jur. 2 .

(153) André Decocq, Jean Montreuil y Jacques Buisson: “Le Droit de la Police”, op.cit., págs. 105-106.

la facultad de creación de policías siempre que éstas no dispusieran de competencias comparables a las de la policía estatal.

No debe extrañar por lo dicho que Francia sea quizá el ejemplo paradigmático del modelo policial centralista. Como se ha dicho, “l’organisation de la police nationale comme celle de la gendarmerie nationale portent la marque de la centralisation de l’Administration française” (154). En perfecta coherencia con ello, la policía municipal francesa se presenta como subsidiaria y precaria. (155).

Italia (156), Portugal y Bélgica (157) suelen citarse, entre otros países, como ejemplos de este mismo modelo.

Por el contrario, en el modelo complejo o descentralizado se acentúa el protagonismo de las policías territoriales en diferentes niveles, con la subsiguiente corresponsabilidad de distintas Administraciones Públicas en la salvaguarda de la seguridad pública. Alemania e Inglaterra se ubican dentro de este segundo modelo.

II. España se ubica dentro de los modelos policiales complejos por cuanto su policía se caracteriza por la coexistencia en ella de cuerpos estatales, autonómicos y locales, y a ellos podría añadirse incluso aquellas fuerzas policiales de base territorial distinta, así, por ejemplo, las coincidentes con los territorios forales, esto es: el Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava y los cuerpos de Miñones y Miqueletes dependientes de las Diputaciones de Vizcaya y de Guipúzcoa, contemplados por el art. 17.5 de la Ley Orgánica 3/1979, de Estatuto de Autonomía para el país Vasco, bien que la ley vasca 4/1992, de 17

(154) Ibidem, pág. 106

(155) Cfr. al efecto, André Decocq (y otros): “Le Droit de la Police”, op.cit., págs. 109 y sigs.

(156) Aunque la Constitución italiana, como admite Volpi (en “Costituzione e polizia”, op. cit., págs. 110-111), posibilita una suerte de liberación de la policía estatal de una serie de competencias administrativas que podrían ser asumidas por policías locales, esta posibilidad fue meramente teórica durante largo tiempo, pues hubo que esperar al Decreto de la Presidencia de la República núm. 1, de 14 de enero de 1972, para que se posibilitara la transferencia a las Regiones en materia de policía local.

(157) En Bélgica coexisten una fuerza pública estatal, muy centralizada, la Gendarmería, con una policía municipal por entero dependiente de los Alcaldes.

de julio, de Policía del País Vasco ⁽¹⁵⁸⁾, haya integrado en la “Ertzaintza” esos Cuerpos (art. 24.2), no obstante lo cual, en cada Territorio Histórico existe un servicio de la “Ertzaintza” que conserva la denominación tradicional, a modo de Secciones de aquella ⁽¹⁵⁹⁾.

El núm. 22 del art. 148.1 y el núm. 29 del 149.1 de nuestra “Lex superior”, a los que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, reflejan la incidencia de la organización territorial del Estado sobre el mantenimiento de la seguridad. La Constitución viene, en alguna medida, a descentralizar el mantenimiento de la seguridad pública, posibilitando la creación de policías territoriales, bien que, al atribuir al Estado el propio art. 149.1.29 la exclusividad de la competencia sobre aquella materia, a salvo la posible creación de esas policías autónomas, el Juez de la Constitución interpreta ⁽¹⁶⁰⁾ que conforme al tenor literal del citado precepto (art. 149.1.29), la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública no admite más excepción que la que derive de la creación de las policías autónomas ⁽¹⁶¹⁾, a lo que no se oponen aquellas normas estatutarias, como el art. 17 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, que atribuyen a la Comunidad Autónoma el régimen de la propia policía autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo.

Con todo, y pese a las precedentes reflexiones jurisprudenciales, la realidad es que, como advierte Fernández Farreres ⁽¹⁶²⁾, la disponibilidad de

(158) Puede verse esta Ley vasca en Gonzalo Jar Couselo y Juan-Luis Pérez Martín: *Legislación sobre cuerpos de Policía (Ambito estatal, autonómico y municipal)*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 281 y sigs.

(159) El tribunal Constitucional se pronunció en favor de la legitimidad constitucional de la opción legislativa del Parlamento Vasco de integrar en el cuerpo único de la “Ertzaintza” a los diversos Cuerpos de la Policía Foral (STC 159/1993, de 6 de mayo, fund.jur. 4).

(160) STC 104/1989, de 8 de junio, fund. jur. 3

(161) En otro momento (STC 117/1984, de 5 de diciembre, fund.jur. 5), el Alto Tribunal ha puesto de relieve que el inciso segundo del art. 149.1.29, en el que se basa la posible creación de policías autónomas, se refiere al aspecto orgánico, es decir, al del servicio disponible para garantizar la seguridad pública (la Policía), no al aspecto material, la seguridad pública, por lo que la existencia de una policía autónoma no modifica la titularidad estatal en materia de seguridad pública.

(162) Germán Fernández Farreres: “Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, mayo-agosto 1985, págs. 203 y sigs.; en concreto, págs. 219-220.

una policía propia por parte de algunas Comunidades Autónomas matiza por completo la afirmación y calificación que el texto constitucional hace de la materia “seguridad pública” como competencia exclusiva del Estado, pues, como es evidente, alguna competencia en relación a la seguridad pública deberá corresponder a aquellas Comunidades que dispongan de una organización policial cuya función primaria, por definición, es cuando menos la de garantizar la integridad de las personas y de sus bienes.

Tres niveles se han diferenciado por la doctrina ⁽¹⁶³⁾ en los Estatutos de Autonomía en atención tanto a la regulación que de la función policial y de sus Institutos llevan a cabo, como a la relación que presentan con la Ley orgánica específicamente prevista por el art. 149.1.29, como, asimismo, en atención a sus mismos contenidos normativos.

En un primer nivel se situaría el País Vasco y Cataluña, cuyos Estatutos asumen con plenitud las posibilidades que abre la norma suprema, desarrollando con mayor detalle que las restantes normas estatutarias el régimen de la policía propia (art. 17 del Estatuto Vasco y 13 del Estatuto de Cataluña, básicamente). A todo ello habría que añadir el carácter constitutivo que el Estatuto presenta para estas policías autónomas, que surgen con sustento tan sólo en el hecho estatutario, dada la inexistencia en tal momento de la ley orgánica prevista por la Constitución.

En un segundo nivel habrían de situarse las Comunidades Autónomas de Galicia, Andalucía, Valencia, Canarias y Navarra, cuyo primer rasgo en común es la estricta dependencia temporal respecto de la promulgación de la correspondiente ley orgánica, cuya emergencia se convierte en el “prius” inexcusable para la creación de una policía autónoma propia, expresamente contemplada en las respectivas normas estatutarias. Además, el detalle con que, estatutariamente, se contempla esta policía autónoma es notablemente inferior (art. 27.1.25 del Estatuto para Galicia; art. 14 del Estatuto para Andalucía; art. 36 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; art. 34 del Estatuto de

(163) José Manuel Castells Arteché: *La Policía Autónoma*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989, págs. 56-58. Asimismo, y con mayor detenimiento, en “El marco normativo de los Cuerpos de Seguridad Pública desde la vertiente competencial”, en Rafael Gómez Ferrer (coord.), *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 207 y sigs; en concreto, págs. 216-219.

Canarias, y art. 51 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).

Por último, en un tercer nivel se situarían las restantes Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos se limitan a una simple mención de la asunción de las competencias aludidas en el art. 148.1.22 sin hacer una expresa mención a la posible creación de una policía propia.

III. La Ley Orgánica 2/1986 sigue esta dirección proclive a subrayar la exclusividad de la competencia estatal en la materia “seguridad pública”, cuando su norma de apertura (art. 1 .1) dispone que: “La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación”. Sin embargo, de inmediato, el apartado segundo del mismo artículo prescribe que: “Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley”. También se reconoce (art. 1 .3) a las Corporaciones Locales la participación en el mantenimiento de la seguridad pública “en los términos establecidos en la ley reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley”. Lógicamente, el mantenimiento de la seguridad pública se ejerce por las distintas Administraciones públicas implicadas en tal función a través de sus respectivas fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es de las dependientes del Gobierno de la Nación, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

Varios son los regímenes que la Ley Orgánica 2/1986 ha establecido para las diferentes Policías autónomas:

a. El primero de ellos atañe a las Policías autónomas del País Vasco, Cataluña y Navarra. A ellas se refieren, en términos similares, las Disposiciones Finales primera, segunda y tercera de la ley. Sustancialmente, establecen tales normas que las respectivas Policías autónomas se regirán por sus propias normas estatutarias, siéndole de aplicación los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley, que contienen los principios básicos de actuación.

Bien es verdad que estas Disposiciones Finales establecen, adicionalmente, algunos otros matices, al disponer la aplicación directa para la Policía autónoma de Cataluña de los art. 38, 43 y 46 de la Ley, y la de los art. 43 y 46 para la Policía Foral de Navarra, a la que también podrán ser de aplicación,

si así se establece en la normativa propia de la Comunidad Foral, los artículos 38 y 39 de la Ley.

b. El segundo viene referido (art. 37.1 de la L.O. 2/1986) a aquellas comunidades en cuyos Estatutos esté prevista la posibilidad de creación de Cuerpos de Policía propios y efectivamente los creen. El art. 38 enumera las funciones que a través de sus Cuerpos policiales podrán ejercer estas Comunidades, funciones que podrán tener carácter propio, ejercerse en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o prestarse simultánea e indiferenciadamente con ellas.

c. El tercero de estos regímenes se refiere (art. 37.2) a las Comunidades que habiendo asumido estatutariamente la competencia para la creación de Cuerpos policiales propios, no procedieran a hacer uso de la misma. De acuerdo con el art. 47 de la misma ley, estas Comunidades podrán solicitar del Gobierno de la Nación, para el ejercicio de las funciones a que se refiere el art. 38 (aquéllas a las que aludíamos en el apartado inmediatamente anterior), la adscripción de Unidades del Cuerpo Nacional de Policía, pudiendo asimismo ejercer las funciones enunciadas en el art. 39 de la Ley (básicamente, la coordinación de la actuación de las Policías locales en el ámbito territorial de la comunidad).

d. El último de los regímenes previstos (art. 37.3) tiene como destinatarias a aquellas comunidades cuyos estatutos no prevean la creación de Cuerpos de Policía, no obstante lo cual, estas Comunidades también podrán ejercer las funciones de vigilancia y protección a que se refiere el art. 148.1.22 de la Constitución mediante la firma de acuerdos de cooperación específica con el estado.

IV. El art. 148.1.22 es, como hemos tenido numerosas oportunidades de señalar, el punto de partida, a nivel constitucional, para la existencia de Policías locales.

Es sabido que la garantía institucional que protege a la autonomía local no conlleva ningún contenido competencial predeterminado, si bien, resulta evidente que la referencia constitucional a “las policías locales” no ha de dejar de tener ciertas consecuencias. Como advierte la doctrina (¹⁶⁴), de tal mención constitucional debe extraerse, ante todo, que la concreción normativa del

contenido de la autonomía municipal ha de tener en cuenta la disponibilidad competencial de los entes locales sobre la seguridad pública, al menos en ciertos niveles. La determinación de cuáles sean éstos pasa por aplicar un criterio de racionalidad conducente a precisar qué características han de poseer los municipios para que puedan disponer de cuerpos de policía propios.

A la vista igualmente del tenor del art. 148.1.22 parece que en el diseño del régimen jurídico de las policías locales habrán de converger las Comunidades Autónomas que, entre otras, asumen la competencia de dictar las normas conducentes a la coordinación de estas policías, y el Estado, que, desde luego, como ha significado el Juez de la Constitución ⁽¹⁶⁵⁾, no goza de una libertad absoluta de configuración de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre Policías locales, y cuya intervención normativa se habrá de canalizar tanto a través de la ley orgánica a que se alude en el propio precepto constitucional, como por intermedio de la legislación sobre Régimen Local.

La Ley Orgánica 2/1986 dedica uno de sus títulos (el quinto) a las Policías locales, caracterizándolas como Institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizadas, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales que la propia Ley establece, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos (art. 52.1).

Los municipios son habilitados (art. 51.1) para la creación de cuerpos policiales propios, de acuerdo lógicamente con las previsiones de la misma Ley, de la ley de bases de Régimen Local y de la legislación autonómica. Conviene, sin embargo, precisar que, como dice Lliset ⁽¹⁶⁶⁾, el reconocimiento en exclusiva a los Municipios que hace el art. 51.1 no debe interpretarse como una norma excluyente de los demás entes locales, sino como refuerzo de la ineludible y

(164) Javier Barcelona Llop: "El régimen jurídico de la policía de seguridad". op.cit., pág. 187.

(165) STC 49/1993, de 11 de febrero, fund. jur. 2 .

(166) Francisco Lliset Borrell: "Los cuerpos de policía provincial", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm 65, enero-marzo, 1990, págs. 101 y sigs.; en concreto, pág. 102.

preferente competencia municipal ⁽¹⁶⁷⁾. Por lo demás, resulta evidente que cuando la ley utiliza (como hace en el art. 1 .3, al que ya nos referimos) la expresión “Corporaciones Locales”, se refiere no sólo a las Corporaciones municipales, sino a las restantes Corporaciones públicas territoriales.

A tenor de la Disposición Transitoria cuarta (núm. 1) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en tanto se aprueben las normas estatutarias de los Cuerpos de Policía local, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y en la Ley Orgánica 2/1986, la Policía local sólo existirá en los Municipios con población superior a 5000 habitantes, salvo que el Ministerio de Administración Territorial (Hoy Ministerio de Administraciones Públicas) autorice su creación en los de censo inferior. Donde no existan esos Cuerpos de Policía local, su misión se llevará a cabo por los auxiliares de la Policía local.

Los Cuerpos de policías locales sólo podrán actuar en el ámbito territorial del Municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes (art. 51.3 L.D. 2/1986).

A fin de garantizar la coordinación de la policía local con las fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen en su ámbito territorial, podrá constituirse una Junta Local de Seguridad (art. 54.1), cuya presidencia corresponderá al Alcalde, salvo que concurriera a sus sesiones el Delegado o Subdelegado del gobierno (en la ley se alude al Gobernador Civil), en cuyo caso la presidencia será compartida con éste. La Junta es el órgano competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre unas y otras fuerzas policiales.

V. No podemos finalizar sin hacer una muy somera referencia a la Policía judicial, objeto del art. 126 de la Constitución, cuya existencia aporta un argumento más en pro de la proclamada complejidad de nuestro modelo policial.

(167) Para López - Nieto, quizá por la propia importancia de la Policía municipal, la policía no estatal más importante, no sólo por sus facultades sino también por el extenso número de sus miembros (afirmación que hoy creemos habría que matizar a la vista de la trascendencia de alguna policía autónoma), la ley Orgánica 2/1986, cuando se ocupa de las Policías Locales, parece estar pensando siempre en los Ayuntamientos y en las policías municipales. Francisco López - Nieto y Mallo: *La policía Municipal*, Publicaciones Abella, Madrid, 1986, págs. 20-21.

La separación entre policía administrativa y policía judicial se remonta muy allá en el tiempo. Ya en el Código del 3 de Brumario del año IV se contemplaba (art. 16 a 20) esa división, encomendando a la policía administrativa el mantenimiento del orden público, encaminando su actuación principalmente a la prevención de los delitos, mientras que a la policía judicial se le asignaba la investigación de los delitos que la policía administrativa no había podido impedir.

Este criterio de diferenciación se ha mantenido casi inmutable a lo largo del tiempo. Hauriou, a principios de siglo, la sintetizaría con precisión ⁽¹⁶⁸⁾ al señalar que “la police administrative a pour but de maintenir l’ordre public” mientras que “la police judiciaire a pour but la recherche des délits et infractions” ⁽¹⁶⁹⁾.

La diferenciación conceptual entre una y otra policía ha estado consiguientemente muy clara, pero lo cierto es que la misma no se ha traducido en la creación propiamente dicha de un cuerpo de policía judicial dependiente de la autoridad judicial, lo que, como indica Zagrebelsky ⁽¹⁷⁰⁾, entre otras virtualidades, otorgaría a tal autoridad la posibilidad de dirigir una política propia en la represión penal.

No faltan, por supuesto, opiniones críticas frente a la diferenciación entre ambas policías (administrativa y judicial), como acontece con Gleizal ⁽¹⁷¹⁾, para quien la distinción entre una y otra es frágil en la medida en que la actividad policial tiene una profunda unidad y además, y sobre todo, porque la organización de la policía se halla unificada.

La Policía judicial, como cuerpo dependiente únicamente de las autoridades judiciales y fiscales y entregado en exclusiva a la labor investigadora de las infracciones penales, en rigor, nunca existió en España ⁽¹⁷²⁾.

(168) Maurice Hauriou: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8 ed., Recueil Sirey, París, 1914, pág. 517.

(169) Muy similares serían los posicionamientos de toda la doctrina. Valga al efecto con recordar, entre la doctrina italiana, a D. Ranalletti: “La polizia di sicurezza”, op.cit., págs. 284-285, y entre la española, a Vicente Santamaría de Paredes: *Curso de Derecho Administrativo*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, págs. 258 y 261.

(170) Vladimiro Zagrebelsky: “Magistratura e Polizia Giudiziaria”, en *Política del Diritto*, año 8, núm. 3, junio 1997, págs. 229 y sigs.; en concreto, pág. 249.

(171) Jean-Jacques Gleizal: “Le désordre policier”, op.cit., págs. 103-104.

(172) Cfr. al efecto, Emilio Llera Suárez - Bárcena: “La Policía Judicial: concepto y competencias”, en el colectivo, *Policía y Sociedad* (Dirección General de la Policía), Ministerio del Interior, Madrid, 1989, págs. 129 y sigs.

Han sido las Constituciones de nuestro tiempo las que han contemplado lo que es ya una conquista cultural plenamente consolidada en el orden teórico (173): que debe existir un sector de las Fuerzas de Seguridad incorporado a la Administración de Justicia y en relación directa de subordinación a los jueces, con objeto de llevar a cabo los trabajos de investigación y otros a que dé lugar la persecución de los actos delictivos.

A partir de esta concepción doctrinal y, sobre todo, de la determinación constitucional del art. 126, la Ley Orgánica 2/1986 completa el régimen regulador de la Policía judicial (ya, de una u otra forma, fragmentariamente acogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Estatuto del Ministerio Fiscal), sentando las bases para la organización de las Unidades de Policía encargadas del ejercicio de dicha función.

Se trata de una Policía especializada en la averiguación del delito y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Las Unidades orgánicas de Policía judicial podrán adscribirse, en todo o en parte, por el Ministerio del Interior, oído el Consejo General del Poder Judicial, a determinados Juzgados y Tribunales. De igual manera, podrán adscribirse al Ministerio Fiscal, oído el Fiscal General del Estado.

C. La administrativización de las Fuerzas policiales:

I. La conexión entre Policía y Administración es de todo punto innegable, y no ya porque la Administración haya de organizar un servicio en orden a satisfacer esa visión del Gobierno a que aludiera Posada (174), quien desde una perspectiva jurídica y desde luego dinámica, lo consideraría como un sistema de servicios exigidos, en Derecho, por las necesidades de la solidaridad social, hallándose entre esos servicios, indiscutiblemente, el de salvaguarda de la seguridad, sino, lisa y llanamente, porque el mantenimiento de la seguridad, por su propia naturaleza, es en realidad una función administrativa, estrictamente administrativa.

(173) Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Alvarez: *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 404.

(174) Adolfo Posada: *Tratado de Derecho Político*, tomo I, 5a. Ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pág. 508.

La policía, en cuanto actividad discrecional de prevención, ha tenido siempre, afirma Zanobini ⁽¹⁷⁵⁾, el carácter de una actividad administrativa; en sí mismo, no deja de ser un pleonasma calificarla como “policía administrativa” ⁽¹⁷⁶⁾.

Un rasgo verdaderamente determinante en la consolidación de la idea del Estado será, sin duda, el monopolio por el poder público del uso de la violencia legítima, monopolio que no siempre tuvo, y no sólo porque durante largo tiempo cada individuo provenía a su propia defensa, sino porque, posteriormente, la función policial, como recuerda Fernández de Velasco ⁽¹⁷⁷⁾, tendría carácter municipal. Ello acontecería en el momento en que las ciudades recobraron su prestigio e influencia, ejercitando los Municipios labores de justicia correccional o de policía.

El Estado constitucional culminará el proceso de centralización en el monopolio de la fuerza legítima, a cuyo efecto la Administración pública tendrá un notable protagonismo que ejercerá por intermedio de las fuerzas policiales.

II. Nuestra Norma suprema refleja muy patentemente esa visión, al ubicar la norma que establece el estatuto de la Policía en aquella parte del marco normativo del Título IV referente a la Administración. El entronque sistemático del art. 104 en ese bloque constitucional es harto significativo, y su desvinculación del art. 8 aún lo es más.

Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad son, por lo tanto, Administración civil y así lo ha corroborado el Tribunal Constitucional ⁽¹⁷⁸⁾.

(175) Guido Zanobini: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 5, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 17.

(176) Se ha hablado incluso de un “sistema de la Administración de la seguridad pública”, concepción que se justificaría en la idea de que la seguridad pública como estructura especial, compleja y subjetivizada no agota en sí el ámbito de las personas o de las estructuras a las que competen funciones en materia de orden y seguridad públicas. El sistema en cuestión se caracterizaría por una tendencia verticalidad, delineándose en forma piramidal. Marco di Raimondo: *Il sistema dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*. CEDAM, Padova, 1984, págs. 219-220.

(177) Recaredo Fernández de Velasco: “La noción de ‘policía’”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 150, Madrid, 1927, págs. 759 y sigs; en concreto, págs. 762-763.

(178) STC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 5. b/.

Junto a todo ello, el sustento funcional de los Cuerpos policiales, derivado de las específicas misiones que a ellos otorga la Constitución, configura a la policía como un verdadero servicio público. Esta configuración encierra notables consecuencias, entre ellas, la de que ya que las funciones deben condicionar y modelar la estructura (como el fin condiciona a los medios), la organización policial debe adecuarse a los objetivos que la Constitución le asigna, reflejando la jerarquía de valores de la misma, en el ámbito de los cuales la libertad ocupa una posición prevalente frente a sus limitaciones y la persona respecto del Estado.

Admitido que la policía es Administración civil, parece necesario poner de relieve que a aquélla le han de ser de aplicación los principios constitucionales relativos a la Administración pública ⁽¹⁷⁹⁾.

La Administración sirve con objetividad los intereses generales, como proclama el art. 103.1 de la Constitución. Pues bien, si la policía es un servicio público ordenado a la colectividad social y a los valores que la misma se ha dado, es evidente que esta idea servicial, que impregna constitucionalmente a la Administración Pública, la aparta, a la Administración como estructura y al personal a su servicio, de la consecución de móviles particulares ajenos al interés general. Y ello tiene una especialísima trascendencia en el caso de las Fuerzas policiales, pues a través de ellas la Administración hace un uso institucionalizado de la coacción jurídica.

En relación con un principio constitucional tan próximo como el de “imparcialidad de la Administración”, que la Constitución italiana proclama en su art. 97.1 -cuyo trasunto, en nuestra Norma superior, sería el deber de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones que pesa sobre todos los funcionarios públicos, y al que alude el art. 103.3 CE-, Volpi ⁽¹⁸⁰⁾ cree que, en su proyección sobre las fuerzas policiales, debe entenderse en el sentido de que la Policía no puede ser un instrumento de defensa de los privilegios de una clase, ni tan siquiera de la orientación o dirección política del Gobierno de turno, sino que debe enderezar su actuación a la tutela de los intereses de la colectividad y de sus miembros contra los ataques de la criminalidad. Por lo demás

(179) En igual sentido se pronuncia Javier Barcelona Llop: “Policía y Constitución”, op.cit., págs. 97 y sigs.

(180) Mauro Volpi: “Costituzione e polizia”, op.cit., pág. 98

añadiríamos nosotros, la Policía ha de operar como un elemento de integración social, no como un factor de disgregación, que es como lo vino haciendo en gran parte de nuestro reciente pasado.

Este interés legítimo de la Administración en su conjunto en servir con objetividad los intereses generales y de cada uno de los entes u órganos que la integren, en particular, en asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público, se traduce en el caso de la policía gubernativa (servicio cuya eficacia se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen por misión impedir) en que conductas de los funcionarios como ciudadanos, esto es, al margen de su función propia, que, tratándose de otro tipo de funcionarios no entrarían dentro del círculo de interés legítimo de la Administración, entren dentro de ese círculo cuando de funcionarios policiales se trata. Y así, a partir de este argumento, el Juez de la Constitución ⁽¹⁸¹⁾ considera que la irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración. Ello refleja que ese carácter servicial en pro de los intereses generales se traduce, entre otros aspectos, en unas específicas, y qué duda cabe que más rigurosas, exigencias para quienes integran estas Fuerzas de Seguridad.

Por otro lado, no queremos dejar de subrayar, en relación con la proyección del principio constitucional de eficacia sobre la actuación de estas fuerzas de la policía, que esa eficacia no lo ha de ser en ningún caso ni circunstancia a toda costa, cualquiera que fuese el precio a pagar por la misma; bien al contrario, esa eficacia se ha de buscar desde dentro de la legalidad, no en el límite de la misma, aunque sea el límite interior, pues se correrá el peligro de traspasar dicho límite. La Administración ha de atenerse en su actuación a este criterio de eficacia son sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como es doctrina constitucional harto reiterada ⁽¹⁸²⁾, lo que significa una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que haya de concretarse el logro de la eficacia.

(181) STC 234/1991, de 10 de diciembre, fund.jur. 2 .

(182) STC 22/1984, de 17 de febrero, fund. jur. 4 .

En cuanto al principio de jerarquía, es casi innecesario decir que en una estructura interna como la propia de la Policía este principio es casi connatural, presentándose con una notable intensidad. En todo caso, conviene precisar con la doctrina ⁽¹⁸³⁾ que el relieve del principio jerárquico no debe ser fruto de la sublimación del principio de jerarquía *per se*, sino, más exactamente, el resultado de una apreciación objetiva de la trascendencia de la jerarquía para la óptima consecución de los fines de la organización.

Finalmente, en lo que atañe a la coordinación, es tal su importancia en un modelo policial complejo con el nuestro, que la Ley Orgánica 2/1986 le dedica un título *ad hoc*: el Título IV, relativo a la colaboración y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, además de establecer alguna específica previsión en orden a la coordinación de las fuerzas y cuerpos de seguridad con las Policías locales, tal y como ya tuvimos oportunidad de señalar.

La Ley contempla un conjunto de órganos de coordinación con vistas a garantizar la coordinación entre las políticas de seguridad pública del Estado y de las Comunidades Autónomas, a cuyo efecto crea (art. 48.1) el llamado Consejo de Política de Seguridad.

III. Por mandato constitucional (art. 106.1 CE) los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

El referido precepto constitucional no ha definido cuáles deban ser los instrumentos procesales que hagan posible el control jurisdiccional, pero ello no obsta para afirmar que los mismos han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmutabilidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas.

A partir de aquí, es una evidencia, casi una obviedad, decir que toda la actividad policial ha de ser necesariamente susceptible de intervención judicial, y a ello no obsta en lo más mínimo la discrecionalidad de que ha de ser dotada ⁽¹⁸⁴⁾.

(183) Javier Barcelona Llop: "Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad", en *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo 1992, págs. 159 y sigs.; en concreto, pág. 161.

(184) En tal sentido, Charles Eisenmann: "*Cours de Droit Administratif*", 2, París, 1983, págs. 299 y sigs. cit. por Ernesto Pedraz Penalva: "Algunas reflexiones sobre Policía y Administración de Justicia", en el colectivo "*Policía y Sociedad*", op. cit., págs. 111-112.

Y es que, como la define García de Enterría ⁽¹⁸⁵⁾, la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (por ejemplo, de oportunidad) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.

Bien es verdad que el tema ha sido uno de los más debatidos en la doctrina jurídico-administrativa, hasta el punto de que Villar Palasí ⁽¹⁸⁶⁾ llegara a considerara la potestad discrecional como el verdadero caballo de Troya del Derecho Administrativo en un Estado de Derecho.

Esta discrecionalidad se presenta con matices más acusados en la actuación policial ⁽¹⁸⁷⁾. Aunque la potestad discrecional en modo alguno se ha de confundir con la arbitrariedad, por cuanto, como una vez más advierte Villar Palasí ⁽¹⁸⁸⁾, la potestad discrecional implica, necesariamente, una adecuación al principio de legalidad a través del: 1) ajuste a la ley; 2) ajuste a la finalidad de la potestad; 3) ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley, y 4) ajuste a los principios generales. Lo cierto, sin embargo, es que esa discrecionalidad no siempre se encauza a través de las postulados legales, propiciando en ocasiones tratos desiguales, cuando no discriminatorios y excesos de poder, de cuyos posibles perniciosos efectos nos dará idea el hecho de la utilización de armas por parte de los funcionarios.

Esta discrecionalidad tan presente en la actuación de las fuerzas policiales ha de ser controlado y, en su caso, establecidas las oportunas responsabilidades que dimane de una transgresión de sus límites.

(185) Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: "*Curso de Derecho Administrativo*"; I, Civitas, 4ta. Ed., reimpresión, Madrid, 1986, pág. 434.

(186) José Luis Villar Palasí: "*Apuntes de Derecho Administrativo*" (parte general), tomo I, Madrid, 1977, pág. 172.

(187) Cfr. al efecto, José María Rico: "El poder discrecional de la policía y su control", en la obra compilada por el propio autor, "*Policía y sociedad democrática*", op.cit., págs. 211 y sigs.; en especial, págs. 212-219.

(188) José Luis Villar Palasí: "*Apuntes de Derecho Administrativo*", (parte primera), tomo I, op.cit., pág. 175.

El Tribunal Supremo ha consagrado, en relación con este tema, la importante doctrina de que “el margen de libertad decisoria que la discrecionalidad significa ha de estar, en todo caso, condicionado por la norma general imperativa del cumplimiento de los fines de la Administración, al servicio del bien común y de respeto al ordenamiento jurídico” (189).

Es evidente que son múltiples los mecanismos de control de las conductas humanas. Rico, con buen criterio, ha puesto el acento en la importancia del control interno, esto es, del que la propia policía puede ejercer sobre sus miembros (190), pero es patente que en el cumplimiento de sus funciones los policías pueden incurrir en responsabilidad jurídica personal (penal normalmente). Y habrá que depurarla.

El control de toda actuación policial está, por lo general y al margen ya de los otros mecanismos de control antes apuntados, diferido preeminentemente a la jurisdicción penal, siendo absolutamente consecuente con los fundamentos de nuestro sistema constitucional, como bien señala la doctrina (191), que toda actuación policial con incidencia sobre la esfera jurídica de terceros haya de ser objeto de una investigación penal a fin de precisar si esa incidencia se ha producido de manera legítima, esto es, con sujeción a lo que el ordenamiento jurídico dispone y, en particular, a los principios básicos de actuación contenidos en el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986. Concluyamos. No empece dicho control jurisdiccional el reconocimiento de una potestad discrecional, sino que, contrariamente, la confirma.

IV. El art. 106.2 de nuestra *Lex superior* consagra el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, al reconocer a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor y siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Posiblemente sea en el campo de la coacción directa donde, como dice Carro (192), más ha costado la plena conquista de este principio (193).

(189) STS de 12 de marzo de 1984 (Sala Cuarta). Aranzadi, marginal núm. 1400.

(190) José María Rico: “El poder discrecional de la policía...”, op.cit., págs. 220-223.

(191) Javier Barcelona Llop: “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, op. cit., pág. 100.

(192) José Luis Carro Fernández - Valmayor: “Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. II, enero-diciembre 1983, págs. 1171 y sigs.; en concreto, pág. 1172.

Es sabido que casi en su totalidad, el siglo XIX estuvo dominado por la idea de la radical incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y de responsabilidad, lo que entrañaba que una responsabilidad de los perjuicios causados sólo podía imponerse al Estado en virtud de normas muy específicas. En la actividad administrativa policial este rasgo se iba a acentuar extraordinariamente. Quizá, como dice Gleizal ⁽¹⁹⁴⁾, porque el ejercicio de los poderes de policía se vincula mucho más estrechamente que la mayoría de las restantes actividades administrativas a esa mística de la soberanía del Estado. Por otro lado, con frecuencia se acudía a la consideración de que la policía era llamada a actuar en condiciones particularmente dificultosas, con lo que los servicios policiales no podían ver enervada su actuación con ocasión de futuros recursos judiciales.

Pisier - Kouchner, en un meticuloso estudio ⁽¹⁹⁵⁾, ha demostrado cómo, en Francia, el principio de responsabilidad objetiva del Estado por el funcionamiento de los servicios policiales no fue admitido sino a principios de siglo para la policía administrativa y apenas en 1952 para la policía judicial.

Durante largos años, el dogma de la infalibilidad del poder público condujo a la jurisdicción administrativa a rechazar indemnizar a las víctimas de las medidas u operaciones policiales. La tesis de la irresponsabilidad del Estado-poder público fue abandonado en 1905 con ocasión de la famosa Sentencia *Tomaso-Grecco* ⁽¹⁹⁶⁾.

Pero es que, además, no toda falta cometida por la policía iba a desencadenar esta responsabilidad objetiva del Estado. La jurisprudencia atendería al grado de gravedad, decidiendo que por ciertas actividades, la

(193) Javier Barcelona Llop (en "Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales", en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 333 y sigs.; en concreto, pág. 335) significa que hasta 1978, en el Tribunal Supremo, sólo se encuentran tres Sentencias en las que se analiza la responsabilidad derivada de los daños producidos a raíz de servicios policiales.

(194) Jean - Jacques Gleizal: "La police nationale", op.cit., pág. 256

(195) Evelyne Pisier-Kouchner: "*La responsabilité de la police*", Presses Universitaires de France, Paris, 1972, pág. 8.

(196) Arret Tomaso-Grecco, 10 février 1905.

responsabilidad estatal no podía ser comprometida. A partir de la Sentencia *Tomaso-Grecco*, comenzaría a admitirse esa responsabilidad aunque sólo por faltas graves ⁽¹⁹⁷⁾.

Como constata Ardant ⁽¹⁹⁸⁾, en muchos casos, la exigencia de una falta grave para que se desencadenara la responsabilidad estatal, aseguraba la impunidad de los atentados contra la libertad individual. Ante esta situación, el Consejo de Estado introdujo un importante correctivo a ese principio jurisprudencia de la “exigencia de falta grave”. En efecto, desde 1949, siguiendo la opinión del Comisario del Gobierno Sr. Barbet, que había significado el cada vez más frecuente uso de sus armas reglamentarias que se ven obligados a hacer los responsables del mantenimiento del orden, el Consejo de Estado entendió que cuando el daño proviene del uso por la policía de armas y otros artefactos que comportan riesgos excepcionales para las personas y sus bienes, la responsabilidad del poder público podía ser comprometida aún sin la comisión de falta alguna ⁽¹⁹⁹⁾.

De España, quizá solo añadir que las limitaciones del sistema de responsabilidad administrativa anterior al instaurado a partir de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 excluían prácticamente una indemnización por daños causados por la actuación policial.

Una primera jurisprudencia (STS de 20 de enero de 1892) que propició una interpretación progresiva del art. 1.902 del Código Civil, en el sentido de afirmar una responsabilidad del Estado por actos propios cuando actuase a través de funcionarios, como recuerda Carro ⁽²⁰⁰⁾, pudo cambiar notablemente las cosas, pero dicha jurisprudencia no fue seguida.

Entre la doctrina, quizá habría que recordar a Fernández de Velasco ⁽²⁰¹⁾, quien reivindicaría entre nosotros que toda extralimitación policial fuera

(197) Evelyne Pisier-Kouchner: “La responsabilité...”, op.cit., págs. 35-36.

(198) Philippe Ardant: “*La responsabilité de la fonction juridictionnelle*”, LGDJ, París, 1956, pág. 254.

(199) Evelyne Pisier-Kouchner: “La responsabilité...”, op.cit., págs. 52-53.

(200) José Luis Carro Fernández - Valmayor: “Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa”, op.cit., pág. 1186.

(201) Recaredo Fernández de Velasco: “La noción de ‘policía’”, op. cit., pág. 770.

seguida de la debida responsabilidad, bien que tampoco esta voz aislada tuviera éxito alguno.

Hoy, desde luego, no cabe la más mínima duda de que los daños generados con ocasión de las actuaciones policiales dan lugar a una responsabilidad patrimonial de la Administración. Por si algún resquicio de duda pudiese haber, el art. 5. 6 de la Ley Orgánica 2/1986, que contempla entre los principios básicos de actuación de las fuerzas policiales, el de responsabilidad, tras establecer la responsabilidad personal y directa por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo los miembros de las fuerzas de Seguridad, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias, dispone que esa responsabilidad se exigirá “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas” (202)

D. El peculiar régimen estatutario de los miembros de estas Fuerzas:

I. El art. 104.2 contempla como uno de los contenidos inexcusables de la ley orgánica a la que se remite, los estatutos de las Fuerzas de Seguridad. Basta esa simple referencia constitucional para que haya de entenderse que, a través de ella, el constituyente está manifestando su opción en pro de un estatuto jurídico diferenciado para los funcionarios policiales (203).

El Tribunal Constitucional ha concretado, con cierta precisión, lo que ha de entenderse por “régimen estatutario”. Aunque se trata de un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*, cree el Tribunal que ha de considerarse comprendido en dicho régimen, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionarios, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones en que ésta pueda darse, a los derechos, deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinarios, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas (204).

(202) Ya el art. 149. 18 CE atribuye al estado la competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Ello, como toda la doctrina destacó, entrañaba la existencia de un régimen unitario en lo relativo al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de las que, como es lógico, podían depender fuerzas policiales.

(203) Así lo ratificaría el Juez de la Constitución en el ATC 66/1987, de 21 de enero, fund.jur. único.

(204) STC 99/1987, de 11 de junio, fund.jur. 3 c/.

Las peculiaridades del régimen estatutario de los funcionarios policiales deriva, básicamente, de las trascendentes funciones que han de cumplir para la colectividad social. El eficaz cumplimiento de las mismas requiere de una estructura organizativa jerarquizada que coadyuva asimismo a dotar a este régimen de determinadas particularidades.

Ya hemos tenido oportunidad de ver que dentro de los Cuerpos policiales, la Guardia Civil, por su naturaleza militar, se rige por un estatuto bien diferenciado del de los restantes Cuerpos, que son los que ahora van a ocupar nuestra atención. Estos, aún con un régimen estatutario que ofrece ciertas modulaciones respecto del estatuto común de los restantes funciones públicos, han de regirse, sin embargo, en lo sustancia, por las reglas comunes de los funcionarios civiles. Esa debe ser la regla general.

II. En el Derecho comparado, es común la existencia de estatutos jurídicos particulares para quienes integran las Fuerzas de policía, con apoyo, en algunos casos incluso en las previsiones de la propia Norma suprema.

Este es el caso de la Constitución italiana, cuyo art. 98, en su tercer párrafo, dispone que se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para, entre otros, los funcionarios y agentes de policía. Mientras, el art. 39, al contemplar el derecho a la libertad sindical, no prevé ninguna limitación específica para los funcionarios policiales, como tampoco lo hace el art. 40, que reconoce el derecho de huelga, para remitirse de inmediato a las leyes que lo regulen, que serán las que concreten el modo de su ejercicio.

Existe un cierto acuerdo doctrinal⁽²⁰⁵⁾ en el sentido de entender que el art. 39 de la Constitución transalpina impide sacrificar la libre asociación sindical respecto de cualquier colectivo laboral, incluso el de los policías⁽²⁰⁶⁾.

Y en cuanto al art. 98, la proyección de la prohibición de inscripción en partidos hacia el ámbito sindical se entiende que sería del todo arbitraria. La previsión del art. 98 debe ser interpretada en clave positiva, como sugiere Corso⁽²⁰⁷⁾; con ello se pretendería reforzar el deber de imparcialidad que incumbe a todos los funcionarios públicos, deber que, en el caso de los funcionarios policiales,

(205) Mauro Volpi: "costituzione e polizia", op.cit., págs. 99-100, Asimismo, Guido Corso: "L'ordine pubblico", op.cit., pág. 61.

(206) Para Ghera, removido el obstáculo de la militarización, se puede apreciar que hay vía libre a la sindicalización. Edoardo Ghera: "Libertá sindacale...", op.cit., pág. 667

(207) Guido Corso; "L'ordine pubblico", op.cit., pág. 61.

hace inexcusable la prohibición de uso partidista de la profesión. Ello respondería al modelo de “policía imparcial” que no puede ser utilizado con fines particulares, sino tan sólo en funciones de defensa institucional.

Por lo que al derecho de huelga se refiere, la Ley núm. 121, de 1981, lo ha excluído taxativamente para quienes pertenezcan a las Fuerzas de Seguridad, prohibiendo no sólo el ejercicio del derecho, sino también todo tipo de acciones sustitutivas del mismo.

En Francia, el agente de la fuerza pública, sea policía o gendarme, aparece ante todo como un agente del poder ejecutivo dotado de un estatuto bien distinto según se trate de miembros de la Gendarmería o de agentes de la Policía Nacional. Ya tuvimos oportunidad de señalar que los gendarmes, a todos los efectos, son militares y gozan, pues, de idéntico estatuto que los miembros de las Fuerzas Armadas.

De conformidad con la Ley núm. 48, de 28 de septiembre de 1948, relativa al estatuto especial del personal de la policía, los funcionarios policiales constituyen una categoría especial de la función pública en razón al carácter particular de sus funciones y de las responsabilidades excepcionales que asumen. Destaquemos tan sólo la importancia del sindicalismo policial, de la que constituye buena prueba el hecho, constatado por Gleizal⁽²⁰⁸⁾, de que los policías se hallen sindicados en torno a un 70 por 100 de sus efectivos globales. De otro lado, también debe señalarse que los policías se hallan sujetos a un régimen disciplinario que presenta menos garantías que el de los restantes servidores públicos. Y además, desde 1948 les está vedado el ejercicio del derecho de huelga. No deja de sorprender la argumentación con que Gleizal cree impensable la huelga de los cuerpos policiales: “La grève de la police est impensable parce que les policiers n’assurent pas simplement un service public. Ils maintiennent l’ordre et, dans cette mesure, mettent en jeu la conservation de la société et du pouvoir”⁽²⁰⁹⁾.

(208) Jean-Jacques Gleizal: “Le désordre policier”, op.cit., pág. 95.

(209) Ibidem, pág. 94

III. La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el aspecto estatutario, según se afirma en su Preámbulo, configura una organización policial, basada en criterios de profesionalidad y eficacia, a cuyo efecto atribuye una especial importancia a la formación permanente de los funcionarios y a su promoción profesional.

La norma legal regula la práctica totalidad de los aspectos esenciales, integrantes de su estatuto personal (promoción profesional, régimen de trabajo, sindicación, incompatibilidades y responsabilidad), procurando mantener el necesario equilibrio, entre el reconocimiento y respeto de los derechos personales y profesionales y las obligadas limitaciones a que ha de someterse el ejercicio de algunos de dichos derechos, en razón de las especiales características de la función policial.

La ordenación legal es de aplicación a todas las fuerzas policiales, independientemente de que sean estatales, autonómicas o locales, circunstancia que, a nuestro juicio, tiene su pleno sustento constitucional en la interpretación entrelazada de los apartados 29 y 18 del art. 149.1, lo que da una buena idea de la relevancia que el legislador estatal ha querido otorgar a estas normas estatutarias comunes, trascendencia que aún se acentúa más si se tiene en cuenta que, como ya hemos señalado en otro momento, las únicas normas de aplicación universal a todas las fuerzas policiales son las referentes a los principales básicos de actuación del art. 5 de la Ley y a las disposiciones estatutarias comunes de los artículos 6, 7 y 8.

Varias son las disposiciones estatutarias comunes sobre las que vamos a continuación a detenernos:

a. El deber que el art. 6.3 impone a los miembros de todas las Fuerzas de Seguridad, de jurar o prometer acatamiento a la Constitución como norma fundamental del Estado, deber que no se configura como un mero trámite o formalismo, sino como un requisito esencial, constitutivo de la condición policial y al mismo tiempo símbolo o emblema de su alta misión, que como tantas veces hemos repetido, está en la base de la misma constitucionalización de las Fuerzas policiales.

b. La interdicción en todo caso del ejercicio del derecho de huelga, o de cualquier acción sustitutiva del mismo o concertada con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios. Nuestro legislador sigue aquí casi al pie de la letra la fórmula legal acuñada en Italia, en la ya citada ley núm. 121, de 1981.

Esta privación del derecho de huelga a los policías se justifica en el Preámbulo de la Ley en aras de los intereses preeminentes que corresponde

proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción. Partiendo de que el art. 28.2 de la Constitución no excluye de su campo de aplicación a los funcionarios públicos, el legislador contempla (y a la par justifica) la interdicción del ejercicio de este derecho como una necesidad dinamante del mantenimiento de servicios esenciales de la comunidad, comprendiendo la noción de “servicios esenciales” en atención a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, considerando por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos ⁽²¹⁰⁾. Desde esta óptica, no cabría duda de la esencialidad del servicio público que prestan las fuerzas policiales.

c. La ley no procede, dentro de estas disposiciones comunes, a regular el régimen disciplinario (bien que lo haga en detalle más adelante en relación a la policía, esto es, el Cuerpo Nacional de Policía), limitándose a señalar (art. 6 .9) que dicho régimen, sin perjuicio de la observancia de las debidas garantías, estará inspirado en unos principios acordes con la misión fundamental que la Constitución les atribuye y con la estructura y organización jerarquizada y disciplinada propias de los mismos. En cuanto a las garantías, es doctrina constitucional reiterada que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador ⁽²¹¹⁾, lo que no debe entenderse en el sentido de que sea posible trasladar en bloque y sin matiz alguno garantías constitucionales extraídas del orden penal al orden disciplinario.

d. En el ejercicio de sus funciones, la ley considera (art. 7 .1) a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como agentes de la autoridad, esto es, funcionarios en cuya tarea cotidiana es esencial la idea de ejecutoriedad, esto es, ejecución material de los actos y decisiones adoptadas por la autoridad administrativa. Ello no obstante, a los efectos de una mayor protección penal, cuando se atente contra los agentes poniendo en peligro grave su integridad física, tendrán la consideración de autoridad, lo que entraña una sanción superior para el autor o autores del delito.

e. Sometimiento al fuero ordinario, siendo, pues, la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de

(210) STC 148/1993, de 19 de abril, fund. jur. 5

(211) Véase por todas, STC 246/1991, de 19 de diciembre, fund. jur. 2 .

sus funciones (art. 8, 1) ⁽²¹²⁾. La ley exceptúa de esta regla general los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar, supuestos que, como hemos visto, se circunscriben a la Guardia Civil.

Ello no obstante, conviene recordar que en su redacción inicial, la ley incluía en el art. 8.1 un segundo párrafo que establecía una suerte de “fuero policial”. En su esencial, atribuía la competencia para seguir la instrucción y ordenar, en su caso, el procesamiento de los miembros de las Fuerzas de Seguridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones a la Audiencia correspondiente. Este párrafo sería declarado inconstitucional, y por tanto, nulo, por el Juez de la Constitución en su Sentencia 55/1990.

Parte el Alto Tribunal ⁽²¹³⁾ de la idea de que un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones. Es por ello por lo que la protección de los medios de actuación de las fuerzas de la policía no puede suponer un sacrificio de bienes y derechos constitucionales y del propio respeto del Estado de Derecho, ni una limitación efectiva de la posibilidad de verificar judicialmente los abusos o extralimitaciones, por excepcionales que puedan ser, en que eventualmente incurran los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

A partir de esta reflexión básica, entiende el Tribunal que la diferencia de trato que ese supuesto “fuero policial” entraña sólo será aceptable “en la medida en que no ponga en peligro, sino, al contrario, asegure la necesaria conexión de la actuación policial con los valores, principios y derechos constitucionales”. Ello significa que ese llamado “filtro de protección” inicialmente contemplado por la ley sólo sería constitucionalmente legítimo si no supusiera una dificultad o traba para el justiciable, víctima de la eventual extralimitación judicial, o para la acción pública de manera que pueda entenderse como una medida necesaria “en una sociedad democrática” fundada en una necesidad social imperiosa y proporcionada al fin legítimo perseguido, que ha de ser considerado también a la luz del art. 104.1.

La consecuencia de esta argumentación es la ya antes adelantada: el Tribunal considerará que el párrafo en cuestión es inconstitucional, por contrario

(212) En sintonía con ello, el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que queda fuera del “ámbito estrictamente castrense” a que se refiere el art. 117.5 de la Constitución la revisión en sede judicial de sanciones administrativas impuestas en el seno de organizaciones específicamente excluidas por la Ley de las Fuerzas Armadas. Y añade el Tribunal que el hecho de que se haya recurrido, para fijar el régimen disciplinario de las Fuerzas de Policía, a una remisión a las disposiciones del Código de Justicia Militar para regular las faltas, sanciones y procedimiento disciplinario, no tiene por qué suponer una extensión del alcance de la jurisdicción militar a ámbitos que, por ministerio de la ley, son considerados no específicamente castrenses de forma expresa, como son las fuerzas de Policía. STC 93/1986, de 7 de julio, fund. jur. 8.

(213) STC 55/1990, de 18 de marzo, fund. jur. 5.

al derecho a un Juez imparcial, en cuanto que asigna a un mismo órgano judicial la instrucción, procesamiento, conocimiento y fallo de este tipo de delitos.

La doctrina constitucional expuesta es perfectamente suscribible y de modo muy especial en sus reflexiones más generales. Como ha dicho Volpi (214), “strettamente collegato al principio della democraticità é quello della responsabilità degli agenti, ufficiali e funzionari di polizia”.

Y desde esa misma doctrina general, cobra pleno sentido un fallo de la “Corte Costituzionale” italiana (Sentencia núm. 94, de 1963), que en cierto modo aborda un problema de fondo muy similar, aunque no sea idéntico procesalmente, al tratado por nuestro Tribunal Constitucional en la referida Sentencia 55/1990. En el citado fallo, la Corte italiana declararíala inconstitucionalidad de una norma del Código de Procedimiento Penal, que requería de la autorización del Ministro de Justicia para proceder contra los oficiales o agentes de la seguridad pública o de la policía judicial o contra los militares en servicios de seguridad pública, por hechos cometidos en servicio y relativos al uso de las armas o de otros medios de coacción física.

IV. La ley Orgánica 2/1986, dentro del título que regula de modo específico las Fuerzas de Seguridad del Estado (Título II), dedica un capítulo (el cuarto) a la Policía. En sus cuatro secciones (artículos 16 a 28) el legislador sienta los trazos maestros del régimen estatutario del Cuerpo Nacional de Policía, abordando, sucesivamente, su estructura, organización y sistema de acceso; los derechos de representación colectiva; el Consejo de Policía, órgano que viene a conformar como un cauce de expresión, mediación y solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales, tanto más necesario cuanto que la Ley veda el ejercicio del derecho de huelga, y finalmente, el régimen disciplinario de los policías. Nos detendremos en algún aspecto particular.

A) El art. 18 de la Ley reconoce a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía el derecho a constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional para la defensa de sus intereses profesionales, así como el de afiliarse a las mismas y a participar activamente en ellas en los términos previstos por la propia ley.

(214) Mauro Volpi: “Costituzione e polizia”, op.cit., pág. 98

Un amplio sector doctrinal se ha inclinado en pro del reconocimiento sin trabas del derecho de sindicación para los policías. Años antes de la aprobación de la ley que venimos comentando, Ballbé⁽²¹⁵⁾ reivindicaba para la profesión policial el reconocimiento del derecho de sindicación como una medida indispensable para romper el esquema del “cuerpo separado” de la sociedad. Ya vigente la Ley Orgánica 2/1986, Barcelona⁽²¹⁶⁾ consideraba que las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación por los miembros del cuerpo Nacional de Policía han de ser sustancialmente las mismas que penden sobre el de los demás cuerpos integrados en el sistema español de pensión pública. Sin embargo, la ley ha optado por lo que la doctrina⁽²¹⁷⁾ ha denominado un modelo “segregacionista” de la libertad sindical de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía respecto del resto de los funcionarios públicos.

La Ley establece además (art. 19) un conjunto de límites sobre el ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía: respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas; crédito y prestigio de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y garantía del secreto profesional. Constituirán asimismo límite, en la medida que puedan ser vulnerados por el ejercicio del derecho, los principios básicos de actuación del art. 5 de la ley.

El Tribunal constitucional, en reiterada jurisprudencia⁽²¹⁸⁾, ha certificado la licitud constitucional de esas limitaciones al ejercicio de la libertad sindical, que se justifican por las especiales características de la función policial y por su carácter de Instituto armado.

Conviene recordar en cualquier caso que, como el propio Tribunal ha tenido ocasión de decir⁽²¹⁹⁾, precisamente en relación con el ejercicio del derecho

(215) Manuel Ballbé: “La policía y la constitución”, op.cit., pág. 95.

(216) Javier Barcelona Llop: “El régimen jurídico de la policía de seguridad”, op.cit. pág. 198

(217) Marcos M. Fernando Pablo: “Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 18, mayo-agosto 1987, págs.25 y sigs.; en concreto, pág. 61.

(218) SSTC 85/1995, de 6 de junio, fund. jur. 5 ; 127/1995, de 25 de julio, fund. jur. 3 , y entre otras, 17/1996, de 7 de febrero, fund. jur. 4 .

(219) STC 273/1994, de 17 de octubre, fund. jur. 4 .

a la libertad sindical de los miembros de la Policía Local, “limitar” la libertad sindical no es excepcionarla, por lo que tal libertad debe contar con una zona de existencia posible en que pueda ser reconocida, lo que presupone, a su vez, la existencia de ciertos contenidos -por mínimos que éstos sean- en que sustentarse aquella libertad, y entre tales contenidos mínimos, la libertad sindical no se circunscribe tan sólo a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales, sino que, además, también alcanza a lo que genéricamente se conoce como acción sindical, dentro de la cual debe situarse el derecho de información y la posibilidad de adoptar medidas de presión sindical siempre que, obviamente, no excedan los límites legalmente establecidos.

B) Un derecho importante *per se* y también en orden a canalizar la libertad de acción sindical es el derecho a la libertad de expresión. También en relación con él, el Juez de la Constitución ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones, fijando una doctrina muy retirada.

A su juicio ⁽²²⁰⁾, las altas misiones que el art. 104.1 atribuye a los miembros de las Fuerzas de Seguridad se pondrían en peligro si se considerasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión aquellas críticas que fueran vertidas por los mismos sin la necesaria medida para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la Institución. Esos límites específicos no excluyen, como ha dicho en otro momento el Tribunal ⁽²²¹⁾, toda libertad de crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos en defensa de sus derechos o intereses profesionales, sino únicamente aquella que fuese realizada sin la medida necesaria. Y esta doctrina no quiebra ni tan siquiera por la crítica vertida por los representantes sindicales en el ejercicio de su función sindical.

No conviene en ningún caso olvidar la fuerza expansiva de los derechos fundamentales que debe conducir de modo inexcusable a una interpretación restrictiva de los límites de aquéllos ⁽²²²⁾.

(220) STC 270/1994, de 17 de octubre, fund. jur. 4

(221) STC 69/1989, de 20 de abril, fund. jur. 2 .

(222) Recordemos que ya mucho antes de la existencia de la Ley Orgánica 2/1986, el Tribunal Supremo tenía oportunidad de afirmar que: “La normativa reguladora del régimen funcional del Cuerpo Superior de Policía (...) no puede ser interpretada de forma tan literal y desorbitada que anule o convierta en ineficaz la factibilidad del ejercicio de un derecho fundamental”. STS de 9 de julio de 1981 (Sala 4a. Cont. Admtvo), Aranzadi, marginal núm. 3462.

E. Los principios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

I. Por mandato constitucional, la Ley a que se refiere el art. 104.2 había de regular de modo específico los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, esto es, una suerte de código deontológico que había de abarcar tanto los enunciados que rigen la profesión como la conducta de quienes la ejercen.

La necesidad de dotar a la policía de un código moral es universalmente sentida. No en vano los organismos internacionales se han hecho eco de ello en diferentes oportunidades, como revelan la “Declaración sobre la Policía” adoptada el 8 de mayo de 1979 por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución núm. 690), y el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por Resolución 169/34, de 17 de diciembre del mismo año, por la Asamblea General de las Naciones Unidas - que ya en los años sesenta había intentado sin éxito preparar un código deontológico policial-, textos ⁽²²³⁾ que han sido considerados y atendidos por nuestro legislador para la elaboración de los principios básicos de actuación contemplados por la Ley, como se hace constar de modo expreso en su Preámbulo.

La dimensión ética ha adquirido, como bien dice Beristain ⁽²²⁴⁾, una resonancia especial en el mundo policial y en la opinión pública respecto a la policía. Y ello se está traduciendo en la elaboración de un conjunto codificado de reglas morales de conducta para la Institución.

Buen ejemplo de lo que acabamos de decir lo encontramos en Francia, en donde por Decreto núm. 86-592, de 18 de marzo de 1986 “portant Code de déontologie de la Police nationale”, se ha aprobado un código de esta naturaleza orientado, como afirma Thomas-Tual ⁽²²⁵⁾, a conferir una nueva imagen a la

(223) Cfr. al efecto, Antonio Beristain: “La institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 3, mayo-agosto 1982, págs. 57 y sigs. (en págs 84 a 100 se recogen los textos de ambas Declaraciones).

(224) *Ibidem*, pág. 59

(225) Béatrice Thomas - Tual: “Le Code de déontologie de la Police nationale: un texte passé inaperçu”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1991, núm. 5, septiembre-octubre 1991, págs. 1385 y sigs.; en concreto, pág. 1385.

Policía nacional: la de una policía respetuosa con las libertades reconocidas a los ciudadanos.

El Código francés traza un modelo de funcionamiento policial, según Thomas-Tual ⁽²²⁶⁾, no muy distante de la actitud, respecto de los ciudadanos, del “buen padre de familia” del derecho civil. Aunque el Código no lo indica de modo expreso, con carácter general, el funcionario no debe atentar al buen nombre de la Policía, tal y como ya había señalado el Consejo de Estado en su decisión “Ministre de l’Intérieur c.M. Occeli”, de 13 de junio de 1990.

II. Entre nosotros, el primer precedente de un conjunto de reglas de esta naturaleza lo hallamos en la Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE de 2 de octubre de 1981)⁽²²⁷⁾, norma que, con incumplimiento del principio de reserva material de ley del art. 104.2, abordaba cuestiones referentes no sólo a los principios básicos de actuación sino también al régimen estatutario de los policías, pese a lo cual y a sus “importantes deficiencias”, quizá no deba ser juzgada críticamente, como un sector de la doctrina, a quien ha de atribuirse la valoración inmediatamente anterior, ha hecho ⁽²²⁸⁾. Más bien, entendemos debiera considerársela de modo positivo, al suponer un serio intento, bien que de carácter provisional, hasta tanto se dictara la oportuna norma legal, como expresamente se reconcia en el breve texto que antecedia a su articulado, de reconducir las Fuerzas Policiales a los principios, valores y derechos del Código constitucional.

La Ley Orgánica 2/1986 establece los principios básicos de actuación como un verdadero código deontológico que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo, según se afirma en el Preámbulo, el respeto de la constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional,

(226) Ibidem, pág. 1399

(227) Puede verse asimismo el texto de esta Orden en Antonio Beristain: “La institución policial...”, op.cit., págs. 89-93.

(228) Javier Barcelona Llop: “Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales”, en el colectivo, “Policía y Seguridad: análisis jurídico-público”, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1990, págs. 45 y sigs.; en particular págs. 50-51.

el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función.

Este conjunto principal es elevado a la categoría de eje fundamental en torno al cual gira el desarrollo de las funciones policiales. Su existencia encuentra dos raíces diferenciadas: una, los propios principios constitucionales más generales, como el de legalidad o adecuación al ordenamiento jurídico, y otra, los rasgos estructurales propios de estos Cuerpos, que propician principios como los de jerarquía y subordinación.

De la trascendencia que se ha querido dotar a estos principios nos da idea un único dato: integran un precepto de la ley (el art. 5) que es de los muy escasos artículos que rige para todo tipo de fuerzas policiales, esto es, estatales, autonómicas o locales, como por lo demás ya hemos tenido oportunidad de indicar.

III. La Ley vertebra los diferentes principios deontológicos que acoge en seis grandes bloques a los que, de modo desde luego un tanto somero, nos referiremos a continuación.

A) El principio de adecuación al ordenamiento jurídico, que, entre otras manifestaciones, se traduce en: el ejercicio de la función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; la absoluta neutralidad política e imparcialidad que debe presidir el cumplimiento de sus funciones; una actuación íntegra y digna, con la astención y rechazo de todo tipo de corrupción; la sujeción en su actuación a los principios de jerarquía y subordinación, bien que, en ningún caso, la “obediencia debida” pueda amparar la ejecución de actos manifiestamente constitutivos de delito o contrarios a la Constitución o a las leyes, y la colaboración y auxilio con la Administración de Justicia.

El apartado d/ del art. 5 .1 contempla un tema de notable interés como es la sujeción en la actuación a los principios de jerarquía y subordinación, con la problemática que puede plantear en conexión con aquéllos el principio de “obediencia debida”. Como bien se ha dicho ⁽²²⁹⁾, se abre aquí un vasto campo

(229) Javier Barcelona Llop: “Una aproximación al principio de jerarquía...”, op. cit. pág. 179

en el que los aspectos penales adquieran una evidente notoriedad tanto desde el punto de vista de las causas de justificación como desde la propia tipificación del delito de desobediencia de los funcionarios públicos.

Es sin duda la problemática de la “obediencia debida” la más sugestiva, pues la misma no puede amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos delictivos o contrarios a la Constitución y a las leyes. En principio, hay que decir que la obediencia jerárquica se debe traducir en la ejecución leal de las órdenes por los agentes de la autoridad. Tradicionalmente, el personal policial se ha caracterizado casi universalmente por una de las obediencias jerárquicas más ciegas, como constata Thomas-Tual ⁽²³⁰⁾. Buen ejemplo de ello lo puede representar la fórmula utilizada en Francia por el Reglamento general de disciplina de los ejércitos del año 1933, que aunque ya derogado, es útil ahora recordar: “Les ordres sont exécutés littéralement, sans hésitations ni murmure. L'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise au subordonné que lorsqu'il a obéi”. Esta formulación del deber de obediencia, seguida por las fuerzas policiales, reflejaba de modo sensible el estado de espíritu de tales fuerzas hace poco más de medio siglo.

Hoy, también en Francia, el Código de Justicia Militar, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, prevé límites frente a este deber de obediencia, al igual que acontece en España en la norma legal equivalente. De esta forma, se admite un derecho a rechazar la orden dada cuando ésta sea manifiestamente ilegal o de tal naturaleza que comprometa gravemente el interés público. Como vemos, las similitudes actuales entre los ordenamientos democráticos son bien patentes.

Los límites de la obediencia debida presuponen, como es lógico, especialmente en los supuestos que susciten dudas razonables, la carga para el funcionario que ha de materializar la ejecución de la orden dada por su superior, de examinar el contenido de lo ordenado. Es claro que hoy no es de recibo exigir un “ciego acatamiento” a cualquier orden que se pueda recibir.

B) Los principios que han de regir las relaciones con la comunidad, que son, singularmente, los siguientes:

(230) Béatrice Thomas-Tual: “Le Code de Déontologie de la Police...”, op.cit., pág. 1402.

a/ Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. Cabe aquí recordar algo bien conocido pero no siempre seguido: que la discrecionalidad que asiste a los funcionarios policiales está bien lejos de poder equipararse a la arbitrariedad. “Nunca -ha dicho el Tribunal Supremo (231)- es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario”.

b/ Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, proporcionando en todas sus intervenciones información cumplida y tan amplia como sea posible sobre las causas y finalidad de las mismas.

c/ Actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

Ya en 1974, el Tribunal Supremo (232) tuvo oportunidad de sostener que el uso de la fuerza es necesario cuando no haya otro medio utilizable para conseguir los fines propuestos a los que sirve la autoridad. Por tanto, la fuerza ha de ser el medio ineludible, necesario e inexorable y proporcionado. Y en sintonía con esta doctrina, el mismo Tribunal, en 1980 (233), entendía como necesaria tan sólo aquella acción que fuera racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la función.

Si a este principio, que alude a la congruencia y a la proporcionalidad de la actuación, lo ponemos en conexión con el siguiente, que contempla el empleo de las armas como el último recurso, nos encontramos en presencia de la proporcionalidad *sensu stricto*, o prohibición del exceso, principio éste de la intervención mínima que, como se ha señalado (234), lo que pretende subrayar

(231) STS de 28 de mayo de 1980 (Sala 4a. cont. Admtvo), Aranzadi, marginal, núm. 2842.

(232) STS de 8 de marzo de 1974 (Sala 2a. Crim.), Aranzadi, marginal núm. 1243.

(233) STS de 20 de octubre de 1980 (Sala 2a. Crim.), Aranzadi, marginal núm. 3720.

(234) Iñaki Agirreazkenuaga: “La coacción administrativa directa”, op. cit., págs. 382-383.

es que entre múltiples y posibles medios o medidas, considerados previsiblemente adecuados para conseguir el resultado deseado, hay que optar por los que causen el menor daño o molesten lo menos posible a los destinatarios de las mismas en cuento individuos particulares, así como a la colectividad, principio que, en realidad, no es sino un trasunto del principio *favor libertatis* que ha de impregnar todo el ordenamiento jurídico.

d/ Utilizar armas tan sólo en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas otras circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Es obvia la enorme trascendencia del empleo de las armas y el no siempre fácil análisis objetivo de si se dan o no las circunstancias que hacen inexcusable dicho empleo. De ahí las dificultades jurídicas que el tema plantea.

En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha intentado desembrozar algo el problema, a cuyo efecto ha razonado como sigue ⁽²³⁵⁾; el uso de las armas sólo podrá ser medio para el cumplimiento de su función “siempre que sea necesario o racionalmente imprescindible para cumplir la función pública que tienen encomendada, y medio adecuado a las peculiaridades del caso concreto, de modo que cuando estos requisitos (necesidad y adecuación) concurren, los actos lesivos que del uso de la violencia pueden derivar quedan justificados por el cumplimiento del deber y libres de responsabilidad penal”.

C) Los principios que han de inspirar el tratamiento de los detenidos, especialmente: la necesidad de identificación de las fuerzas policiales en el momento de la detención; la vigilancia en favor de la vida e integridad física de las personas detenidas o que se encuentren bajo custodia, y el cumplimiento y observancia con la debida diligencia de las formalidades de todo orden jurídicamente exigidas cuando se proceda a la detención.

Si siempre y en todo momento la dignidad humana debe de ser respetada sin merma alguna, pues, en cuanto fuente de todos los derechos, es un valor absoluto ⁽²³⁶⁾, en momentos como los de la detención de la persona por las

(235) STS de 19 de diciembre de 1980 (Sala 2a. Crim.), Aranzadi, marginal núm. 4979.

(236) Cfr, al respeto Franciso Fernández Segado: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 49.79.

fuerzas policiales, el peligro de vulneración de la dignidad del detenido se acentúa y, consecuentemente, se hace más necesario que nunca una actitud sensible y respetuosa hacia la misma por parte de los funcionarios, que evite todo trato inhumano o degradante. Trato inhumano, a estos efectos, como se desprende de la doctrina constitucional ⁽²³⁷⁾, sería todo aquel que acaree un sufrimiento de especial intensidad, mientras que sería degradante el que provocara una humillación o sensación de envilecimiento.

D) Los principios de dedicación profesional, que se concretan en llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

E) El principio del secreto profesional, con arreglo al cual deben guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, no estando obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

F) Por último, el principio de responsabilidad, que supone que los funcionarios policiales sean responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas, a la que ya nos referimos con cierto detalle.

Como señala Gleizal ⁽²³⁸⁾, la responsabilidad de la Administración y de sus agentes ha ocupado siempre un lugar importante en el ordenamiento jurídico. Y esa responsabilidad es penal, disciplinaria y civil, a la que hará frente al infractor y subsidiariamente el Estado.

(237) STC 65/1986, de 22 de mayo, fund. jur. 4

(238) Jean - Jacques Gleizal: "La Police Nationale", op.cit., pág. 233.

6. LA DEPENDENCIA GUBERNAMENTAL DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD:

Ya a fines del pasado siglo el maestro Posada ⁽²³⁹⁾ constataba que la función de seguridad venía siendo atribuida universalmente a los Gobiernos. Y otro contemporáneo suyo, Santamaría de Paredes ⁽²⁴⁰⁾, reiteraba que la misión de ejecutar el Derecho confiere al poder ejecutivo, entre otras atribuciones, la de mantener de hecho el orden jurídico, ejerciendo la coacción en nombre del Estado y disponiendo, por tanto, de la policía de seguridad y de la fuerza armada.

Y si atendemos al Constitucionalismo histórico, habremos de recordar que ya el art. 170 de la Constitución de Cádiz, tras residenciar la potestad ejecutiva en el Rey, extendía la autoridad de éste “a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior”. Pero, en realidad, como precisaba Salas ⁽²⁴¹⁾, el poder ejecutivo debía residir en el Consejo de Ministros, y era el poder ejecutivo al que se le encomendaba todo lo administrativo del Estado.

No creemos necesario insistir más. Es un común denominador entre la doctrina clásica, y por supuesto actual, significar la dependencia del Ejecutivo o, con más precisión, del gobierno, de la Fuerza policial. Y es una constante de nuestro constitucionalismo atribuir al Ejecutivo la función de seguridad, de lo que dimana, como corolario lógico, la dependencia gubernamental de las Fuerzas llamadas a velar por esa seguridad pública.

No debe extrañar, pues, que el art. 104.1 prevea expresamente la dependencia del Gobierno de la Nación de aquellas Fuerzas policiales a que alude tal precepto, que no son otras sino las estatales, pues es evidente que las Policías autónomas y locales, constitucionalmente posibles, no dependen del Ejecutivo estatal.

Al Gobierno le corresponde, a la vista de nuestra Norma suprema (art. 97) el ejercicio de la función ejecutiva y la dirección de la Administración civil del Estado. El gobierno se presenta así como el órgano de cabecera de una

(239) Adolfo Posada: “Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 91, Madrid, 1897, págs. 270 y sigs.; en concreto, pág. 271.

(240) Vicente Santamaría de Paredes: “Curso de Derecho Administrativo”, op.cit., pág. 256

(241) Ramón Salas: “Lecciones de Derecho Público Constitucional”, CEC, Madrid, 1982, pág. 114.

estructura orgánica jerarquizada que es la Administración del Estado, y en cuanto titular de la función ejecutiva, decide acerca de la orientación y contenido que a ella debe darse, ejerciendo la dirección de la misma de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Bastaría con atender el art. 97 y a las reflexiones y consecuencias que de él dimanarían para llegar a la inmediata conclusión de que el Gobierno, en el desarrollo de las funciones constitucionales que le atribuye el art. 97, dispone, como bien se ha dicho ⁽²⁴²⁾, de una función de dirección política sobre la seguridad ciudadana, bien constitucional de enorme relevancia en la vida social, y a todo ello habría que añadir, a nuestro modo de ver, que en cuanto al Gobierno dirige la Administración civil (y también, innecesario es apuntarlo, la militar, que ahora no nos interesa) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se integran en esa Administración Civil, le están por entero subordinadas, dependiendo del Gobierno tanto la dirección de la política de seguridad como la dirección de los Cuerpos policiales.

Todas estas reflexiones conducen a poner de relieve la innecesidad de la específica alusión constitucional a la dependencia del Gobierno de la Nación de estas Fuerzas de Seguridad. Dicho de otro modo, aunque tal precisión no hubiese tenido acogida constitucional, la dependencia en cuestión habría existido. La dicción constitucional es, pues, casi redundante.

Sin embargo, quizá no sea inútil recordar que los intentos que en el debate constituyente se produjeron con vistas a la supresión de esta dicción o precisión del art. 104.1, no se justificaron, en la mayoría de los casos, en base a la innecesidad técnica de la referencia o a la conveniencia de una mayor economía gramatical que, por la apuntada redundancia, recomendaba prescindir de esta alusión. Bien al contrario, en tales intentos privó el deseo de evitar que esta determinación constitucional pudiera hipotecar o condicionar de alguna forma la existencia de Policías autónomas en algunas Comunidades cuya dependencia, lógicamente, no podía ser del Gobierno de la Nación. Posiblemente, ante tales deseos se lograra el objetivo radicalmente contrario: reafirmar a los parlamentarios (en especial los senadores) centristas, del partido de gobierno,

(242) Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell: “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, en *Revista de Estudios políticos*, núm. 87, enero-marzo 1995, págs. 141 y sigs.; en concreto, pág. 154.

en la conveniencia de mantener esta cláusula de dependencia del Gobierno de la Nación de las Fuerzas de Seguridad.

Garrido Falla⁽²⁴³⁾ ha vinculado esta mención al Gobierno a la necesidad de dejar inequívocamente claro que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no tienen ninguna capacidad decisoria autónoma (por ejemplo, capacidad de apreciar la gravedad de las circunstancias desencadenantes de un estado excepcional). No podemos en absoluto estar de acuerdo con esta interpretación. En primer término, porque choca frontalmente con un Estado democrático de Derecho el que exista un “poder policial” con una cierta capacidad decisoria autónoma frente al Ejecutivo. En consecuencia, no era necesaria la mención al Gobierno para desechar todo resquicio de “poder policial”. Y en segundo término, los argumentos antes expuestos revelan, como creemos haber demostrado, que la dependencia gubernamental existiría en idénticos términos aunque no se previera por el art. 104.1, simplemente sobre la base de una interpretación sistemática de la Norma suprema.

Y a mayor abundamiento, el soporte funcional de los cuerpos policiales, que encuentra su última *ratio* en las importantes misiones que el art. 104.1 les asigna, como venimos exponiendo reiteradamente, configura a la Policía como un servicio público orientado a la salvaguarda de los derechos constitucionales y de la seguridad pública, lo que desencadena como consecuencia lógica y a la par necesaria su plena subordinación respecto del Gobierno de la Nación.

Por lo demás, como se dijo en Italia al comentar la Ley núm. 121, de 1 de abril de 1981, “Nuevo ordinamento dell’Amministrazione della pubblica sicurezza”⁽²⁴⁴⁾, la finalidad de atemperar la eficacia policial con la democratización de la gestión de la seguridad ciudadana, objetivo perseguido por el legislador transalpino, encuentra uno de sus principios en la reafirmación de la dependencia gubernamental de la Policía, destacando y subrayando (es decir jerarquizando) el rol básico que en ese esquema desempeña el Ministro del Interior. Y como es lógico, a todo ello creemos habría que añadir un dinámico control parlamentario.

(243) Fernando Garrido Falla: “Comentario al artículo 104”, op.cit., pág. 1449

(244) Marco di Raimondo: “*Il sistema dell’Amministrazione della pubblica sicurezza*”, CEDAM, Padova, 1984, págs. 216-217.

En definitiva, por cuanto hasta aquí se ha expuesto nos parece bien positiva esta afirmación constitucional la de dependencia del Gobierno de la Nación de las Fuerzas de Seguridad (obviamente estatales).

Y una última precisión muy breve por cuanto ya aludimos a esta cuestión. La cláusula comentada no presupone que el ejecutivo monopolice la coacción, la violencia legítima. El art. 126 otorga una cierta participación en la misma al Poder Judicial, en cuanto que la Policía Judicial se hace depender de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Y la constitución ha de ser armónicamente interpretada.

7. LA DETERMINACION CONSTITUCIONAL DE LAS MISIONES POLICIALES

I. En 1980, en un conferencia pronunciada con ocasión de un Curso Internacional de Criminología y relativa a las funciones policiales, André Bossard⁽²⁴⁵⁾ iniciaba su intervención con la siguiente reflexión: “Intentar una definición de la función policial a nivel internacional puede parecer una empresa pretenciosa. Sin embargo, cuando examinamos minuciosamente las funciones ejercidas en diversos países por diferentes servicios de policía, cualquiera que sea la administración de que estos últimos depende, quedamos sorprendidos por su carácter extremadamente variado, por no decir heteróclito. Tenemos la impresión de encontrarnos ante un traje de arlequín”.

Esta apreciación contrasta de modo notable con la existencia durante mucho tiempo de un común denominador doctrinal que, simplificando al extremo, circunscribía las funciones policiales al mantenimiento del orden público. Buen ejemplo de ello nos lo ofrece Gleizal⁽²⁴⁶⁾, para quien “les forces de police ont pour fonction la réalisation matérielle de l’ordre public”, para, más adelante⁽²⁴⁷⁾, precisar que es “l’action du maintien de l’ordre sur la voie publique” la más significativa actuación policial.

(245) André Bossard: “Police et fonction”, en *Revue Internationale de Police Criminelle*, núm. 364, marzo 1981, págs. 84 y sigs. Puede verse su traducción al español bajo el título “Las funciones policiales”, en José María Rico (comp.), *“Policía y sociedad democrática”*, op.cit., págs. 99 y sigs.; en concreto, pág. 99.

(246) Jean-Jacques Gleizal: “La Police Nationale”, op.cit. pág. 28.

(247) Ibidem, pág. 92

No es ésta una posición aislada. Bien al contrario, se nos presenta como muy extendida. Algunos ejemplos dispares lo pueden corroborar. En 1927, entre nosotros, Fernández de Velasco ⁽²⁴⁸⁾ recordaba que la doctrina germana dominante (Stein, Seydel y Otto Mayer, entre otros) entendían como función de la policía la defensa coactiva de personas y sociedad contra toda alteración del orden público. Y en Italia, Sandulli ⁽²⁴⁹⁾ circunscribe la función policial al mantenimiento del orden y de la seguridad, conceptos a los que Virga ⁽²⁵⁰⁾ añade el de las buenas costumbres. Y Zanobini llegará a establecer una verdadera hipótesis entre policía y orden público al afirmar que “la conservazione dell’ordine pubblico prende anche il nome di ‘polizia’ in senso lato” ⁽²⁵¹⁾.

Bien es verdad que no faltan precedentes doctrinales alineados con esa visión profundamente amplia de las funciones a desempeñar por las fuerzas policiales. Es el caso, bien destacado además, del maestro Posada ⁽²⁵²⁾, quien cree que lo más acorde con el carácter ético del orden político es entender que el fin capital de la policía de seguridad es cooperar a la realización del ideal de concordia y de paz y de bienestar que el Estado representa.

Lo cierto es que la policía se ha configurado no sólo por intermedio del diseño abstracto del legislador, sino también a través de la praxis de sus actuaciones. Y el devenir del tiempo ha ido imponiendo funciones bien dispares a veces. Bossard ⁽²⁵³⁾, en un somero inventario de las acciones ejercidas por los servicios policiales, enumera cinco grandes categorías: lucha contra la criminalidad; acción puramente administrativa; información a la autoridad (en casi todos los países existe al menos una rama policial que representa “los ojos y los oídos del gobierno”); mantenimiento del orden y primeros socorros ⁽²⁵⁴⁾.

La realidad quizá venga dada por el hecho de que la progresiva minoración de los conflictos sociales en estos lustros postreros de siglo, por lo

(248) Recaredo Fernández de Velasco: “La noción de ‘policía’”, op.cit., pág. 765.

(249) Aldo M. Sandulli: “*Manuale di Diritto Amministrativo*”, 10a ed., Caca Editrice Eugenio Jovene, Napoli. 1969, pág. 583.

(250) Pietro Virga: “*Diritto Amministrativo*”, vol. 4, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 329.

(251) Guido Zanobini: “*Corso di Diritto Amministrativo*”, op. cit., págs. 14-15.

(252) Adolfo Posada: “Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado”, op.cit., pág. 274.

(253) André Bossard: “Las funciones policiales”, op.cit., págs. 100-104.

(254) Bossard resume su posición significando que la policía, de menra general, tiene por misión garantizar la paz y la seguridad en una colectividad, así como la seguridad de los ciudadanos, imponiéndoles por la fuerza si fuese necesario, la observancia de las leyes. André Bossard: “Las funciones policiales”, op.cit., pág. 106.

menos respecto de décadas atrás, ha conducido a las fuerzas policiales a atender otras necesidades sociales en orden al logro de ese bello ideal de concordia y paz a que se refería el maestro Posada. Y es así como se ha podido hablar entre nosotros ⁽²⁵⁵⁾ de las funciones asistenciales de la policía, que, además, no se limitan a ser el fruto de una opinión doctrinal más o menos consistente, sino que, bien al contrario, empiezan a tener reflejo normativo.

Es el caso de la Ley italiana núm. 121, de 1 de abril de 1981, “Nuovo ordinamento dell’Amministrazione delle pubblica sicurezza”, ya en otro momento referida, que, como dice Raimondo ⁽²⁵⁶⁾, amplía el ámbito material del orden y de la seguridad públicas a materias tales como la sanidad, el comercio, el urbanismo... etc.

Con más claridad aún se refleja esta nueva dirección en el art. 3 .2 de la Ley catalana 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad - Mossos d’Esquadra, a cuyo tenor: “El cuerpo de ‘Mossos d’Esquadra’, como policía al servicio de la comunidad, contribuirá a la consecución del bienestar social, cooperando con otros agentes sociales especialmente en los ámbitos preventivo, asistencial y de rehabilitación”. Y finalmente, bien que sin pretensión exhaustiva, no deja de ser asimismo significativo que el art. 4 de la Ley vasca 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, prevea que “la política de seguridad ciudadana de la Comunidad Autónoma del País Vasco se orientará al logro del bienestar social”.

Desde otra perspectiva, un hecho bien visible en nuestra sociedad es el de la internacionalización de la delincuencia, a lo que la policía ha respondido con un fortalecimiento de la cooperación internacional. A ello se une la formalización, a nivel regional, de distintos ámbitos de cooperación, siendo de destacar al efecto el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 ⁽²⁵⁷⁾, que da

(255) J.M. Rico y L. Salas: “Inseguridad ciudadana y policía”, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 88-90

(256) Marco di Raimondo: “Il sistema dell’Amministrazione delle pubblica sicurezza”, op.cit., págs. 242.

(257) El instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen es de 23 de julio de 1993 (BOE de 5 de abril de 1994).

pie a una profunda cooperación intergubernamental en asuntos policiales, que, como se ha dicho ⁽²⁵⁸⁾, si bien no faculta para referirse a una acción de policía europea, sí legítima para aludir a una acción europea de policía. Esta internacionalización policial no puede por menos que incidir sobre las funciones a ejercer por la Policía, constituyéndose a nuestro modo de ver, en un nuevo fermento de dinamización de las mismas.

II. En una primera y muy general visión del art. 104.1 puede ya, sin embargo, apreciarse con cierta nitidez que la razón de ser principal, si no única, del tratamiento constitucional de la Policía es la delimitación precisa de las funciones que los Cuerpos de Seguridad han de llevar a cabo. Ya tuvimos oportunidad de detenernos en ello en un momento precedente, por lo que no vamos a insistir en esta importante idea.

Como muy bien señala Barcelona ⁽²⁵⁹⁾, el art. 104.1 condensa la vertiente teleológica de la función policial; especifica cuáles son los fines policiales en una cláusula general que no sirve para habilitar intervenciones concretas pero que condiciona seriamente las facultades que el legislador, tanto en la Ley Orgánica a que se remite el art. 104.2 como en otras leyes sectoriales, puede atribuir a la policía de seguridad.

Se abandona así radicalmente la concepción absolutista de la policía prusiana, formalizada en 1794, como ya vimos, con arreglo a la cual, las fuerzas del orden disponían de una habilitación general para hacer frente a los peligros que pudieran afectar o amenazar a la seguridad y al orden público. Esa habilitación, desvinculada de todo valor constitucional, hoy no tendría encaje en el marco de nuestra norma suprema.

Nuestro constituyente acoge una vertiente finalista plenamente acorde con el marco constitucional, que sirve como referente de legitimidad de la existencia y actuación de las Fuerzas policiales. No sólo prescinde de ese vocablo que, como dijera Fernández de Velasco ⁽²⁶⁰⁾, tantas concomitancias

(258) Luis Jimena Quesada “Configuración constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles en el marco de la Unión Europea”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre 1997, págs. 167 y sigs.; en concreto, pág. 168.

(259) Javier Barcelona Llop: “Sobre las funciones y organización de las Fuerzas de Seguridad...”. op.cit., pág. 27

(260) Recaredo Fernández de Velasco: “La noción de ‘policía’”, op.cit., pág. 759.

guarda con aquel otro de la “razón de Estado”, sino que, de modo harto significativo, hace preceder la protección del libre ejercicio de los derechos a la salvaguarda de la seguridad ciudadana.

Esta precedencia no es casual, sino, bien al contrario, responde al deseo de enfatizar la preeminencia de los derechos, de convertirlos en el norte permanente hacia el que se ha de dirigir la brújula orientadora de la actuación policial. La seguridad ciudadana es un bien constitucional de evidente trascendencia, pero adquiere su más profundo significado en conexión con los derechos y libertades, pues está a su servicio, esto es, la protección de la seguridad ciudadana es irrenunciable en cuanto que a partir de esa seguridad se encontrará el contexto idóneo para el libre y pleno ejercicio de los derechos. Es quizá por ello mismo por lo que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana se considera que la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, siendo ambos requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática.

En el fondo de este diseño se puede detectar el deseo de configurar una policía esencialmente protectora, tutora de los derechos y libertades ciudadanos. Pensemos que el constituyente, al encomendar a la policía la asunción como misión prioritaria de la protección de los derechos y libertades, le está a la par marcando un sustancial principio de actuación: el de actuación respetuosa con los mismos derechos y libertades, lo que, desde luego, tampoco nos puede hacer ignorar que es casi connatural a la actuación policial una limitación más o menos intensa de determinados derechos, en algunos al menos. Recordemos que ya Ranelletti ⁽²⁶¹⁾, al definir la policía, incluía entre los rasgos de la actividad pública policial la limitación de la libertad de actuar de los particulares, siendo necesario, incluso eventualmente por medio de la coacción.

Esta preocupación tan visible adquiere todo su sentido en el contexto concreto en que se gesta la Constitución, con las inquietudes que a buena parte de los constituyentes suscitaba la actuación represora de la policía del franquismo

(261) O. Ranelletti: “La Polizia di sicurezza”, op.cit., pág. 307.

y su falta de sensibilidad hacia unos derechos, por otra parte, en gran medida inexistentes.

Así contextualiza, se entiende la opción del constituyente y se comprende que éste, con la finalidad prioritaria de subrayar la estricta vinculación policial a la disciplina de los derechos y libertades, prescindiere de toda referencia a un modelo policial legalista, que considera como objetivo prioritario de la actuación policial la aplicación de la ley, del que encontramos un buen ejemplo en el punto primero del estatuto de la policía acogido en la “Declaración sobre la Policía” adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de acuerdo con el cual: “Las fuerzas de policía constituyen un servicio público establecido por la ley y encargado del mantenimiento del orden y de la aplicación de la ley”, modelo éste que aún aparece más claro en el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, como ya expusimos, y en cuyo propio título se alude a esa función de “hacer cumplir la ley”.

Es obvio que el cumplimiento de la ley es un Estado constitucional como el nuestro, entraña de modo prístino el respeto y salvaguarda de los derechos que dan su plena razón de ser y su unidad material no sólo a la ley, sino al conjunto ordinamental todo. Por ello, la expresión a que venimos refiriéndonos hubiera podido ser constitucionalizada sin ningún temor o cautela, incluso omitiendo toda alusión a la protección de los derechos como misión policial, por cuanto tal misión había de entenderse implícita en el cumplimiento de la ley.

Sin embargo, como apunta la mejor doctrina ⁽²⁶²⁾, la expresión “hacer cumplir la ley” tiene un componente de fuerza o coacción que puede aconsejar que, en según qué momentos, se acuda a otra determinación de los fines policiales que, diciendo sustancialmente lo mismo, resulte algo menos agresiva. Y en el contexto histórico en que se gesta nuestra *Lex superior* se comprende a la perfección que el constituyente dejara de lado esa concepción legalista para decantarse por una concepción más “sustancialista”, opción que nos parece desde todo punto de vista bien positiva.

(262) Javier Barcelona Llop: “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español...”, op.cit., págs. 105-106.

A. El abandono de la cláusula general habilitante del “orden público”:

I. En el Estado absoluto, correspondía al Príncipe el aseguramiento de la paz pública, una finalidad que había que conseguir, no tanto conservar cuanto imponer (*impositio ordinis in civitate*), llegándose a identificar con el mismo fin del poder público. Sería la policía la que hiciese posible el cumplimiento de esta función. Y desde esta perspectiva, como destaca Villar Palasí ⁽²⁶³⁾, el orden público y, en consecuencia, el *ius politiae*, vendría a justificar la misma idea de soberanía.

A fines del siglo XVIII, como ya hemos referido en varias oportunidades, esta visión enormemente amplia y abierta de la cláusula de orden público sería positivizada en el Derecho prusiano (en la *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794), gravitando en torno a ella una concepción absolutista de la policía que habría de perdurar largo tiempo en Alemania, de conformidad con la cual, la policía pasaba a gozar de una habilitación general (*Generalmächtigung*) para hacer frente, sin traba alguna, a los peligros que acecharan o amenazaren la seguridad y el orden públicos. Ello entrañaba, como advierte Carro ⁽²⁶⁴⁾, una grave confusión entre la misión asignada a la policía y las facultades concretas que el ordenamiento le concedía para llevarla a cabo. Dicho de otro modo, toda quiebra o amenaza de la seguridad u orden públicos era base suficiente para una actuación de las fuerzas del orden.

Esta visión arraigaría en Alemania, reproduciéndose normativamente en el conocido art. 14.I de la Ley prusiana de Policía de 1 de junio de 1831. Y a partir de aquí, esa concepción de la cláusula de orden público como una habilitación general en favor de la policía, prendió no sólo entre la doctrina germana, sino también en la de otros muchos países europeos. Todavía hoy, en Francia, Picard ⁽²⁶⁵⁾ define el contenido de la cláusula de orden público general en términos muy parejos a los de dos siglos atrás: “l’ordre public général a pour contenu l’ensemble des normes que l’administrateur estime -sous le controle du juge- comme suffisamment nécessaires á la protection de l’ordre institutionnel

(263) José Luis Villar Palasí: “Poder de policía y precio justo...”, op.cit., pág. 37-40.

(264) José Luis Carro: “Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público”, op.cit., pág. 623.

(265) Etienne Picard: “*La notion de police administrative*”, LGDJ, Paris, 1984, pág. 563.

pour être prises sans habilitation législative expresse”. Y Gleizal ⁽²⁶⁶⁾, tras constatar que la noción de orden público se justifica por sí misma, justificando toda actuación policial, concluye que de ser una institución jurídica, la policía tiende a convertirse en una institución extrajudicial, esto es, al margen del Derecho, propiciando con ello la arbitrariedad del Estado.

La cuestión se agrava si se advierte la volatilidad y relatividad del concepto, que muchas veces se perfila en función de las circunstancias. “Par nature -dice Moreau ⁽²⁶⁷⁾-, l’ordre public est une notion contingente et relative” ⁽²⁶⁸⁾. Esta relatividad ha tenido su traducción en la imprecisión con la que el Consejo Constitucional francés ha delimitado la misma noción ⁽²⁶⁹⁾.

Esta imprecisión conceptual es deudora de la coexistencia de dos grandes intentos doctrinales de delimitación del concepto, a los que ya tuvimos oportunidad de referirnos al inicio de este trabajo: 1/ la visión metajurídica, principal responsable de este relativismo conceptual, que tiene en Otto Mayer a su principal mentor, y que encuentra en la idea del “buen orden de la comunidad” el núcleo central del concepto ⁽²⁷⁰⁾.

En cuanto los ciudadanos tienen un deber general de no perturbar ese buen orden de lo público, no será necesario para la policía disponer de un fundamento legal específico para reaccionar contra las perturbaciones

(266) Jean - Jacques Gleizal: “La Police Nationale” (Droit et pratique policière en France), op.cit., pág. 161.

(267) Cit. por Etienne Picard: “La notion de police administrative”, op.cit. pág. 542. nota 28.

(268) Federico De Castro, bien que, como resulta obvio, desde una óptica iusprivatista, manifiesta que el concepto de orden público utilizado en los Códigos Civiles, ha sido considerado por los autores como una figura enigmática e imposible de ser definida. Federico De Castro: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor), en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, fasc. 4, octubre-diciembre 1982, págs. 987 y sigs.: en concreto, pág. 1023.

(269) En tal sentido se manifiesta Christophe Vimbert: “L’ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1994, núm. 3, mayo-junio 1994, págs. 693 y sigs.: en concreto, pág. 696.

(270) Esta posición sigue teniendo numerosos adeptos. Recordemos, ejemplificativamente, a Paul Bernard (en “*La notion d’ordre public en Droit Administratif*”, LGDJ, París, 1962, pág. 162), para quien el orden público puede ser definido como “une directive jurisprudentielle suffisamment imprécise pour permettre au juge de faire prévaloir dans chaque es d’espece l’intérêt général qui paut entraîner soit le respect des libertés, soit leur limitation”. Y entre nosotros, Buenaventura Pellisé Prats (en “Orden público”, vos de la “*Nueva Enciclopedia Jurídica*”, tomo XVIII, Edit. Francisco Seix, Barcelona, 1986, págs. 505 y sigs.: en concreto, pág. 506) se refiere a aquellas convicciones o a aquel sentir colectivo en cuanto a los principios básicos en los que deban inspirarse las concretas soluciones sustantivas dadas a los problemas o a los conflictos de intereses ue dentro de una colectividad se planteen.

atentatorias al orden público. 2/ La visión jurídica, tributaria de la doctrina de Ranalletti ⁽²⁷¹⁾, para quien el orden público no puede ser sino orden jurídico, entendiendo por tal “aquel estado general de la sociedad en el que el todo social y cada uno de sus miembros, en el desarrollo de sus fuerzas reconocidas y protegidas por el Derecho, están garantizados frente a toda lesión o amenaza de lesión que la ley consiente de sancionar como delito o como contravención”.

Ciertamente, la prevalencia de la concepción jurídica hubiera contribuido en alto grado a restar o minorar ese relativismo del concepto de “orden público”. Pero la realidad nos sigue mostrando que amplios sectores doctrinales siguen contemplando el orden público desde perspectivas metajurídicas, lo que incide en su contingencia. Así, Carro ⁽²⁷²⁾ nos recuerda cómo la moderna doctrina alemana suele definir el orden público como “el conjunto de reglas no escritas, cuyo cumplimiento según las concepciones sociales y éticas dominantes se considera como condición previa indispensable para una conveniencia próspera y ordenada dentro de la comunidad”. Y también en la doctrina italiana encontramos algunos destacados seguidores de la opción metajurídica, como es el caso de Virga, quien pone el acento en el “*complesso di principi etici e politici, la cui osservanza é considerata indispensabile per un determinato assetto sociale*” ⁽²⁷³⁾, de lo que, en otro momento ⁽²⁷⁴⁾, derivará que habrá desorden público cuando se contravengan concepciones sociales, religiosas o políticas.

Llegados aquí es preciso indicar que el orden público puede ser, pese a todo lo expuesto, un concepto perfectamente válido para señalar las misiones a cumplir por las fuerzas policiales. La “Corte Costituzionale” italiana tuvo oportunidad de decir, en su Sentencia núm. 19, de 1962 ⁽²⁷⁵⁾, que la existencia del orden público no es del todo extraña a los ordenamientos democráticos, ni es incompatible con ellos.

Ahora bien, dicho esto, hay que precisar de inmediato que lo que no puede ser de recibo en un sistema constitucional asentado en la primacía de los derechos es la concepción del orden público como una cláusula general

(271) O. Ranalletti: “La Polizia di sicurezza”, op.cit., pág. 435

(272) José Luis Carro: “Los problemas de la coacción directa...”, op. cit., pág. 620.

(273) Pietro Virga: “*Diritto Amministrativo*”, vol. 4, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 330.

(274) Pietro Virga: “*La potestà di polizia*”, Giuffrè, Milán, 1954, pág. 19.

(275) Sentencia de la “Corte” núm. 19, de 16 de marzo de 1962. Puede verse en *Giurisprudencia Costituzionale*, 1962, págs. 189-199; en concreto, pág. 197.

legitimadora de las actuaciones policiales, y ello por cuanto, como dice Sandulli (276), tales actuaciones policiales, al incidir sobre los derechos, han de encontrar su razón de ser directamente en las leyes. Además, la Constitución es un instrumento normativo de limitación del poder y ello se traduce en que el ejercicio del poder se haya de plasmar en “dosis medidas de potestad” (277). Justamente por ello, el orden público puede ser admisible como límite puntual frene al ejercicio de algún derecho o libertad, pero no si se le concibe como una cláusula general que opere asimismo como límite general de los derechos en función de un supuesto orden ideal, autónomo en su operatividad, y concebido como conjunto de principios inderogables que limitan situaciones o intereses subjetivos de grupos sociales o de particulares (278).

En definitiva, y dicho de otro modo, la necesidad, sin un soporte legal en que sustentar, resulta inconciliable con un ordenamiento jurídico democrático que se legitima por la primacía de los derechos y libertades de la persona.

II. En el constitucionalismo histórico español, la noción de “orden público” va a ser recepcionada de modo reiterado en aquellos preceptos constitucionales que atribuían al Rey la potestad de hacer ejecutar las leyes (art. 170 de la Constitución de Cádiz; art. 45 de la Constitución de 1837; art. 43 de la Constitución de 1845; art. 69 de la Constitución de 1869, y art. 50 de la Constitución de 1876), lo que, como bien dice Martín-Retortillo, será un aliciente de mucho peso precisamente para cebar su significado de cláusula genérica con su amparable pretensión expansiva, al menos en las situaciones de fortalecimiento de los poderes tradicionales (279). La cláusula desempeñará un importante papel en el ámbito de las potestades regias y, a través suyo, en el de las potestades administrativas.

Como es opinión bastante generalizada entre nuestra doctrina, el concepto de “orden público” se convertirá en una cláusula de cobertura legal de la represión policial y en una especie de cajón de sastre en el que encontrarán adecuado encaje legal todo tipo de limitaciones y quebrantos a los derechos y

(276) Aldo M. Sandulli: “*Manuale di Diritto Amministrativo*”, op.cit., pág. 583.

(277) Claudio Movilla Alvarez, en el “Prólogo” a la obra de Jesús Fernández Entralgo (y otros), “*Seguridad Ciudadana*”, Editorial Trotta, Madrid, 1993, págs. 9-10.

(278) En la misma dirección, Guido Corso (en “L’ordine pubblico”, op.cit pág. 143) rechaza en Italia cupiese constitucionalmente una cláusula general de orden público.

(279) Lorenzo Martín - Retortillo Baquer: “Notas para la historia de la noción de orden público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 19 y sigs.; en concreto, pág. 31.

libertades ciudadanos. La idea del orden público, afirma Martín-Retortillo ⁽²⁸⁰⁾, será utilizada sistemáticamente (al margen de un sentido normal y defendible) para machacar y desfigurar los derechos fundamentales. El régimen autoritario del general Franco exacerbará en mayor medida aún si cabe esta línea tendencial ⁽²⁸¹⁾.

Es en este contexto como se entiende que el constituyente no sólo eliminara de las misiones propias de la policía el mantenimiento del orden público, sino que, más aún, suprimiera tal expresión incluso de la propia denominación de las fuerzas policiales. Se quiere con ello subrayar, sin dejar el más mínimo resquicio a la duda, reactivamente incluso, el radical cambio de concepción de las Fuerzas de la policía ⁽²⁸²⁾.

Con todo el concepto de “orden público” no ha desaparecido de nuestra Norma Fundamental, bien que su operatividad sea radicalmente diferente. Ya no estamos en presencia de una cláusula general habilitante de todo tipo de actuaciones policiales, sino de un límite que se prevé respecto del ejercicio de determinados derechos constitucionales (como la libertad religiosa, ideológica y de culto del art. 16.1 o el derecho de reunión ejercido en lugares de tránsito público del art. 21.2), que como cualquier otro límite de un derecho, requiere de una interpretación restrictiva, pues así lo exige la fuerza expansiva de cualquier derecho, consecuencia directa del trascendental rol constitucional de los derechos, en cuanto elementos informadores del ordenamiento jurídico objetivo de la colectividad.

(280) Lorenzo Martín - Retortillo y Baquer: “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, en la obra del propio autor *“Bajo el signo de la Constitución”*; IEAL. Madrid, 1983, págs. 287 y sigs.; en concreto, pág. 305

(281) El ensanchamiento cada vez mayor de los supuestos atentatorios contra el orden público, dice Fernández Farreres, servirá de soporte técnico a una decidida toma de postura en contra de la efectividad y vigencia de los ya de por sí exigüos y bien modestos derechos y libertades que, más formalmente que nunca, se reconocían a los ciudadanos. Germán Fernández Farreres: “Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas...”, op.cit., pág. 205.

(282) El criterio doctrinal es bastante coincidente en esta apreciación. La opinión de Izu es bien representativa al efecto. A su juicio, el descrédito que sufre el concepto tribalizado del orden público durante los últimos años del régimen franquista, por la carga de arbitrariedad gubernativa que conlleva y su reiterada utilización como instrumento de represión policia, tiene como consecuencia que los constituyentes de 1978 eviten al máximo aludir al orden público en la vigente Norma fundamental. Miguel José Izu Belloso: “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, abril-junio 1988. págs. 233 y sigs.; en concreto, pág. 242.

La noción de “orden público” se contempla en algunos Estatutos de Autonomía (así, tanto el art. 17.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco como el art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se refieren al mantenimiento del orden público al aludir de modo genérico a las funciones de la Policía autónoma), aunque el art. 149.1, en su núm. 29, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, exclusividad que, desde luego, ha de ser muy relativizada, como ya tuvimos oportunidad de decir, bien que, en lo que ahora importa, esa alusión a la “seguridad pública” sea una muestra más, y bien significativa, de la decidida postergación por el constituyente del añejo concepto del orden público.

La Ley orgánica 2/1986 se alinea en la misma dirección, convirtiendo la noción de “seguridad pública” en el verdadero concepto nuclear de su articulado, como revela de modo insistente el texto de su art. 1. Nos encontramos de esta forma con que nuestra Constitución y el resto del ordenamiento jurídico utilizan, bien que sin mucha precisión y rigor, un tríptico de conceptos: los de seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público, y ello requiere de un esfuerzo dogmático de delimitación conceptual, a la par que, finalmente, de un ulterior repaso de la doctrina constitucional.

B) La delimitación de los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública:

I. Hemos de comenzar este intento de delimitación conceptual intentando aproximarnos negativamente a la noción de orden público. En su empleo por nuestro ordenamiento jurídico, este concepto no puede identificar un “orden público ideal”, o lo que es igual, un conjunto de valores entresacados del texto constitucional que puedan llegar a operar como límites de todos los derechos y libertades, en cuanto que, como dice Pace ⁽²⁸³⁾, tales valores y principios son considerados por el propio ordenamiento como indispensables para su propia supervivencia. Esta noción del orden público es la que, por ejemplo, late en último término en la doctrina sentada por la “Corte Costituzionale” italiana en su conocida Sentencia núm. 19, de 16 de marzo de 1962, a la que ya aludimos, y en la que, tras aislar un conjunto de principios y valores que integran el “orden

(283) Alessandro Pace: “Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana”, en *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, vol. CLXV, fasc. 1-2, julio-octubre 1963, págs. 111 y sigs.; en concreto, pág. 113.

institucional del régimen vigente”, identifica en ellos el orden público del mismo régimen, al que califica como “un bene inherente al vigente sistema costituzionale”⁽²⁸⁴⁾.

El rechazo de esta visión, obvio es decirlo, presupone el rechazo de una concepción metajurídica del orden público. El orden público, dirá Corso⁽²⁸⁵⁾, viene tutelado en cuanto orden público material, como un estado de hecho caracterizado por la seguridad, la integridad y la tranquilidad, esto es, *l'état de paix* de que hablaba Hauriou⁽²⁸⁶⁾ o la paz doméstica a que aludía, entre nosotros, Colmeiro⁽²⁸⁷⁾. Justamente por ello, como de nuevo indica Corso⁽²⁸⁸⁾, es por lo que el orden público sólo puede operar como límite en aquellos derechos en los que esté específicamente previsto como tal, y no como límite general, implícito, de todos los derechos⁽²⁸⁹⁾.

Y hemos de concordar con Carro⁽²⁹⁰⁾ en la idea de que el orden público sólo puede ser un concepto positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tengan traducción en concretas normas jurídicas. De esta forma, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de competencias públicas reguladas por el ordenamiento jurídico. El orden público ha de referirse, pues, a regulaciones jurídicas concreta. Ello nos conduce a poner un tanto en tela de juicio la supuesta juridificación del orden público que entrañaría su consideración como concepto jurídico indeterminado, consideración que ha hecho suya el Tribunal Supremo, bien que con algunos

(284) Sentencia núm. 19, de 16 de marzo de 1962, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, págs. 189 y sigs.; en concreto, pág. 198.

(285) Guido Corso: “Ordine Pubblico” (Diritto pubblico), en *“Enciclopedia del Diritto”*, tomo XXX, Giuffrè, Milán, 1980, págs. 1057 y sigs.; en concreto, pág. 1061.

(286) Maurice Hauriou: *“Précis de Droit Administratif et de Droit Public”* op.cit., pág. 517.

(287) Manuel Colmeiro: *“Derecho Administrativo Español”*; tomo I, Xunta de Galicia, Santiago, 1995, pág. 330.

(288) Guido Corso: “Ordine Pubblico”, op.cit., pág. 1063

(289) Así, el Tribunal constitucional, en uno de sus primeros fallos (STC 18/1991, de 8 de junio, fund. jur. 3) ya rechazará que la Administración, por razones de orden público, pueda incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos sin observar procedimiento alguno.

(290) José Luis Carro: “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, mayo-agosto 1990, págs. 9 y sigs.; en concreto, pág. 17.

matices dirigidos, en lo sustancial, a limitar el efecto expansivo de la noción de orden público mediante una exigencia más rigurosa de la tipificación de su contenido ⁽²⁹¹⁾.

Llegados aquí hemos de intentar una conceptualización final del orden público. Puede ser de gran utilidad para ello acudir al art. 10.1 de nuestra *Lex superior*, que eleva los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona, conjuntamente con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social. Late aquí una noción amplia del orden público, que se podría concretar en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de los derechos de los demás ⁽²⁹²⁾, noción que, a la vista del art. 104.1, puede y debe precisarse, circunscribiéndola al respeto al libre ejercicio de los derechos y libertades. En ello se concretaría el orden público, que lógicamente exige de una tranquilidad material que facilite ese ejercicio libre de aquellos derechos ⁽²⁹³⁾.

II. Junto al orden público nos encontramos con la seguridad ciudadana, concepto tildado ⁽²⁹⁴⁾ de polivalente y equívoco, que ha sido considerado de

(291) El orden público, según la doctrina del Tribunal Supremo, es un concepto jurídico indeterminado equivalente a estado de normalidad, que, por tanto, puede ser alterado desde diversos frentes, siendo la resultante de varios factores, entre los que se encuentran la seguridad, la tranquilidad, la moralidad y la salubridad ciudadana. STS de 18 de octubre de 1983 (Sala 4a. Cont. Admto.), Aranzadi, marginal núm. 5900. Esta doctrina ha sido reiterada; así, en la STS de 19 de noviembre de 1984 (Sala 4a. Cont. Admto.), Aranzadi, marginal núm. 6220. Bien es verdad que en otro momento, el Tribunal ha considerado que en cuanto concepto jurídico indeterminado, la constatación de la concurrencia de razones de orden público (que en el caso en cuestión habrían de conducir a denegar un permiso de residencia por un Gobernador Civil) exige una prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que la hagan aplicable, no bastando la invocación genérica del término legal para denegar una renovación de una autorización de residencia a una súbdita argentina residente en España desde años atrás. STS de 17 de octubre de 1983 (Sala 4a. Cont. Admto.), Aranzadi, marginal núm. 5187.

(292) José Luis Carro: "Sobre los conceptos...", op.cit., págs. 21.

(293) Análoga es la posición de Teresa Freixes y José C. Remotti (en "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, enero-marzo 1995, págs. 141 y sigs.; en concreto, págs. 149), para quienes el orden público es un interés de la sociedad constitucionalmente reconocido consistente en el ejercicio libre y pacífico de los derechos constitucionales.

(294) Luis de la Morena y de la Morena: "La 'seguridad pública' como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril 1986, págs. 321 y sigs.; en concreto, pág. 349.

distintas formas: como un concepto omnicomprensivo de la actividad policial frente a todo tipo de peligros ⁽²⁹⁵⁾; como aquella actividad dirigida a la protección de personas y bienes ante agresiones violentas o ante el peligro de que las mismas se produzcan ⁽²⁹⁶⁾, o, de modo muy similar aunque más amplio y con el que nos sentimos identificados, como noción referida a la protección de personas y bienes de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico, protección que lógicamente han de otorgar las fuerzas policiales en el ámbito que les es propio, esto es, frente a acciones violentas, agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas ⁽²⁹⁷⁾.

Nos resta finalmente el concepto de seguridad pública, utilizado por el art. 149.1.29 para identificar a la materia cuya competencia exclusiva, en teoría al menos, se atribuye al Estado. Y frente a otras construcciones doctrinales de interés ⁽²⁹⁸⁾, hemos de seguir una vez más la formulada por Carro ⁽²⁹⁹⁾, quien, tras poner en conexión el art. 149.1.29 y el art. 104.1, llega a la conclusión de que la seguridad pública comprende ese campo de acción que la Constitución reserva a la policía de seguridad, o lo que es igual, abarca tanto al orden público como a la seguridad ciudadana, los dos supuestos a los que, de acuerdo con la tesis que venimos siguiendo, se refiere el art. 104.1. Así las cosas, la seguridad pública sería el concepto general omnicomprensivo del orden público (protección del libre ejercicio de los derechos) y de la seguridad ciudadana (protección de personas y bienes).

III. El Tribunal Constitucional no ha dedicado tanta atención como habría cabido suponer a la delimitación conceptual de la tríada de conceptos a que venimos refiriéndonos.

En el primero de sus pronunciamientos sobre ellos ⁽³⁰⁰⁾, el Juez de la Constitución abordó el concepto y delimitación de la seguridad pública a que alude el art. 149.1.29. Dos son las reflexiones centrales que hace el Tribunal:

(295) Iñaki Agirreazkuenaga: “La coacción...”, op.cit., pág. 366.

(296) Miguel José Izu Belloso: “Los conceptos de orden público...”, op.cit., págs. 246-247.

(297) José Luis Carro: “Sobre los conceptos...”, op.cit., pág. 21-22.

(298) Tal es el caso de Iñaki Agirreazkuenaga: “La coacción administrativa directa”, op.cit., pág. 336. Para este autor, la seguridad pública, materialmente, formaría parte de concepto más amplio de orden público, abarcando únicamente la protección de personas y bienes contra peligros tipificados penalmente provocados por la actividad humana.

(299) José Luis Carro Fernández - Valmayor “Sobre los conceptos...”, op.cit., pág. 22-23.

(300) STC 33/1982, de 8 de junio, fund. jur. 3

En primer término, constata que la seguridad pública es una noción más precisa que la de orden público, concepto en el que, por ejemplo, pueden incluirse cuestiones referentes a la salubridad, que no entran en el concepto de seguridad pública, aunque, de inmediato, el Alto Tribunal, contradiciéndose un tanto a sí mismo, reconozca que no cabe negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, consecuentemente, una intervención de las autoridades a las que corresponde su custodia.

Y en segundo lugar, la seguridad pública se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas.

No dista mucho esta doctrina constitucional de la posición manifestada en un momento precedente como propia; bien al contrario, varios puntos de aproximación pueden apreciarse. Es claro que la seguridad en sentido estricto (protección de personas y bienes) coincide con la concepción que sosteníamos de la seguridad ciudadana. Y en cuanto al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano podría tener su correlato en la noción estricta que del orden público sosteníamos. Así, la seguridad pública entendida en sentido amplio acogería tanto al orden público como a la seguridad ciudadana.

Con el devenir del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha ido estableciendo matices de interés en orden a una mejor comprensión y delimitación de los conceptos que nos ocupan.

Especialísima trascendencia alcanzan sus precisiones en torno al concepto de orden público, dirigidas progresivamente a vincular, a aproximar dicho concepto al libre ejercicio de los derechos y libertades a que alude el art. 104.1. Así, en su Sentencia 19/1985, el Tribunal⁽³⁰¹⁾ consideraba evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público.

A partir de esta formulación del intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Supremo se haría eco de esta línea de pensamiento al significar, por un lado, que tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que el de garantizar el orden público de las libertades⁽³⁰²⁾, y por otro, que el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades⁽³⁰³⁾.

(301) STC 19/1985, de 13 de febrero, jur. 1.

(302) STS de 17 de enero de 1987. Aranzadi, marginal núm. 331.

(303) STS de 20 de enero de 1989. Aranzadi, marginal núm. 392.

En su jurisprudencia ulterior, el Tribunal ha efectuado algunas precisiones que contribuyen en cierto modo a clarificar la cuestión, si bien, en algún caso concreto, más parecen conducir al fin contrapuesto. Varios aspectos de esa doctrina pueden ser destacados.

En primer término, el Tribunal, con buen criterio, ha precisado que aunque la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, actividad dirigida a la protección de personas y bienes, no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o a preservar su mantenimiento, puede englobarse dentro del título competencial “seguridad pública” ⁽³⁰⁴⁾, razonamiento de todo punto lógico por cuanto que, caso contrario, como el propio Tribunal señala, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública y, por ende, competencia estatal.

Al hilo de su precedente reflexión, el Juez de la Constitución trata de dar una interpretación un tanto estricta a este título competencial al significar que se trata de un concepto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los Cuerpos de Seguridad a que se refiere el art. 104 ⁽³⁰⁵⁾. Ello no obsta para que, en otro momento, entienda que la protección civil es una materia que ha de englobarse con carácter prioritario en el concepto de seguridad pública ⁽³⁰⁶⁾.

Sin embargo, a partir de una interpretación global del art. 149.1.29, que a la par que considera como competencia exclusiva del Estado la seguridad pública, lo hace sin perjuicio de la creación de policías por la Comunidades Autónomas, creación llevada a cabo por algunas Comunidades, resulta, a juicio del Tribunal, que sin mengua de las competencias exclusivas del Estado, en la materia de la protección civil se producen competencias concurrentes. Es decir, el carácter estricto del concepto seguridad pública y la habilitación que el propio art. 149.1.29 hace a las Comunidades para que creen Policías, desemboca en que materias subsumibles dentro de ese título competencial no pueden ser, en puridad, consideradas como de la exclusiva competencia estatal, convirtiéndose en competencias concurrentes.

Bien es verdad que, a la inversa, el Juez de la Constitución ha considerado ⁽³⁰⁷⁾ que en cuanto la habilitación comunitaria que lleva a cabo el

(304) STC 59/1985, de 6 de mayo, fund. jur. 2

(305) Ibidem.

(306) STC 123/1984, de 18 de diciembre, fund. jur. 3 .

(307) STC 117/1984, de 5 de diciembre, fund. jur. 5 .

propio precepto se refiere al aspecto orgánico (la Policía), no al aspecto material (la seguridad pública), la existencia de una Policía autónoma no modifica la titularidad de la competencia estatal en cuanto la competencia controvertida no guarde relación alguna con la actividad policial. Dicho de otro modo, la disponibilidad de una organización policial propia de la Comunidad Autónoma no arrastra tras de sí la titularidad de una determinada competencia material relacionada con la seguridad pública respecto de la que haya una ausencia de previsión expresa.

Las notorias dificultades hermenéuticas del Tribunal, que aparenta ciertas contradicciones en sus posicionamientos, son la lógica resultante de la compleja articulación de dos incisos en cierto modo contradictorios: por una parte, la atribución al Estado de la exclusividad del título competencial “seguridad pública”, actividad que, como ya hemos significado, se centra en la protección de personas y bienes y en el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, y por otra parte, la habilitación a las Comunidades para la creación de Policías autónomas a las que estatutariamente se les atribuye, entre otras funciones, la protección de personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo. Y todo ello conduce a una resultante final: en el País Vasco y en Cataluña la seguridad pública es, de hecho, una materia de competencia compartida entre el Estado y cada una de esas dos Comunidades.

Nos resta referirnos a uno de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de delimitar nuevamente la triada conceptual de que venimos ocupándonos. En esa oportunidad la posición del Tribunal ha sido notablemente confusa y aún diríamos que contradictoria con su precedente doctrina.

El Tribunal se viene a manifestar en estos términos ⁽³⁰⁸⁾: “la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle”. Es decir, el Tribunal confunde o, quizá, identifica conscientemente, dos conceptos que parecían hallarse en su doctrina hasta ese momento bien separados: los de seguridad pública y seguridad ciudadana. Y tras ello, el intérprete supremo de la Constitución añade: “Tal seguridad se bautizó ya en el siglo pasado con la rúbrica del “orden público”, que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos” ⁽³⁰⁹⁾. Con ello, lo que nos viene a decir el Tribunal

(308) STC 325/1994, de 12 de diciembre, fund. jur. 2.

(309) *Ibidem*.

es que, en realidad, la tríada conceptual “orden público”, “seguridad ciudadana” y “seguridad pública”, es reconducible a un único y común concepto, el de “seguridad pública”, también conocido como “seguridad ciudadana”, con lo que ésta pasa a ser un mero sinónimo de aquélla, y, en el pasado siglo, como “orden público”.

Desde luego, parece evidente, como ya tuvimos oportunidad de señalar y es, por otro lado, opinión doctrinal muy generalizada⁽³¹⁰⁾, que con la noción de “seguridad pública” se expresa omnnicomprensivamente el conjunto de la tarea policial. A partir de aquí, es perfectamente admisible entender que esa noción tiene su equivalente en el pasado siglo en el ya añejo concepto del orden público, aunque también parece claro que esa equivalencia, hoy, no se puede admitir, mucho menos a la vista del empleo que de la noción “orden público” se hace en ciertas normas estatutarias. Pero lo que resulta menos comprensible de todo es la trivial identificación que el Tribunal parece hacer entre la seguridad pública y la seguridad ciudadana.

En resumen, en sus primeros pasos, la jurisprudencia del Tribunal en esta cuestión pareció ser relativamente lógica y coherente; sin embargo, la claridad inicial ha ido dando paso a una obscuridad o, quizás mejor, confusión notable, con la subsiguiente contradicción entre sus pronunciamientos.

C) La protección del libre ejercicio de los derechos y libertades:

La primera de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades. La prevalencia de esta función policial es inequívoca, sustentándose en la propia primacía constitucional de los derechos y libertades, hacia cuya plenitud, tanto a nivel individual como colectivo, ha de orientarse la actuación de todos los poderes públicos en general y de las fuerzas policiales en particular.

De ese carácter primigenio se deduce, como se ha dicho⁽³¹¹⁾, que del empleo en la Constitución de la noción de seguridad ciudadana no puede derivarse

(310) Es el caso, entre otros, de Javier Barcelona Llop: “El régimen jurídico de la policía de seguridad”, op.cit., pág. 151, y de Javier Berriatua San Sebastián: “Aproximación al concepto de seguridad ciudadana”, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 41, enero-abril 1995, págs. 737 y sigs.; en concreto, pág. 753.

(311) Javier Barcelona Llop: “Seguridad ciudadana” (Derecho administrativo), en “Enciclopedia Jurídica Básica”, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6095 y sigs.; en concreto, pág. 6097.

lectura alguna que pretenda soslayar que la misión básica de las Fuerzas de Seguridad es la protección del libre ejercicio de los derechos. Por lo mismo, como ya tuvimos oportunidad de indicar, la garantía policial de la seguridad ciudadana está al servicio de la protección de los derechos y libertades.

La ubicación de las libertades y derechos ciudadanos como referente de la actuación policial no es del todo nueva, por lo menos entre la doctrina. Ya Ranelletti, en su crítica a las tesis de Mayer, para quien recordémoslo, el “buen orden de la comunidad” ínsito a toda vida colectiva entrañaba una serie de limitaciones a la autonomía individual, defendería una comprensión jurídica de tal orden, concebido, pues, como orden positivizado en el que los derechos habían de ocupar una posición bien destacada. Y entre nosotros, Colmeiro⁽³¹²⁾ precisaba que el principio del orden no debía ejercer un imperio omnímodo y absoluto, sino compartido con el principio de libertad.

Las posiciones doctrinales precedentes, minoritarias por lo demás en el momento de su formulación, no pueden ocultar lo alejada que se halla la realidad histórica de las mismas. Tal realidad revela que las misiones policiales no han tenido históricamente como referente básico los derechos y libertades de los ciudadanos. El orden era un valor en sí mismo, como reflejan con nitidez las tesis de Mayer. La definición que de la policía administrativa dará Laubadère⁽³¹³⁾ es harto significativa al efecto: “La police administrative est une forme d’intervention qu’exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d’assurer l’ordre public, des limitations aux libertés des individus”. Y esta visión adquiere un más pleno sentido aún si advertimos con Rivero⁽³¹⁴⁾ que la hipertrofia del cuidado del orden ha sido la permanente tentación de los gobernantes cualesquiera que éstos fuesen.

Esta realidad contribuye a mostrar más fehacientemente la subversión del orden tradicional de valores a proteger por las Fuerzas de Seguridad que muestra el precepto constitucional.

Este cambio es una consecuencia de la concepción política constitucionalizada en 1978, de la fórmula política de nuestra Constitución, en definitiva, de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Esta fórmula política ha supuesto, en lo que ahora importa, la consustancialidad del

(312) Manuel Colmeiro: *“Derecho Administrativo Español”*, tomo I, op.cit., pág. 330.

(313) A. de Laubadère: *“Traité élémentaire de Droit Adinistratif”*, tomo I, LGDJ, París, 1963, pág. 505.

(314) Jean Rivero: *“Les libertés publiques”*, tomo I, PUF, 5 ed., París 1987, págs. 199-200.

orden público y de la libertad, como dice Picard en referencia a Francia ⁽³¹⁵⁾, aunque plenamente asumible. Puede afirmarse así con Gleizal ⁽³¹⁶⁾ que “la police est l’envers des libertés. Les deux termes sont indissociables et sont effectivement associés au sein du droit. Celui-ci est un lieu de réconciliation”.

En su sentencia de 25 de enero de 1985, el Consejo Constitucional francés hacía suya esta tesis de la consustancialidad, que, sin embargo, no ha sido seguida de modo habitual, considerando el orden público como el marco y la condición de existencia de la libertad. Ello entraña, como se ha señalado ⁽³¹⁷⁾, transmutar la visión del orden público como medio al servicio de la libertad o de los derechos constitucionales, haciendo de él la condición de su realización.

También entre nosotros el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. En su sentencia 55/1990, el Juez de la Constitución destacará la doble función de garantía, positiva, y negativa, de los derechos que se atribuye a las fuerzas policiales.

El art. 104.1, afirma el Tribunal ⁽³¹⁸⁾, trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional, subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el art. 53.1 de la Constitución, la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente, destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano.

Es decir, no basta que la actuación policial tenga como norte hacer posible el libre ejercicio de los derechos por los ciudadanos, sino que es de todo punto inexcusable que al hilo de su actuación la Policía se muestre respetuosa con esos derechos. Lo contrario no sólo sería un contrasentido, sino que alejaría a las fuerzas policiales de lo que el constituyente ha querido de ellas.

Bien es verdad que toda actuación policial afecta a la libertad ciudadana, o por lo menos existe una gran posibilidad de que tal afectación se produzca como consecuencia del uso legítimo de la fuerza y de las medidas de coacción policial. Como dice Gleizal ⁽³¹⁹⁾, “les policiers risquent continuellement de porter

(315) Etienne Picard: “La notion de police administrative”, op. cit., pág. 541.

(316) Jean - Jacques Gleizal: “Le désordre policier”, op.cit., pág. 102.

(317) Christophe Vimbert: “L’ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, op.cit., pág. 720.

(318) STC 55/1990, de 18 de marzo, fund. jur. 5.

(319) Jean-Jacques Gleizal: “La Police nationale”, op.cit., pág. 240.

atteinte aux libertés publiques”. No debe extrañar por lo mismo que los documentos internacionales relativos a la Policía, a los que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, pongan el acento en la necesidad de una formación de los funcionarios policiales sensible a los derechos humanos. Así, el punto tercero del estatuto policial acogido por la Resolución núm. 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la “Declaración sobre la Policía”, prevé: “El funcionario de policía debe recibir una formación general y profesional profunda antes y durante su servicio, así como una enseñanza apropiada en materia de los problemas sociales, de las libertades públicas, de los derechos del hombre, y particularmente en aquello que concierne a la Convención Europea de los Derechos del Hombre”. Y en el art. 2 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, se prescribe: “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”. Pero aún hay algo más a destacar en relación con esta cuestión en el mismo documento. En su Preámbulo, con evidente razón, se afirma que “las normas en sí carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación y mediante vigilancia, pasan a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la ley”.

La Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha previsto, entre los principios básicos de actuación de la Policía, como ya tuvimos oportunidad de exponer, diferentes normas orientadas a que los funcionarios policiales actúen de modo exquisitamente respetuosos con los derechos: sin discriminación, observando un trato correcto y esmerado con la ciudadanía, velando por la vida e integridad de los detenidos, etc. Y entre las funciones mediante cuyo desempeño las Fuerzas de Seguridad llevan a cabo sus misiones constitucionales, cabe recordar (art. 11.1, b/) la de auxiliar y proteger a las personas. Ello no obstante, hemos de coincidir con Sánchez Ferriz⁽³²⁰⁾ cuando advierte acerca de la escasa presencia de los derechos humanos en el articulado de la ley.

(320) Remedios Sánchez Ferriz: “Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades”, en *Revista General del Derecho*, núm. 632, mayo 1997, págs. 5247 y sigs.; en concreto, pág. 5260.

D) La garantía de la seguridad ciudadana:

La garantía de la seguridad ciudadana es la segunda de las misiones constitucionalmente atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ya hemos indicado que la seguridad ciudadana se refiere básicamente a la protección de personas y bienes.

No falta entre la doctrina ⁽³²¹⁾ quien considera que la Constitución, al referirse a la seguridad ciudadana, ha elevado a la categoría de fin lo que en puridad no es sino una función, es decir, uno de los caminos a través de los que se articulan los fines, pudiéndose explicar su inclusión constitucional, posiblemente, en la plasticidad del concepto de seguridad ciudadana y en lo arraigado de su vinculación a la tarea policial.

No concordamos con este criterio. Como se ha afirmado ⁽³²²⁾, la seguridad ciudadana responde a una de las necesidades humanas más fuertemente sentidas por amplios sectores sociales y hunde sus raíces en una de sus aspiraciones más profundas: la seguridad personal. Es por lo mismo por lo que estamos en presencia de un bien social, de un interés social, como lo considera un sector doctrinal ⁽³²³⁾, incluso, de uno de los pilares básicos de la convivencia, y por lo mismo se entiende perfectamente que haya sido positivizado al máximo rango normativo.

Hay que hacer notar que el art. 104.1, al aludir a esta misión policial, utiliza el verbo “garantizar”, frente al de “proteger” empleado en relación al libre ejercicio de los derechos. Estamos ante una diferencia que desborda lo puramente gramatical. Con el empleo del verbo “garantizar” hay que entender que se está subrayando una actividad de preparación y vigilancia orientada a la disuasión. De ahí la relevancia de la prevención en orden a la salvaguarda de este “valor e interés constitucionalmente legítimo”, como lo ha considerado el Juez de la Constitución ⁽³²⁴⁾.

Buena prueba de la trascendencia que el legislador ha dado a la prevención la encontramos en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la

(321) Javier Barcelona Llop: “El Régimen jurídico de la policía de seguridad”, op.cit., pág. 143.

(322) Javier Barriatua San Sebastián: “Aproximación al concepto de seguridad ciudadana”, op.cit., págs. 737-738.

(323) Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell: “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, op.cit., pág. 142.

(324) STC 105/1988, de 8 de junio, fund. jur. 2.

que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, cuya ordenación normativa se orienta a la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentran en situación de peligro, especialmente cuando las actuaciones perseguidas sucedan en espacios abiertos al público.

A través de la seguridad ciudadana se trata de conseguir un estado de normalidad cívica presidido por la sensación objetivable en los ciudadanos de ausencia de riesgos y de peligros ⁽³²⁵⁾, situación social ésta que, como ya hemos reiterado en distintas ocasiones, se orienta, a su vez, a posibilitar el libre ejercicio de los derechos y libertades ⁽³²⁶⁾.

En cuanto pilar básico de la convivencia, se comprende que el Estado moderno haya asumido el velar por la seguridad en régimen de monopolio. Sin embargo, como ya tuvimos ocasión de decir, los últimos lustros nos muestran la progresiva extensión por todas las sociedades de nuestro entorno de la realización de actividades de seguridad por otras instancias sociales o agentes privados. Como fenómeno cada vez más relevante, ha surgido la seguridad privada, y la necesidad de articular las facultades que pueden tener los ciudadanos de crear o utilizar los servicios privados de seguridad con las razones profundas sobre las que se asienta el servicio público de la seguridad, ha conducido a nuestro legislador a aprobar la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, que posibilita (art. 5.1, a/ y b/) a las empresas de seguridad la prestación o desarrollo, entre otros, de los servicios de vigilancia o protección de bienes y de protección de personas, actividades ambas características de la seguridad ciudadana.

Terminaremos significando que la Ley Orgánica 2/1986, especialmente en su art. 11, enumera las funciones concretas que han de asumir las Fuerzas de Seguridad en orden al cumplimiento de sus fines o misiones constitucionales, funciones que constituyen el punto de referencia de las habilitaciones puntuales de intervención de estas Fuerzas.

(325) Alfonso J. Villagómez Cebrián: "Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana", op.cit., pág. 151.

(326) La seguridad ciudadana cuya protección puede requerir de la intervención de las fuerzas de seguridad, según Barcelona, no puede ser otra que la que se altera o agrede a consecuencia de actos o comportamientos, normalmente humanos, que afectan negativamente a los bienes jurídicos cuya tutela material viene constitucionalmente asignada a la policía. Javier Barcelona Llop, "Seguridad ciudadana", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6095 y sgs; en concreto, pág. 6097.

EL TRANSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Víctor M. Martínez Bullé Goyri

SUMARIO: I. Introducción; II. El Estado liberal burgués: A. Aspectos políticos: 1. Soberanía; 2. Democracia: a) La formación de la ley; b) El acceso a cargos públicos; c) El control; 3. Teleología del Estado; 4. División de poderes; 5. Estado gendarme; B. Aspectos jurídicos: 1. Constitucionalismo; 2. Principio de legalidad; 3. Igualdad formal; 4. Derechos humanos; 5. Estado de derecho; C. Modelo económico; III. Crisis del estado liberal burgués; IV. Estado benefactor: A. Aspectos políticos: 1. Democracia y grupos; 2. Teleología del Estado; 3. Estado benefactor; B. Aspectos jurídicos: 1. Igualdad material; 2. Nuevo papel de la ley; 3. Derechos sociales; 4. Estado social de derecho; C. Modelo económico; V. ¿Hacia dónde vamos?

I. INTRODUCCIÓN

Hablar hoy en México del Estado de Derecho parece ser un lugar común, donde desgraciadamente se vierten, sin pudor y sin ningún acierto, un sinnúmero de concejos y opiniones, así como muchos disparates, que cuando no confunden y desinforman, al menos hacen evidente la falta de cultura política y jurídica, cuando no la mala intención o perversión, de quienes las emiten.

Es por ello que resulta acertado en un ciclo de conferencias de actualización jurídica el abordar distintos aspectos del Estado de Derecho, con el fin no de descubrir cosas nuevas, sino por el contrario recordar las viejas, el contenido, origen e implicaciones de este tema que es paradigma fundamental de las sociedades modernas.

Pretendemos por nuestra parte presentar nuestra visión del proceso evolutivo del modelo original del Estado de Derecho, como paradigma del Estado

liberal, a su transformación en Estado social de derecho ya en nuestro siglo. Para esto se hace necesario expresar nuestra explicación personal de la evolución y desarrollo de las sociedades.

Entendemos a la sociedad como un ente dinámico, en permanente movimiento y evolución, que pretende ser regulado por el derecho en su organización política y relaciones internas interpersonales, de acuerdo con un determinado modelo de organización concebido para esa sociedad concreta. Sin embargo, ya sea por la propia dinámica social o por efecto de la aplicación eficiente de las normas jurídicas y modelos políticos, la sociedad cambia y se transforma en sus estructuras y relaciones internas. Ese cambio nos presenta una nueva realidad social.

Cuando la expedición de nuevas normas jurídicas, o la transformación del sistema político, no es oportuna o se retrasa intentando, en una actitud conservadora, mantener el orden político y jurídico vigentes, además de comenzar éstos a perder eficacia, provocan la acumulación de tensiones al interior de la sociedad, que en casos extremos, frente a un estatismo excesivamente prolongado, conducen a un estallido social violento, a una revolución, que pretende en un corto período lograr la renovación y transformación inmediata de las estructuras sociales, que debió de haberse realizado de forma paulatina y consolidada.

Procesos de este tipo son los que han dado origen a los grandes modelos de organización jurídico-política de las sociedades, implicando una transformación total de la sociedad en su conjunto. En esta línea de pensamiento, la crisis del modelo absolutista, que podemos caracterizar y datar precisamente con la Revolución Francesa dio origen, como fruto del siglo de las luces, al Estado liberal, vigente hasta el día de hoy, aunque con importantes ajustes y transformaciones, que comentaremos adelante.

II. EL ESTADO LIBERAL BURGUÉS:

El modelo de organización sociopolítica que vino a sustituir eficazmente a las monarquías absolutistas, y en algunos casos directamente al régimen feudal, ha sido conceptualizado como el Estado liberal burgués. Burgués porque es impulsado y desarrollado por ese entonces pequeño y recién surgido grupo social al que se denominó burguesía, por estar formado por aquellos individuos residentes en los burgos, nacientes ciudades.

Debemos entender al Estado liberal no sólo como un modelo de Estado, sino como un sistema jurídico-político, con consecuencias económicas, que

aglutina un conjunto de elementos tanto de carácter político como jurídico, que lo definen y de cuyo adecuado funcionamiento depende su vigencia como modelo en una sociedad determinada.

Identificamos como elementos básicos en lo político los siguientes: soberanía, democracia, teleología del Estado, división de poderes y un modelo de gobierno caracterizado como Estado gendarme. En la parte jurídica nos encontramos con: el constitucionalismo moderno, el principio de legalidad, la igualdad formal, los derechos humanos y el Estado de Derecho. Por supuesto que estos elementos no agotan la riqueza del sistema, sin embargo consideramos que por su importancia y fuerza la definen y caracterizan.

Todos estos elementos se conjugan dando como resultado el Estado liberal, pero es necesaria la operación de todos ellos a fin de que el sistema funcione, ya que de otro modo la falla en uno de ellos genera el funcionamiento deficiente de los demás y finalmente del propio sistema socio-político. Así, nos encontramos regímenes que nunca han logrado alcanzar efectivamente la vigencia de un Estado liberal, y que en su evolución social vienen arrastrando deficiencias organizativas y de desarrollo institucional, que se convierten en grandes obstáculos a la hora de intentar la adecuación del sistema a los nuevos fenómenos sociales.

El Estado liberal con el conjunto de elementos que lo definen ha venido a ser caracterizado como la misma “modernidad”, y por referencia al pensamiento surgido de su seno, y como “posmodernidad” se entiende él mismo con las importantes transformaciones que ha sufrido con su adaptación al cambio de las condiciones sociales. Vale mencionar que no obstante esas transformaciones que comentamos, y que referimos más adelante, esencialmente el Estado liberal sigue siendo eso: Estado liberal; y siguen siendo los mismos elementos los que lo definen y caracterizan. Pero pasemos ahora al análisis de esos elementos; que como señalamos antes abordaremos en dos grandes rubros, los políticos y los jurídicos:

A. ASPECTOS POLITICOS

1. Soberanía

Como es sabido, la tesis de la soberanía desarrollada de manera principal por Jean Bodino, fue concebida para justificar la concentración del poder, al fin del feudalismo -que por el contrario la atomizó-, en los monarcas absolutistas, a los que incluso por extensión se les denominó soberanos, en cuanto concentraban

en sí mismos todo el poder del Estado, no habiendo otro poder por encima de él; al extremo que con toda propiedad el Rey Sol pudo llegar a afirmar, en frase que pasó a la historia, "el Estado soy yo". Y fue precisamente esa concentración del poder en un sólo individuo, o más bien el abusivo ejercicio del mismo y los vicios que en su entorno generó, lo que propició la caída del modelo absolutista, en cuanto se convirtió en una carga demasiado pesada para los burgueses, que animados por las ideas libertarias e individualistas de los filósofos políticos del siglo de las luces, que exaltaban el valor del individuo frente a la sociedad, se lanzaron a la revolución con la aspiración de construir una nueva organización social que les permitiera sacudirse el peso del monarca absoluto.

Es así que con el liberalismo se da una vuelta de 180 grados a la tesis de la soberanía, lo que casi podríamos llamar la vuelta a la tortilla de la soberanía, y con los mismos elementos teóricos con los que se fundamentó la concentración del poder en el monarca, se fundamenta ahora la titularidad del pueblo de ese poder. Quien era siervo del poder se convierte, por virtud de ese magistral acto de pretidigitación política que fue la Revolución, en titular del mismo; y quien era detentador absoluto del poder pasa en un instante a ser servidor de aquellos que fueron sus siervos. Por eso la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que más que una Declaración es el programa político de los revolucionarios franceses cara a la construcción de un nuevo orden, comienza apelando a la fuente de su legitimidad, que son los nuevos titulares del poder y así el preámbulo comienza diciendo: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional...". Y con más precisión aún lo expresa el artículo 3 de la misma Declaración, que expresa: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún individuo ni corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella".

Esta nueva realidad política donde el pueblo es el soberano y fuente de toda legitimidad para el ejercicio del poder, poco a poco fue entronizándose en todos los textos constitucionales del mundo, conceptualizándose hoy como piedra de toque del constitucionalismo contemporáneo, y una de las decisiones políticas fundamentales del sistema constitucional, de acuerdo con la conceptualización de distinguidos mexicanos como Mario de la Cueva y Jorge Carpizo.

Sin embargo, uno no puede, y no debe, dejar de preguntarse ¿qué tanto este dogma jurídico-político, en que ha devenido la tesis de la soberanía popular, se realiza efectivamente en la vida política institucional de los Estados modernos? ¿Hasta dónde el pueblo, titular teórico del poder, tiene el control sobre aquéllos que "en su nombre" lo ejercen? Creo que la respuesta no siempre será muy alentadora, no sólo en nuestro país sino de manera por demás clara en todos

aquéllos donde el desarrollo institucional del Estado es aún pobre. Pero incluso en los países de mayor desarrollo nunca podremos afirmar que ha habido una total transparencia en ese ejercicio popular del poder. Por más perfectas que sean las democracias, siempre los cargos de poder han sido vistos como un medio para el propio desarrollo de quienes lo ejercen, y de ahí las encarnizadas luchas que se libran por ocuparlos. Más aún, hoy aparecen nuevas estructuras de poder que evaden fácilmente ese vínculo u origen popular, como son las corporaciones económicas, incluso de carácter transnacional, cuyo poder es difícil no sólo de controlar sino incluso de fiscalizar, dada la distinta fuente de su origen que nada tiene que ver con el pueblo, o con sus decisiones y aspiraciones.

2. Democracia

Consecuencia no sólo lógica, sino ineludible y necesaria de la nueva concepción de la soberanía, es la democracia, o más claramente la participación democrática del pueblo en al menos tres aspectos fundamentales de la vida institucional: la formación de la ley, el acceso a los cargos públicos y el control de quienes ejercen esos cargos. La democracia así entendida no se limita, como la entienden hoy la mayoría de las constituciones y textos internacionales, a la organización periódica de procesos electorales. La democracia entonces concebida atiende más a los resultados de la efectiva participación política del pueblo en los aspectos que mencionamos y que a continuación explicamos:

a. *La formación de la ley*: La ley adquiere un papel trascendente en las nuevas condiciones políticas, ya que se convierte en el medio de expresión de la voluntad del pueblo, en especial respecto de la actividad que desea desarrollen quienes ocupan los cargos de poder, así como a la organización de la sociedad misma. De este modo el artículo 6 de la Declaración francesa expresó: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por sus representantes". Se introduce así la necesidad de la democracia representativa y como consecuencia la necesidad de los procesos electorales, que no son la democracia, sino el medio más adecuado para lograr la representación política, como paradigma de las democracias modernas. Pero, si la representación se diluye, se debilita e incluso se anula o desaparece, los procesos electorales en sí mismos carecen de sentido, convirtiéndose en procesos de simple legitimación artificial de quienes ejercen un gobierno que carece de la legitimación que le daría la identificación con la voluntad popular, solamente posible cuando se da efectivamente la representación popular.

Este es el gran error de nuestras “democracias” contemporáneas donde todo se centra en la organización de los procesos electorales, en muchos casos viciados desde su origen (triste ejemplo de esto fue la reciente elección de consejeros ciudadanos en el Distrito Federal), de lo que se quiere hacer depender el desarrollo de la vida institucional del Estado, y cuyos nefastos resultados estamos viviendo cotidianamente.

Es necesario volver a centrar los esfuerzos, no ya en cacareadas reformas electorales como la que lleva más de un año preparándose en nuestro país, sino en la posibilidad real de recuperar la representación política efectiva, que en muchas ocasiones requerirá de mecanismos de democracia directa y representativa, que operen como medios de verificación de la efectividad de la representación, en especial en aquellos Estados con un desarrollo institucional menor y menor homogeneidad en la composición de su población. Para eso son obstáculos los grupos que sin pudor y a costa del pueblo han venido detentando el poder sin ninguna legitimidad y en su propio beneficio, los que seguramente no sólo perderían el poder, sino que serían llamados a rendir cuentas.

b. *El acceso a cargos públicos*: El Estado liberal tiene como presupuesto que el acceso a cargos públicos se funde en un sistema de méritos. La democracia aquí se expresa en la posibilidad de acceso a los cargos públicos con base en elementos objetivos, donde los que ocupan los cargos sean aquellos mejor preparados para su desempeño, siendo el medio de selección de los mismos, que bien puede ser el de los procesos electorales, de nuevo simplemente el medio por el cual la democracia se realice. La democracia así entendida es un resultado, no un medio o un proceso. De esta forma lo estableció el mismo artículo 6 de la Declaración a que nos referimos antes: “Todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos -los de la ley-, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento”.

Se hace así necesario revisar los medios y mecanismos de acceso a los cargos públicos, respecto de los cuales debe haber como presupuesto una importante permeabilidad social, fundada en la capacidad y la representatividad, en torno de la cual se construyan sistemas de servicio civil de carrera fundados en la meritocracia; exigiéndose mecanismos de selección transparentes. Es evidente que ésto no se corresponde con la realidad que vivimos en nuestro país, donde no existe ningún criterio que garantice que los cargos serán ocupados si no por los mejores, si al menos por individuos capaces de desempeñarlos. Los criterios actualmente vigentes se fundan en lealtades personales y políticas, tan mal entendidas que pueden llevar a individuos ineficientes a escalar

gradualmente hasta los más altos niveles del servicio público. Los ejemplos son tantos y tan notorios actualmente que la prudencia recomienda no mencionar nombres.

c. *El control*: Nos referimos aquí al control que el titular del poder político debe tener sobre la gestión de quienes lo ejercen en su nombre. Se trata de un elemento que en el régimen absolutista funcionaba muy bien, dado que el monarca tenía el interés personal en la gestión de sus funcionarios. Respecto de nuestro país, en la época colonial se contó con dos instituciones de gran eficacia para el control y supervisión de la gestión de los funcionarios reales: la visita y el juicio de la residencia. Instituciones que garantizaban que el funcionario deshonesto o ineficiente no continuara ocupando cargos de alta responsabilidad, y menos aun que fuera ascendiendo a cargos más altos como premio a su ineficiencias.

Los revolucionarios franceses dieron mucha importancia a este tema y dedicaron al mismo el artículo 15 de la Declaración, que literalmente señalaba: “La sociedad tiene derecho para pedir cuenta de su administración a todos los empleados públicos”.

La versión moderna del control es el sistema de responsabilidades de los servidores públicos, ausente de forma estructurada en nuestro sistema jurídico-político hasta 1982 cuando se creó a nivel constitucional, a iniciativa del presidente Miguel de la Madrid, el título sobre la responsabilidad de los servidores públicos, pero bajo una concepción que desde su origen fue criticada al establecer un órgano de control de la gestión pública dependiente del propio Poder Ejecutivo, contra la experiencia de todos los países institucionalmente desarrollados del mundo, y contra la más elemental lógica. El sistema, no obstante constantes reformas ha demostrado su ineficiencia, y ha puesto en evidencia la inexistencia en nuestro país de la más elemental cultura de la responsabilidad en lo que al servicio público se refiere. Donde por el contrario campea la cultura de la corrupción en todos los niveles, acompañada de la más absoluta impunidad. Los casos de corrupción a la luz en los últimos tiempos, incluida la familia “exreinante”, no son más que la ofensiva comprobación de este extremo.

Hoy se habla de una nueva reforma, de la creación de un nuevo órgano de control, en esta ocasión fuera del Poder Ejecutivo, pero incrustado en el Legislativo, con lo que se corre el riesgo de la politización de su actuación, además de que uno no puede evitar preguntarse ¿y quién va a controlar a los legisladores? El problema por supuesto no es de la creación o no de nuevos órganos, el problema es esencialmente de cultura y de moral sociales, de los que por desgracia nuestros políticos en términos generales carecen. Sólo nos

queda esperar que el nuevo órgano, que en breve será creado, no se convierta en un botín más de la burocracia tecnócrata carente de todo compromiso histórico con el país (tal vez por su capacitación en el extranjero), y de los más elementales principios de ética pública, y por el contrario sea un primer paso firme en la construcción de este importante aspecto de la democracia.

3. Teleología del Estado

Este es uno de los elementos más importantes del Estado libera, que dota a la organización social y política, que es el Estado, de un fin específico y determinado, distinto de sí mismo; por lo que no cabe formular ninguna teoría donde la seguridad y supervivencia del Estado se ubique como valor superior por encima del individuo, dado que precisamente el fin del Estado no es otro que la garantía de los derechos del individuo, como lo establece el artículo 2 de la comentada Declaración Francesa: “El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

El Estado, en esta concepción, no tiene más razón de existir y otro criterio de legitimación de su ser y actuar que la garantía de los derechos humanos. Esa misma legitimación es la base de la existencia de la fuerza pública dentro del Estado, como lo establece el artículo 12 de la Declaración: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadanos necesita una fuerza pública, esta fuerza es, por tanto, instituida en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes es confiada”.

Esta concepción del Estado resulta de las tesis contractualistas y iusnaturalistas que inciden en el desarrollo teórico del Estado liberal, dado que se trata de exaltar al individuo, y se entiende que el individuo en el estado de naturaleza disfruta a plenitud de todos sus derechos naturales, y al suscribirse el pacto social el individuo renuncia a parte de sus derechos, pero con la convicción de que aquellos que se reserva serán garantizados y respetados por el Estado y el derecho a los que el pacto social da origen.

Es indiscutible que mucho hemos avanzado en nuestro país en los últimos años, con la creación de la Comisiones Nacional y estatales de derechos humanos; así como con la creciente participación de la sociedad en la promoción y exigencia del respeto de los derechos, caracterizada por una verdadera explosión de organismos no gubernamentales dedicados a este fin.

No obstante lo anterior, es evidente la necesidad de una mayor atención a este tema, pues aún se presentan autoridades que no se sienten obligadas a respetar los derechos humanos en el desempeño de sus funciones, como lo

muestran el alto número de recomendaciones incumplidas. Además, de que, por otra parte, todavía existe un grave desconocimiento de lo que son los derechos humanos, incluso entre los funcionarios encargados de su promoción y defensa.

4. División de poderes

El fin que subyace como razón de ser de la misma Revolución Francesa y de su producto -el Estado liberal-, es la reivindicación del individuo en la sociedad y en especial frente al poder, con la consecuente limitación del poder absoluto que detentaba y ejercía el monarca, de tal suerte que surge la necesidad de encontrar distintos medios para limitar el poder, entre los que la división de poderes, no siendo el único medio, se convierte en paradigma, bajo la idea, originalmente de Montesquieu, de que sea el propio poder el que limite al poder, y a la construcción del sistema clásico de división del poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La doctrina universal ha acuñado muchas otras teorías en torno al tema, como la de los pesos y contrapesos en el sistema inglés, en las que ya aparece la idea, más acertada, de que no es propiamente una división del poder, ya que el poder sigue teniendo como único titular al pueblo que lo delega; se trata más bien de una división de funciones, que tiene como fin evitar la concentración de facultades en quienes ejercen el poder por delegación.

Además de que existen muchos otros medios y mecanismos de limitación, contención y control de quienes ejercen el poder, así encontramos límites en sentido temporal, como lo es el establecimiento de períodos de ejercicio de los cargos, con o sin posibilidad de reelección; limitante que puede convertirse en ocasiones en fundamental, como sucede en nuestro sistema presidencial, donde el principio de no reelección se mantiene como una decisión política fundamental del sistema.

Igualmente se limita el poder con la distribución jerárquica de competencias dentro del mismo órgano, que evita que las facultades se encuentren concentradas en un solo individuo, o la distribución horizontal de competencias que persigue el mismo fin. Otra forma de evitar concentración del poder es el debilitamiento de la capacidad de reacción al establecer controles o procedimientos complejos, así como el establecimiento de órganos colegiados para la toma de decisiones.

Esta limitación del poder resultó de tal trascendencia para los revolucionarios franceses, que en el artículo 16 de la Declaración establecieron que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

5. Estado gendarme

Resultado de los elementos político que acabamos de comentar, es un modelo de organización política que ha sido conceptualizado como Estado gendarme, pero en la realidad se trata de un gobierno gendarme, esto es un gobierno que se pretende actúe lo menos posible en la sociedad, únicamente cuando se plantea la necesidad insoslayable de intervenir para garantizar los derechos de los individuos, en tanto que otro miembro de la sociedad los está vulnerando, desde la perspectiva que el límite de los derechos individuales es el respeto de los derechos de los demás (cfr., el artículo 4 de la Declaración francesa).

Se trata de un gobierno pasivo, también caracterizado como el Estado del dejar hacer, dejar pasar. Un Estado en el que se prevé que la iniciativa de la actividad social dependa únicamente de los particulares en su interacción cotidiana. Recordemos que la intención final de todo el proceso revolucionario y la instauración de un nuevo orden, se centra en exaltar la libertad individual y limitar el poder de quienes ejercen las funciones de gobierno, ante lo cual un Estado con un gobierno pasivo resultó ser la consecuencia lógica.

No debe confundirse esta conceptualización del Estado gendarme con la del Estado policía, que es posterior y propia de los gobiernos totalitarios, donde la fiscalización de la actividad privada anula de hecho toda posibilidad de vigencia de la libertad individual y en general de los derechos humanos.

B. ASPECTOS JURIDICOS

Como consecuencia, y a la vez motor y cauce, de esas importantes transformaciones políticas a que nos hemos referido, se impulsaron también grandes cambios jurídicos que de hecho vinieron a transformar de manera substancial la conceptualización del derecho mismo como sistema y marco de convivencia social. Consideramos como los grandes elementos definitorios del Estado liberal en lo jurídico, los que a continuación comentamos.

1. Constitucionalismo

Con el Estado liberal surgen los regímenes constitucionales, y con ellos el llamado constitucionalismo moderno. No es sino hasta el desarrollo de este modelo de organización política que podemos hablar propiamente de la existencia de textos constitucionales, si bien que históricamente se cuenta con importantes

antecedentes como las cartas inglesas, pero que no pueden ser calificados estrictamente de textos constitucionales. Asimismo, cuando en la antigüedad Aristóteles se refería a la Constitución de Atenas lo hacía en términos morfológicos a la organización social ateniense, más no a un texto formal jurídico.

El desarrollo del constitucionalismo permitió a su vez conceptualizar al derecho como un sistema ordenado y jerarquizado, lo que hasta ese momento no era conceptualmente posible, había derecho pero no había sistema jurídico.

El surgimiento del constitucionalismo es consecuencia lógica de la necesidad de limitar y controlar a quienes detentan el poder político y de la atribución de la soberanía a la nación. En primer lugar sólo mediante la construcción de un orden jurídico la nación podía estructurar la vida institucional y regular la actividad de los particulares de forma coherente y permanente, así como establecer los espacios y procedimientos para la construcción de la voluntad general.

De la misma manera la única forma de controlar a quienes detentan el poder es mediante el establecimiento de las estructuras de gobierno con una clara delimitación de las funciones y facultades de los órganos e individuos que participan en él, convirtiéndose el derecho no sólo en el límite al ejercicio del poder, sino en el espacio único de su ejercicio.

Todo esto sólo era posible mediante un sistema jerárquicamente organizado con una norma suprema que contuviera en sí misma los procedimientos de creación del resto de las normas del sistema, así como el diseño de los órganos del poder, con la delimitación de sus competencias y funciones. Esa norma es precisamente la Constitución; por eso el artículo 16 de la Declaración sentenciaba que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”.

Es claro que el constitucionalismo implica necesariamente el reconocimiento de la supremacía jerárquica de la norma constitucional, frente al resto del sistema jurídico, del cual ella misma se convierte en fuente y causa. La Constitución, por otra parte, en el marco del pensamiento liberal no es sólo un texto o una norma, sino que implica como necesidad un conjunto de elementos, de lo que podríamos llamar el sistema constitución liberal, que incluye los límites al poder y la delimitación de sus facultades, los derechos humanos, la democracia, la sujeción del poder político al derecho, entre otros.

2. Principio de legalidad

Si el derecho es marco de ejercicio del poder y el medio de garantía fundamental de los derechos del hombre, resulta indispensable como principio el sometimiento de la actividad pública a la ley. Al mismo tiempo, si la ley es acorde con el derecho natural, que es la filosofía jurídica históricamente vigente en ese entonces, y además representa la voluntad general por su formulación democrática, es lógico el carácter incluso de dogma que la ley alcanzó para los pensadores de la ilustración y los revolucionarios franceses.

La ley, con esas características que le atribuimos en el párrafo anterior, se convierte en el sujeto protagónico de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano. Así, el principio de legalidad resulta presupuesto y elemento definitorio para la vigencia del Estado liberal.

La consecuencia en el largo plazo de ese dogma de la legalidad a que nos hemos referido, son los actuales gigantescos e incluso monstruosos sistemas jurídicos contemporáneos, donde el número y extensión de las normas jurídicas hace imposible su conocimiento y manejo, no ya por la sociedad en general, sino incluso por los juristas dedicados a su estudio, que cada día más tienden a la especialización frente a ese enorme universo.

En este sentido podríamos afirmar que la misma fe en la ley, ha venido a convertirse en la causa de su ineficiencia, ya que al querer tener todo regulado en normas jurídicas hemos hecho crecer su número al grado que resulta imposible su vigencia efectiva en la sociedad, a consecuencia simplemente de la imposibilidad de su conocimiento.

En este orden de ideas, no debe confundirse el simplismo del Estado de leyes con Estado de derecho, la ley puede en este sentido prostituirse y convertirse en simple instrumento de quien detenta el poder, desvinculándose de la fuente de su legitimidad, que es su formulación democrática. Esta es una práctica común de los regímenes no democráticos y dictatoriales, donde quien ejerce el poder se escuda en la ley, que él mismo formula, y a la cual sólo se somete cuando conviene así a sus intereses.

La ley que se concibe en el liberalismo es una ley que es, como señalamos arriba, en primer lugar, acorde con los principios iusnaturalistas, esto es, acorde con una moral social con pretensiones de objetividad, fundada en su propia racionalidad, además de que es la expresión de la voluntad general, como resultado de su formulación democrática. Entendida de otra forma la ley se convierte en simple arbitrariedad, individual y colectiva, y deja de ser "ley" -en sentido estricto- al perder sus valores.

3. Igualdad formal

Sin duda, uno de los elementos que más contribuyeron a la caída del sistema absolutista fue la tajante división de la sociedad entre la nobleza y el resto de la población, además de los resabios de desigualdad que se venían arrastrando aún desde el feudalismo. La ilustración fue un gran momento de exaltación intelectual de la dignidad individual, que implica en sí misma la igualdad entre los individuos, al gozar todos en tanto individuos de los atributos causa de la dignidad. Así, uno de los principios jurídicos sobre el que habría de construirse el nuevo orden fue precisamente el de la igualdad de los individuos frente a la ley, como lo estableció la Declaración en el artículo 6 : “La ley... Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos...”.

Se trata pues de la consagración de la igualdad frente a la ley, de la igualdad formal. Una igualdad que, si bien permitió el desarrollo y vigencia del sistema jurídico, es en sí misma una negación de la designada real, y como tal fuente de profundas injusticias en la convivencia social regulada por el derecho. Baste como ejemplo mencionar la conocida máxima jurídica, consecuencia del principio de legalidad: “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”, e incluso el mismo sistema de entrada en vigencia de las normas jurídicas, que es a partir de su publicación, sin detenerse a considerar el “pequeño” detalle de si sus destinatarios han tenido efectivo acceso a ella. Bajo este principio se exige la adecuación de su conducta a la norma jurídica, a individuos que materialmente no han tenido la posibilidad de conocer la norma, ni se toman en cuenta las diferentes capacidades para entenderla. Es el caso de las comunidades indígenas en nuestro país, y de todas las sociedades que presentan grandes heterogeneidades en su composición.

Este principio pensado para eliminar las diferencias, en su desarrollo no hizo sino profundizarlas y agudizarlas, ya que buscaba eliminar las diferencias pero entre iguales, por lo que no atendió a la desigualdad real; no obstante, debemos reconocer que el principio de igualdad ante la ley es elemento indispensable para la operación y consolidación del sistema jurídico, y que ha recibido ya adecuaciones correctoras, como veremos más adelante.

4. Derechos humanos:

La Revolución francesa ha pasado a la historia como el gran momento de la consagración jurídica positiva de los derechos humanos, y la Declaración

de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, que después fue incluida como preámbulo de las constituciones francesas, como el primer texto positivo en consagrarlos.

Efectivamente los derechos humanos en su conceptualización moderna tienen su origen en ese momento histórico de la caída del absolutismo, y el advenimiento del régimen liberal, que, como su nombre o indica, se funda en la exaltación y protección de la libertad individual y con ella del conjunto de los derechos humanos.

De aquí los derechos humanos pasaron a convertirse en parte esencial y fundamental de todos los textos constitucionales, y ya hoy día en norma de universal observancia en la comunidad internacional.

Es verdad que los derechos humanos en ese momento significaron la exaltación del individuo y su dignidad, y la consagración del respeto a su dignidad como elemento indispensable para la adecuada convivencia social. Ese es el espíritu del liberalismo y del humanismo iluminado del siglo XVI. Sin embargo, en el sistema jurídico-político del Estado liberal burgués, los derechos humanos tienen una función aún más importante, la de constituirse en límites insoslayables para el ejercicio del poder respecto de las relaciones del poder -y de quienes lo detentan- con los ciudadanos.

Con ese carácter fueron concebidos los derechos humanos, como una herramienta de defensa del individuo frente a los órganos del Estado, y hasta la fecha es una de sus características definitorias como herramienta jurídica, no obstante que en la doctrina, particularmente la alemana y recientemente la española, se plantea la vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

5. El Estado de derecho

El Estado de derecho, que no es sino la vigencia real y efectiva del derecho en la sociedad, donde las conductas tanto públicas como privadas se someten a la norma jurídica, es evidentemente, la consecuencia o resultado de la operación eficiente de los elementos jurídicos del Estado liberal a que acabamos de referirnos. Así, el Estado de derecho significa en sí mismo: la efectiva vigencia jerárquicamente superior de la Constitución, el respeto del principio de legalidad, la vigencia de la ley igual para todos los miembros de la sociedad y el respeto y garantía cotidianos de los derechos humanos.

Pretender que el Estado de derecho es otra cosa, no es sino prostituirlo. No debemos identificar Estado de derecho con paz social, aunque ésta sin duda se dé si efectivamente rige aquél. Tampoco es identificable con la estabilidad

política de un gobierno determinado, o con la capacidad de los gobernantes para ejercer el liderazgo que la función de gobierno requiere; aunque si esto no se da, es evidente que el Estado de derecho tiende a debilitarse.

El elemento fundamental del Estado de derecho es el sometimiento de quien detenta el poder a la ley, en cuanto ésta expresa la voluntad de la soberanía. Y no lo contrario, que es el sometimiento de la ley al gobernante, que así la prostituye y convierte simplemente en herramienta para ejercer su gobierno; lo cual sólo puede darse cuando previamente se ha destruido la posibilidad de vigencia de la democracia.

C. MODELO ECONÓMICO

Las transformaciones jurídicas y políticas, a que nos hemos referidos, trajeron como consecuencia importantes transformaciones en todos los ámbitos de la vida social, y muy especialmente en la vida económica, con la instauración del modelo o sistema capitalista, privilegiando el libre funcionamiento de las leyes del mercado y excluyendo, por supuesto, cualquier tipo de intervención en la vida económica por parte de los órganos del Estado. Se consagraron y privilegiaron las libertades de comercio e industria, y se tuteló de manera extrema la propiedad privada, la que incluso, en los términos de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, fue reconocida como un “derecho inviolable y sagrado”, calificación que no se aplicó a ningún otro derecho o expresión de la libertad (cfr., artículo 17).

Bajo las condiciones que hemos descrito el desarrollo del capitalismo fue sumamente exitoso, generó un importante desarrollo, crecimiento de ciudades y una gran riqueza; sin embargo, en su éxito estaba precisamente la simiente de su crisis, ya que la riqueza se acumuló en pocas manos -los burgueses-, incrementando las diferencias en la sociedad. Diferencias que la concepción igualitaria liberal negaba, y que se acrecentaron aún más con la Revolución industrial, que dió origen a una nueva gran clase social -el proletariado- formada fundamentalmente por los obreros de las nacientes industrias, que compartían las mismas demandas y carencias.

III. CRISIS DEL ESTADO LIBERAL BURGUÉS

La crisis del modelo de Estado liberal fue producto, como acabamos de señalar respecto de lo económico, del éxito de su desarrollo. Precisamente el surgimiento del proletariado como consecuencia del desarrollo producido por la

Revolución Industrial, vino a generar de nuevo profundas tensiones en la sociedad, que exigían la urgente transformación de los elementos jurídicos, políticos y económicos del modelo, a fin de eliminar las tensiones.

El modelo tuvo la innegable virtud de ser adaptable, es decir, susceptible de sufrir ajustes en algunos de sus elementos definitorios. Sin embargo, las naciones donde no se realizaron en tiempo dichos ajustes, estallaron en las conocidas revoluciones sociales de principios de siglo; siendo la primera la mexicana, y la más trascendente, sin duda, la rusa. En el caso de Rusia, la revolución no generó transformaciones, por el contrario incubó en un modelo de Estado nuevo y contrapuesto al modelo liberal, el comunista, fundado en la doctrina de Marx y Engels, y que no obstante su larga vigencia, hoy es considerado en términos generales como inviable y agotado, siendo la fecha de su acta de defunción la de la caída del Muro de Berlín. No obstante la hasta hoy necia y lastimosa supervivencia de Cuba como Estado comunista.

En cambio, en la mayoría de los países del mundo se recogieron distintas doctrinas de carácter social, incluida entre ellas la doctrina social de la iglesia Católica, y se transformaron los elementos fundamentales del Estado liberal, a fin de dar respuesta a las nuevas funciones que el Estado y sus órganos debía desarrollar en la sociedad; dando origen a no un nuevo modelo de Estado contradictorio con el Estado liberal, sino a su desarrollo y transformación en un Estado liberal-social o Estado benefactor o de bienestar. Modelo en que el Estado se convierte en el espacio de satisfacción plena de necesidades, tanto las individuales como las sociales, que eran ignoradas en el modelo liberal burgués.

IV. ESTADO BENEFACTOR

El nuevo modelo de Estado no implica, como acabamos de señalar, la anulación de los elementos fundamentales del Estado liberal; éstos se respetan y se enriquecen con una nueva faceta “lo social”. A continuación señalaremos los elementos que desde nuestro punto de vista tienen una transformación mayor, y lo haremos siguiendo el esquema de análisis que venimos manejando, comenzando por los elementos políticos.

A. ELEMENTOS POLITICOS

1. Democracia

Con los cambios sociales, la democracia sufrió importantes transformaciones, ya que, manteniéndose la participación democrática individual como punto de partida, aparecieron poco a poco grupos sociales (no clases), que fueron convirtiéndose en interlocutores sociales no sólo válidos, sino incluso indispensables que tenían que ser atendidos y escuchados para la adecuada conformación de la voluntad general, que después habrá de expresarse en leyes.

Esta transformación de la democracia dio origen al cooperativismo, que ha sido el sustento indudable de muchos sistemas políticos modernos durante todo el siglo. Es el caso de nuestro país, donde podríamos incluso afirmar que la actual crisis del sistema político no es sino la crisis del corporativismo. Debido a vicios en su funcionamiento interno, como la perpetuación de líderes caducos o la no selección democrático de los mismos, la pasividad frente a la defensa de lo intereses representados, el contubernio con intereses ajenos a los gremiales, e incluso la corrupción; que han sido causa de que paulatinamente las corporaciones hayan perdido la representación gremial efectiva, convirtiéndose en simples interlocutores fantasmas de quienes detentan el poder, y dejando por tanto de ser útiles para la sana operación del sistema político.

Los primeros grupos que surgieron, evidentemente fueron los de los propios obreros y patrones, luego los campesinos y propietarios agrícolas, los sindicatos, y paulatinamente durante todo este siglo han venido conformándose más grupos como las mujeres, los estudiantes, los indígenas, los menores, los discapacitados, los periodistas, los burócratas, los miembros de las diferentes iglesias, los pacifistas, los homosexuales, los ecolositas, etcétera, etcétera. Se trata de grupos que representan intereses específicos que deben ser escuchados y atendidos en la conformación de la voluntad democrática.

Conjuntamente con la aparición de los grupos toman gran fuerza dos conceptos: minorías y tolerancia. Las minorías se conforman en general por los grupos a que nos hemos referidos, y que al mismo tiempo que es necesario sean atendidos y escuchados respecto de sus intereses para la operación de la democracia, asimismo no pueden ser desconocidos, eliminados o aplastados por la mayoría en el juego democrático, sino que por el contrario debe tolerarse y respetarse su participación en la vida política, y debe intentarse la búsqueda de consensos que satisfagan, de la mejor manera posible, a la sociedad en general. A esto tienen los modernos sistemas electorales, que por medio de la

representación proporcional, buscan que mayor número de grupos de interés y fuerzas políticas estén representadas en los órganos de expresión de la voluntad popular.

2. Teleología del Estado

El fin que el Estado debe satisfacer ahora ya no es sólo la garantía y el respeto de los derechos humanos, aunque este se mantenga como un fin fundamental. Ahora el Estado, como señalamos arriba, es el espacio para la satisfacción general de necesidades fundamentales. Su función se enriquece con la responsabilidad de generar las condiciones para que pueda darse la satisfacción de esas necesidades, para todos los miembros de la sociedad. Con esto se transforma completamente el papel que el Estado y sus órganos venían desempeñando, para convertirlo en un Estado benefactor, de bienestar o interventor.

3. Estado benefactor

Este nuevo modelo de Estado, o esta transformación del Estado liberal, se caracteriza por su constante intervención en la vida social y económica, con el fin de generar las condiciones y las relaciones que permitan la generación de riqueza y su adecuada distribución en la sociedad, para lograr asegurar mínimos o estandarice económicos, materiales, culturales y de desarrollo para toda la población.

Ya no se trata de un Estado y gobierno inactivo o pasivo, sino que ahora habrá de ser esencialmente activo. Tampoco está ya fuera de la sociedad, sino inmerso y actuante en ella. Lógicamente, esta nueva actividad hizo necesario el desarrollo de un enorme aparato burocrático, indispensable para la atención de esas actividades.

El planteamiento de principio es muy claro; sin embargo, en no pocas ocasiones encontramos perversiones al principio, y el aparato gubernamental crece desmesuradamente, convirtiendo a su gigantesco aparato burocrático en un lastre ineficiente para la sociedad. El Estado, en esas condiciones, no sólo no genera riqueza y la distribuye, sino que la absorbe y consume como un monstruo insaciable; que además elimina a otros operadores económicos, para convertirse en el actor fundamental de la economía, situación que se toma especialmente grave cuando los niveles de corrupción en el propio aparato del Estado son altos.

Contra esta perversión se viene desarrollando en todos los países el llamado neoliberalismo, que pretende fundamentalmente redimensionar al Estado, a fin de que recupere su eficacia y se centre en el cumplimiento de sus funciones prioritarias, dejando en manos de la sociedad el mayor peso de la iniciativa en materia de generación de condiciones económicas. El evidente peligro del planteamiento, es que el Estado abandone parte importante de su actividad social, que de principio es muy difícil que la iniciativa privada atienda de manera adecuada, con lo que los sectores más necesitados de la sociedad quedarían imposibilitados de encontrar satisfactores a sus necesidades más fundamentales, lo que significaría, además del riesgo evidente de inestabilidad social, volver un siglo atrás en el desarrollo de la humanidad.

B. ASPECTOS JURIDICOS

1. Igualdad formal

Ya señalamos arriba los problemas que genero el principio de igualdad liberal, que en su expresión jurídica es la igualdad ante la ley. A fin de superar esa problemática, el derecho hubo de introducir, conjuntamente con la igualdad, el concepto de equidad, que implica el reconocimiento de las desigualdades reales que existen en la sociedad, y que hacen que la aplicación estricta de la ley, en forma igualitaria, pueda convertirse en una profunda injusticia.

Frente a esto el derecho tuvo que ir concluyendo poco a poco elementos y mecanismos para reconocer esa desigualdad real y lograr su superación. Así, el establecimiento de la lesión como institución del derecho civil, la suplencia de la queja en procesos jurisdiccionales, en beneficio de quien se presume el débil en la relación, e incluso el desarrollo de órganos e instituciones como la misma defensoría de oficio, o más recientemente la Procuraduría del Consumidor o las comision de derechos humanos.

2. Nuevo papel de la ley

Por supuesto que se mantuvieron como vigentes tanto el dogma de la ley como el principio de legalidad, que además se torna en piedra de toque para el desarrollo del derecho administrativo, requerido ante el crecimiento de la burocracia.

Por otra parte, la ley vino a convertirse además en un instrumento de plenación y programación de la actividad pública y social, especialmente en lo

económico; surgieron así las llamadas normas programáticas, normas que no establecen el deber ser para lograr su aplicación y vigencia inmediata, sino que establecen lo que deberá ser en un futuro más o menos mediato, o lo que se espera que sea, con el fin de orientar la actividad tanto de los individuos como de los órganos del Estado en esa dirección.

Este nuevo tipo de normas, si bien pueden ser de una gran utilidad para el desarrollo programado y planeado de las sociedades, tienen el innegable vicio de debilitar la fuerza que tenía la ley, tal y como se le concebía en el liberalismo; ya que resulta muy difícil para el individuo ordinario distinguir entre una norma cuya aplicación se exige de manera inmediata y otra que no. Además de que debilita también el control que del poder y quienes lo ejercen debe tener el pueblo, al existir normas cuya aplicación plena no es exigible.

3. Derechos sociales

En lo que respecta a los derechos humanos, éstos no se transformaron, sino que se enriquecieron y redimensionaron con el aspecto social y el reconocimiento de la desigualdad real existente en la sociedad. En efecto, el universo de los derechos humanos, formado hasta entonces exclusivamente por la primera generación, que comprende los derechos individuales y los políticos, tal como fueron concebidos en el liberalismo, vino a enriquecerse con una segunda generación de derechos, hoy conceptualizados como derechos económicos, sociales y culturales.

Esta nueva generación de los derechos humanos está formada por un conjunto de derechos que atienden precisamente a la desigualdad existente en la sociedad, y en este sentido son una especie de mecanismos igualadores, que pretenden ubicar a todos los miembros de la sociedad en un nivel mínimo en las condiciones económicas sociales y culturales; a fin de que a todos los individuos estén en condiciones de disfrutar la satisfacción general de todos sus derechos, que en la práctica, en la concepción liberal, eran inexistentes para una buena parte de la sociedad.

Un derecho específico sirve para ejemplificar esta situación: un derecho típico de la concepción liberal individualista es la inviolabilidad del domicilio, que en sí mismo es protector de la privacidad, la seguridad, la propiedad y intimidad de la vida familiar; sin embargo, para poder efectivamente disfrutar de este derecho, se hace necesario no sólo que una norma jurídica lo reconozca, por más que pueda ser una norma de nivel constitucional, sino que es necesaria una condición material previa e indispensable, sin la cual el derecho ni siquiera puede

surgir, que es precisamente el contar con una vivienda que satisfaga las condiciones requeridas por la dignidad humana; sin ella el derecho comentado se queda en el nivel de discurso. Bajo esta perspectiva se reconoce y consagra el derecho a la vivienda, que pretende garantizar al individuo esas condiciones materiales mínimas.

Estos derechos de carácter social, o de la segunda generación, hacen referencia al ser humano concreto, al individuo que padece hambre, sed, frío o calor, y muchas otras necesidades; mientras que, por el contrario, los derechos de primera generación se refieren al ser humano genérico y abstracto, aludiendo atender a sus condiciones históricas particulares, se satisfacen para todos por igual con la misma conducta por parte del Estado. De esta manera, la segunda generación de los derechos humanos vino a enriquecer el universo de éstos, no sólo con ese amplio catálogo de nuevos derechos, sino con la dimensión de la historicidad como medida para su disfrute y ejercicio.

Es una realidad que aún falta mucho por hacer para que los derechos económicos, sociales y culturales sean una realidad vigente, tanto en nuestro país como en la mayoría de las naciones del mundo, pues aún las desigualdades sociales y la pobreza en que vive gran parte de la población son incluso ofensivas y fuente de inestabilidad y permanentes conflictos sociales.

Especial amenaza al avance en la vigencia de estos derechos, especialmente en los países en desarrollo, son las relaciones económicas internacionales, las impagables deudas externas de los países, que tienen hipotecadas a generaciones y generaciones; además de la nefasta acción de las instancias económicas internacionales, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que imponen rigurosamente medidas draconianas a estos países, con el fin de implementar los modelos neoliberales que inspiran a quienes les canalizan los recursos, sacrificando las más urgentes y básicas necesidades de pueblos enteros, a los que mantienen intencionalmente en el subdesarrollo, para que cumplan adecuadamente la función estratégica que les ha sido asignada en el modelo globalizador que esas instancias promueven.

Más grave aún es la complicidad que los organismos económicos internacionales encuentran en gobiernos ineficientes y corruptos, formados por individuos impreparados, carentes de conciencia nacional y compromiso histórico, y que se preocupan únicamente por enriquecer a costa del pueblo al que han jurado servir, y sostenerse usurpando el poder el mayor tiempo posible. No se hace necesario hacer la referencia concreta a nuestro país, no porque la situación sea otra, sino por la evidencia abrumadora de la misma.

4. Estado social de derecho

Tampoco el Estado de derecho se transformó, como elemento fundamental del Estado liberal, sino que, al igual que otros elementos se enriqueció con la dimensión social, de la que antes carecía. Así se habla ahora de un Estado social de derecho, ya que el Estado deja de ser simplemente un conjunto de órganos ajenos a la sociedad y para los que el derecho es esencialmente el límite y cauce de su actuación.

Ahora el Estado está inserto de lleno en la sociedad e interviene en ella a fin de regular su vida económica, jurídica y social, de acuerdo con esto su relación respecto de la ley también cambia, ya que ahora el mismo Estado es motor de la inmensa mayoría de las transformaciones legales, e incluso aparece la función de la autoridad administrativa de crear normas autónomamente, por la vía de la facultad reglamentaria. En esta línea poco a poco cobran cada vez más peso los órganos de la administración, respecto al función legislativa, ya que son ellos los que elaboran la mayoría de los proyectos normativos, dejando a los órganos legislativos la función de generar los consensos en torno al vigencia de esas normas; lo que es sin duda uno de los elementos de la crisis actual de los poderes legislativos en el mundo, que no se han adaptado y transformado a las nuevas condiciones sociales.

De nuevo el principio puede ser muy claro y positivo, pero en la práctica, especialmente en países con un pobre desarrollo de sus instituciones políticas, ese Estado social de derecho fácilmente se pervierte y se convierte simplemente en un Estado interventor, insaciable en cuanto a las áreas en que hace valer su influencia, y que, como señalamos arriba, al crecer desmesuradamente en sus aparatos burocráticos se torna ineficiente.

El ideal es un Estado que interviene sólo en la vida social y económica para corregir los desequilibrios e ineficiencias que puedan presentarse, especialmente en la atención de las necesidades de los grupos más desfavorecidos, y que ahora disfrutan de nuevos derechos vinculados a esas necesidades. Negativo resulta así un Estado que cada vez interviene más en la sociedad, y no se preocupa ya sólo por regular la equitativa distribución de la riqueza, sino por convertirse en el principal instrumento de su generación, arrebatando a la sociedad una función que le corresponde ineludiblemente.

C. MODELOS ECONOMICOS

Evidentemente el modelo económico se transforma, surgen por una parte los Estados con una economía absolutamente estatificada, como lo fue la URSS, frente a Estados -en la práctica ninguno- donde se pretendió continuar

con un capitalismo puro, dejando en absoluta libertad de operación a las leyes del mercado. La realidad en la inmensa mayoría de los países del mundo es el desarrollo de modelos capitalista regulados por el Estado, por medio de diversas formas de intervención económicas, teniendo mayor o menor intervención según las condiciones sociales y económicas que priven a cada momento.

La caída del bloque soviético, y en consecuencia la evidencia del fin de las economías absolutamente estatificadas, conjuntamente con los procesos de integración regional que se vienen desarrollando, generan ahora nuevos modelos económicos, donde la intervención de los Estados en la vida económica de las naciones, ya queda ya a su libre arbitrio, sino que requiere de un consenso regional e internacional e incluso de las instancias económicas internacionales, como hemos mencionado antes.

V. ¿HACIA DONDE VAMOS?

Resulta sumamente interesante comprobar, que nos obstante la cada día mayor producción de literatura política, no se ha planteado aún un cambio en el modelo de Estado vigente por ya más de dos siglos, cuando más se plantean correcciones que permitan corregir deficiencias que se vienen presentando con la propia transformación de la vida social. En este sentido podemos afirmar que tendremos aún Estado liberal durante un muy buen tiempo.

Pero entonces, ¿qué hacer en países como el nuestro, donde el modelo parece tenernos metidos en una permanente crisis que alcanza ya todos los aspectos de la vida social?, ¿no será que hemos agotado ya el modelo? Yo formularía como respuesta a esta última pregunta otra: ¿no será que realmente no hemos sido aún capaces de desarrollar el modelo? Creo que la respuesta va por esa vía, al menos yo no he encontrado otra. Aún es mucho lo que falta a países como el nuestro por lograr entrar a la modernidad, caracterizada en la vigencia de las instituciones liberales como la democracia, la división de poderes, el respeto irrestricto a la legalidad, la igualdad y la equidad, los derechos humanos y el Estado de derecho.

Sin duda esa es la vía, salir de la cultura de las reglas no escritas que no significa sino arbitrariedad; de la irresponsabilidad y la impunidad de los servidores públicos, quienes entienden la función pública como botín y no como servicio; de la cultura de “la transa” y la mordida; de la conculcación de los derechos políticos cada vez que tenemos procesos electorales; en fin, que dejemos de habar de “un país de leyes”, con derecho a sobarla y manipularla de acuerdo con los intereses particulares de quienes detentan el poder, y nuestros gobernantes entiendan que el Estado de derecho significa sometimiento a la ley y a la soberanía que la genera.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL VOTO DESDE EL EXTRANJERO

Manuel Becerra Ramírez

*No economic programme, no political order,
no environmental or cultural policy
may be successful today
without being related to human rights”
José Ayala Lasso.¹*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La evolución de los derechos humanos; 3. Los Derechos Políticos como parte de los Derechos Humanos; 4. Instrumentos Jurídicos Internacionales; 5. Situación de los tratados de derechos humanos en el orden jurídico Interno; 6. La soberanía.

1. INTRODUCCION

Si algo puede caracterizar a las relaciones internacionales a finales de siglo, es sin duda la importancia que ha cobrado el respeto de los derechos humanos, este concepto, a su vez, está íntimamente ligado a otros dos conceptos claves: estado de derecho y democracia. No es posible aspirar a construir una sociedad moderna y justa sin que se tome como premisa los derechos humanos. Los errores que han cometido muchos gobiernos, con todo y su inclinación paternalista, se han debido fundamentalmente a que han obviado la consulta a la población en los actos fundamentales de su quehacer; quizás ésto ha sucedido por que los titulares de esos gobiernos se consideran interpretes o depositarios permanentes de la voluntad popular, lo que los ha llevado a adquirir rasgos autoritarios que frecuentemente atropellan la voluntad popular, la soberanía popular. Por eso es, se ha visto que toda transición de un sistema autoritario a

(1) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ex- Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador (ver: Ayala-Lasso José, “The international promotion and protection of humans rights: the challenges ahead?”. en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1997, vol I, pág. 39.

otro democrático invariablemente pasa por una revaloración de los derechos humanos y esa situación se refleja en sus nuevas normas constitucionales.

En la discusión nacional sobre el voto de los mexicanos desde el extranjero, creo que se ha olvidado el factor “derechos políticos” como derechos humanos. En la polémica se aducen conceptos como el de soberanía, falta de información, lealtades al extranjero, etcétera; pero ¿qué pasa con los derechos humanos? ¿acaso cuando hablamos de millones de votos desde el extranjero de nuestros conacionales, no es posible hablar de derechos humanos? Precisamente, en este trabajo pretendemos agregar al debate sobre el voto desde el extranjero, la dimensión de los derechos humanos.

2. LA EVOLUCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

La evolución impresionante de los derechos humanos que se inicia, fundamentalmente con la Carta Magna, suscrita por Juan sin Tierra en Inglaterra en el año de 1215², a finales del siglo XX presenta retos interesantes a la doctrina del derecho internacional. La tendencia a proteger al ser humano, frente a los actos de las autoridades, ha alcanzado un grado de desarrollo que se manifiesta en el concepto de universalización de los derechos humanos. En este siglo, la evolución de la protección de los derechos humanos, evoluciona a partir de que los individuos fueron considerados “objetos” del derecho internacional hasta la concepción actual de que ellos son “sujetos” del derecho internacional³. Por supuesto que esta diferencia de óptica trae consigo una transformación muy importante en el Derecho Internacional (DI). En principio, surge una rama independiente del DI; el Estado por vía de esta normatividad (aquí nos referimos a la costumbre, los tratados, los principios generales del derecho y las decisiones jurisprudenciales internacionales) limita su capacidad de imperio respecto del individuo, frente a la comunidad internacional. Después, se ha convertido al sujeto y sus organizaciones (ONGs) en un verdadero motor de la promoción de los Derechos Humanos.

También, durante este siglo, esa evolución de los derechos humanos también ha pasado por momentos claves, como el de la posguerra, en donde los Estados vencedores de la II Guerra Mundial introdujeron apenas unas pinceladas

(2) Ver: Etienne Llano, *La Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional*, Trillas, México, 1987, p. 32.

(3) Buergenthal, Thomas. *International Human Rights*, West Publishing Company, Minnesota, 1988, p. 2.

de la protección de los derechos humanos⁴ y dejaron que un documento como la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, estableciera un catálogo de derechos humanos. En efecto, la Carta de Naciones Unidas, que tiene naturaleza convencional y de la cual nuestro país es parte, establece que es obligación de la ONU promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”⁵. Esta disposición junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 son los instrumentos jurídicos fundamentales a partir de los cuales se ha creado una red de derechos tanto internacionales como nacionales de protección de los derechos humanos en busca de un nuevo orden mundial

Hay que mencionar que la discusión alrededor de la Declaración Universal fue intensa, ya que se enfrentaban dos concepciones del hombre y la sociedad, el del bloque occidental y el socialista. Precisamente esta diferencia trajo por consecuencia la adopción de un documento que si bien tiene una gran validez desde el punto de vista filosófico, desde la perspectiva jurídica, es un documento débil. Ocho miembros de las Naciones Unidas se abstuvieron, lo cual es muy significativo si tomamos en cuenta que en 1948 los miembros de la ONU apenas rebasaban el medio centenar. Además, técnicamente la forma como fue adoptada, una resolución de la Asamblea General, no le daba obligatoriedad internacional; era una mera recomendación.

Sin embargo, exactamente a 50 años de su adopción, su balance es altamente positivo. La Declaración ha servido como modelo que inspira a la legislación interna de muchos Estados; lo que también ha producido el fenómeno de creación de normas consuetudinarias internacionales; es decir, muchas disposiciones de la Declaración Universal, por la vía de la práctica prolongada y al ser considerado obligatorios han alcanzado una indudable fuerza jurídica vinculante. Pero, por si fuera poco, como sabemos, a nivel universal y regional se han adoptado tratados internacionales que conforman un sistema prolijo de norma internacionales que protegen o garantizan los derechos humanos. De entre esos documentos vale la pena mencionar el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles

(4) Ver: los artículos 1 (3), 55 y 56 que son el punto de partida de la protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas.

(5) Art. 55-c de la Carta de San Francisco

(6) Fecha de adopción 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor: 3 de enero de 1976; ratificado por México: 23 de marzo de 1981, D.O.F. 12 de mayo de 1981.

y Políticos⁷ que son como la columna vertebral de un sistema prolijo de normas jurídicas internacionales de derechos humanos.

3. LOS DERECHOS POLITICOS COMO PARTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el punto de vista de la doctrina del derecho internacional, los derechos humanos se clasifican, de acuerdo con su contenido y orden de aparición, en tres generaciones: los derechos de la primera generación que comprenden los derechos civiles y los derechos políticos o de participación política que garantizan precisamente la facultad de los ciudadanos de participar en la vida pública; los derechos de la segunda generación o derechos económicos sociales y culturales; y los derechos de la tercera generación o derechos de solidaridad, como el derecho al desarrollo y al medio ambiente. Esta clasificación meramente académica no implica una efectividad y un congelamiento de los derechos, ya que se mantienen en evolución y sobre todo en adecuación, ya que es evidente que se buscan mecanismos para que dichos derechos se hagan efectivos. En efecto, es en los mecanismos judiciales en donde vemos un desarrollo notable. Las organizaciones protectoras de los derechos humanos buscan hacer efectivos esos derechos que ya están en los tratados internacionales.

Ahora bien, los derechos de la primera generación, y concretamente, los derechos políticos o de participación política tienen una evolución que arranca en el pensamiento político de los siglos XVII y XVIII, con los tres grandes autores clásicos Locke, Montesquieu y Rousseau y se concretiza en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la revolución constitucional estadounidense⁸, que como sabemos son los documentos inspirados de la Declaración Universal de 1948.

Estos derechos políticos de la primera generación tienen como premisa la igualdad de los hombres y de ahí que una entidad no puede ejercer autoridad, si no existe consentimiento de los gobernados. Ahora bien, los derechos humanos implican una limitación de los gobernantes en cuatro aspectos, dice García Laguardia:

(7) Fecha de adopción 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor: 23 de marzo de 1976; ratificación por México: 23 de marzo de 1981, D.O.F. 20 de mayo de 1981.

(8) García Laguardia, Jorge Mario, "Derechos Políticos y Misiones de Observación Electoral", en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, op. cit., vol. 1 p. 430.

- “1. El sistema representativo, designación de los gobernantes a través de elecciones libres y periódicas, que obliga a los detentadores del poder a tener en cuenta y trabajar por consenso legitimador;
2. La división de poderes;
3. La autolimitación a través del reconocimiento del catálogo de derechos en un texto escrito, el constitucionalismo; y
4. El reconocimiento de la jerarquía normativa basada en el principio de legalidad y control jurisdiccional del poder”⁹.

Estos cuatro aspectos son presupuestos de la democracia¹⁰, es decir, hay una relación directa y estrecha entre Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia. Estudios realizados no solamente en el ámbito del derecho, de la sociología o filosofía, sino también desde la perspectiva psicológica, han probado esta relación estrecha entre derechos humanos-estado de derecho-democracia; es decir, el respeto de los derechos humanos¹¹ es un requisito sine qua non para la consecución de un estado de derecho y a su vez para crear un sistema democrático.

Este concepto también está reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su Opinión Consultiva C 9/87 del 6 de octubre de 1987 establece: “La Corte ya se ha referido al Estado de Derecho, a la Democracia representativa y al régimen de libertad penal, y ha puntualizado cómo son consubstanciales con el sistema Interamericano, y en particular con

(9) *Idem*, p. 431.

(10) Para Rubén Correa Freifas, la existencia de la democracia tiene cuatro presupuestos: A. La efectiva vigencia de las libertades públicas; B. La aplicación del principio de la separación de poderes; C. La legitimación de los gobernantes por medio de elecciones libres; D. El sometimiento del Estado y de los gobernantes al principio de legalidad. Los cuales coinciden con los cuatro aspectos de García Laguardia, Correa Freifas, Rubén, “La Democracia a fines del siglo XX”, en *Héctor Gros Espiell*, op. cit., p. 215.

(11) Ver por ejemplo el trabajo original de Eva Orduña, que muestra cómo la clausura de los derechos humanos y en consecuencia del Estado de Derecho afectan a la democracia e inclusive constituye una amenaza para el Estado. Es decir, las violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades producen un efecto de “bumerang”, pues se pone en riesgo el Estado que dicen representar (al respecto ver: Orduña Trujillo, Eva Leticia, *Derechos Humanos y Poder Político en América Latina (un estudio de caso en la ciudad de México)*, Tesis de Maestría en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Filosofía, UNAM, México, septiembre de 1998, p. 249.

el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la Convención...”¹².

De acuerdo con esto, es entendible el porque las nuevas constituciones que han aparecido en los últimos años hacen un gran hincapié en el respeto de los derechos humanos. Esto es evidente en el constitucionalismo de los países del cono sur, después de haber experimentado las dictaduras militares, así como de los países que antes formaban parte del “bloque socialista”.

Tal es el caso, por ejemplo de la Constitución Brasileña de 1988 que reconoce un carácter especial y diferenciado en el derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagradas; así, los tratados de protección internacional de los derechos humanos de los cuales Brasil es Estado Parte, integran de acuerdo con los artículos 5 (2) y 5 (1) de dicha Constitución, “el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y que son directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno”.

Otro ejemplo, de la tendencia latinoamericana de revalorizar el lugar de los tratados de derechos humanos en el orden jurídico interno es Argentina. De acuerdo con la reforma constitucional del 12 de agosto de 1994 se otorgó carácter constitucional” a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos enumerados expresamente, y a los tratados comunitarios (de integración) se les confirió jerarquía superior a las leyes internas, pero por debajo de la Constitución (artículo 75 inciso 24)”.¹³ Independientemente del papel destacado que tiene la jurisprudencia internacional en la evolución de la jurisprudencia y de derecho positivo argentino¹⁴. Esta misma orientación la encontramos en las constituciones colombiana¹⁵ y chilena¹⁶.

Si queremos abundar en esa tendencia de inserción del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos, podemos citar los casos

(12) Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opiniones consultivas y fallos*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1996, pág. 264

(13) Ver Fix Zamudio. Héctor. “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, mimeo, p. 13.

(14) Idem. p. 26, también ver Gutiérrez. Posse. “Influencia de la actividad de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evolución de la jurisprudencia y de derecho positivo argentino”. *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, Volumen 2, op. cit. pp. 483-516.

(15) Monroy Cebra, Gerardo.- “Los derechos humanos en la Constitución Colombiana de 1991”. Héctor Gros op. cit. pp. 863-878

(16) Infante, Ma. Teresa.- “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1980 visto por la jurisprudencia”, en *Héctor Gros*, op. cit. pp. 541-570.

de la Constitución Griega de 1975 y la Rusa de 1993. La Constitución Griega de 1975, actualmente en vigor, adoptó una clara orientación internacional, ya que su artículo 28 párrafo 1, dispone expresamente en su parte relativa que “las reglas generalmente aceptadas del derecho internacional, así como los tratados internacionales son.... parte inseparable del derecho interno griego y prevalecen sobre cualquier otra disposición de carácter interno”.¹⁷

También es paradigmático el caso de Rusia, ya que su Constitución sirve de inspiración a otros documentos constitucionales de la Comunidad de Estados Independientes (CEI). De acuerdo con la Constitución Rusa de 1993 “los principios generales y las normas del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa son parte de su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales de la Federación Rusa establezcan reglas contrarias a las contenidas en las leyes, entonces se aplican las leyes de los tratados internacionales”¹⁸.

4. INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES

Como parte de catálogos de los derechos humanos, los diferentes instrumentos jurídicos internacionales¹⁹ mencionan a los derechos políticos, del individuo, de participar en la elección de sus dirigentes.

· Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Esta Declaración que precisamente en este año cumple cincuenta años de su aprobación ya que, como dijimos anteriormente fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en el año 1948, estrictamente no tiene una característica de instrumento jurídico obligatorio, sin embargo, no hay duda que es el punto de partida para tratados internacionales o bien contienen normas que son obligatorias por la vía de la costumbre internacional. Concretamente en lo que toca a los derechos políticos de los individuos la declaración establece en su artículo 21 lo siguiente:

(17) Fix Zamudio, Héctor.- “Las relaciones entre los Tribunales”...op. cit. p. 27.

(18) Becerra Ramírez, Manuel. *La Constitución Rusa de 1993*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, Centro de Estudios Constitucionales, No. 15, México, 1995, p. 31.

(19) Ver: Rodríguez y Rodríguez Compilador *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*, III tomos, CNDH, México, 1998

“1.- Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

“2.- Toda persona tiene el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

“3.- La voluntad del pueblo es la base de la autoridad de poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”

Como es evidente, la Declaración reconoce como derecho humano de los individuos el de participar en el gobierno, directa o indirectamente por medio de sus representantes. Asimismo, consagra el principio de que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad, que se expresa por medio del voto. Lo cual es un elemento fundamental de la democracia y nótese que no hace ninguna distinción en lo que respecta a la ubicación territorial del sujeto; es decir, no importa si el individuo se encuentra dentro o fuera del país.

La esencia de este artículos que consagra lo que se denomina como libertades democráticas, está en la premisa de que, en la base de los poderes del Estado está la voluntad del pueblo; la cual periódicamente se expresa mediante el sufragio universal u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad y el respeto de la voluntad del pueblo. De las discusiones que se tuvieron en el Grupo de Trabajo para la Declaración, hay que resaltar la posición de Bielorrusia, en aquel tiempo perteneciente a la Unión Soviética, que insistió en que no se hiciese ninguna discriminación entre los ciudadanos para admitirlos al voto²⁰. Aunque hay que mencionar que hubo excepciones que tienen su fundamento en el artículo 29 de la misma Declaración. Esas excepciones tienen que ver con los menores de edad, los alienados y los criminales; precisamente con la finalidad de “asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”²¹

(20) Etienne Llano, *La Protección...* op cit, pp. 89-90

(21) Art. 29 de la Declaración Universal

Este artículo 21 fue aprobado por la Comisión por treinta y nueve votos contra uno y una abstención y cuando se sometió a la Asamblea General fue aprobado por unanimidad.

· Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Este tratado internacional fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y que fue ratificado por México hasta el año de 1981, después de múltiples gestiones de los organismos internacionales no gubernamentales especializados en la promoción de los derechos humanos y del sector académico. El tratado internacional conocido comúnmente como “Pacto de los Derechos Civiles y Políticos”, al igual que la Declaración Universal también consagra el derecho de voto de los individuos como catálogo de los derechos humanos. El art. 25, en efecto establece:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades.

“a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente por medio de representantes libremente elegidos;

“b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

“c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Aunque esta disposición se inspira notablemente en la Declaración Universal, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos es más claro al referirse a “votar y ser elegido”. Nuevamente, no condiciona este derecho a la situación geográfica del individuo y recuérdese que este es un instrumento jurídico que por su naturaleza es obligatorio para las partes.

· Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

A nivel regional, en el continente americano, tenemos esta Declaración adoptada el 2 de mayo de 1948. La naturaleza jurídica de este instrumento internacional también es de carácter recomendatorio. Dice el artículo XX:

“Toda persona, legalmente capacitada tiene derecho a tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódica y libres”.

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH)²²

De los 35 estados que forman parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), 25 han ratificado esta Convención. La Convención Americana, podemos decir es la culminación del sistema de protección de los derechos en el ámbito americano. El sistema inicia con referencias meramente marginales en la carta constitutiva de la OEA de 1948 (los artículos 5 (j) y 16), pero en parte, como sabemos, esa insuficiencia fue llevada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada el 2 de mayo de 1948.

De acuerdo con la Convención los Estados que son parte de ella, contraen dos obligaciones fundamentales:

- a) respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y
- b) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²³.

También es relevante observar que la Convención no tiene carácter autoaplicativo; ya que obliga a “adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”²⁴.

Ya en lo que corresponde a los derechos políticos, es clave el artículo 23 que textualmente dice:

Art. 23. Derechos Políticos, 1. todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) De participar en la dirección de los asuntos políticos directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

(22) Adoptada del 22 de noviembre de 1969, y ratificada por México el 24 de marzo de 1981

(23) Art. 1 de la Convención Americana.

(24) Art. 2 de la Convención Americana.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones, edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal.

Al igual que los demás instrumentos jurídicos internacionales, la CADH establece la obligación para el Estado de garantizar a los individuos el derecho de votar y ser elegido y además podemos observar que el ejercicio de ese derecho político se puede reglamentar y precisamente a eso le correspondería ver en el derecho interno de los estados.

En efecto, de acuerdo con esta disposición la ley interna puede reglamentar el derecho de voto en su aspecto tanto activo como pasivo. Esta reglamentación se puede hacer tomando en cuenta edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso legal. Ahora bien, ¿cómo se puede interpretar esta facultad reglamentaria otorgada a las instancias internas de los Estados partes de la convención Americana?

En principio, hay que tomar en cuenta las reglas de interpretación que la misma convención Americana contiene:

Artículo 29.- Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquier de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

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.

En esencia lo que la Convención establece es que la interpretación de ésta no se debe hacer en el sentido de suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en ella. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha inclinado a interpretar la Convención a favor de los derechos humanos del individuo.

Ahora bien, también la Convención Americana establece los límites de las restricciones que ella misma permite a los derechos humanos:

“Artículo 30.- Alcance de las Restricciones

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Es decir, las restricciones se aplicarán conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Otro parámetro de interpretación lo tenemos también en la Convención Americana, en su artículo 27 que se refiere a los límites de la suspensión de Garantías, que como sabemos generalmente todos los Estados prevén en sus constituciones en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Bien, dicho artículo 27 no autoriza a que en caso de suspensión de garantías se suspendan, entre otras, las garantías contenidas en el artículo 23 (derechos políticos). Es decir, los derechos políticos tienen un rango elevado si es que podemos hablar de una jerarquía de valores.

Las anteriores premisas nos permiten interpretar en su justa dimensión el artículo 23 de la Convención Americana. Cuando éste artículo se refiere a la posibilidad de que “ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucciones, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal”, significa no negar o suprimir los derechos políticos del individuo, sino que por razones de interés general, permite que el Estado lo regule. Sin embargo, iría en contra de la Convención toda reglamentación del Estado que con motivo de la residencia, por ejemplo, suprimiera o negara los derechos políticos del individuo. Insistimos, los derechos de votar y ser votado tienen una mayor jerarquía.

5. SITUACION DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

Ahora bien, para situar el lugar de esos documentos jurídicos internacionales dentro del sistema jurídico mexicano, es necesario analizar la Constitución y precisamente dentro de ella, punto crucial es el artículo 133 de la Constitución, que se conoce como “de la supremacía constitucional”, el cual dice en su versión actual:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las constituciones o leyes de los Estados (lo subrayado es nuestro)

Tradicionalmente, en la doctrina de derecho constitucional²⁵ se ha hablado que este artículo establece una jerarquía de las normas en el ámbito mexicano: en primer lugar se encuentra la Constitución, ordenamiento jurídico más alto; en segundo lugar las leyes constitucionales y los tratados, y en tercer lugar coexisten el derecho federal y el local²⁶.

Concretamente, los tratados internacionales para ser “la Ley Suprema de toda la Unión“, como lo menciona la Constitución, deben de cumplir los tres requisitos que ella misma establece, es decir:

- que sean celebrados por el Presidente,
- que esten de acuerdo con la Constitución y
- aprobados por el Senado

Hay que mencionar que una vez que un tratado internacional se ha realizado conforme lo señala la Constitución mexicana habría que analizar si dicho tratado internacional es autoaplicativo o no. Esto es relevante porque si los tratados internacionales son autoaplicativos automáticamente serán dentro del sistema jurídico mexicano “la ley Suprema de toda la Unión”; en caso contrario, es decir, si no es autoaplicativo se deberá normalmente legislar para adecuar el tratado en cuestión al sistema jurídico mexicano si no se hace, entonces hay responsabilidad internacional y a nivel interno prevalece la Constitución y la legislación interna.

Tomemos un ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al cual, como dejamos dicho, México se adhirió en el año de 1981, establece que:

(25) Ver: Becerra Ramírez Manuel, “La recepción del derecho internacional en el marco constitucional mexicano”, en Rabasa Emilio O., *Ochenta años de vida constitucional en México*, IJJ-UNAM, México, 1998, pp. 515-536

(26) Carpizo, Jorge. “La interpretación del artículo 133 constitucional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año II, núm., 4, enero-abril de 1969, p. 23.

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”
(art. 2.1. Los subrayados son nuestros)

De acuerdo con ésta disposición, en caso de que México no tuviera una disposición concreta sobre los derechos a que se refiere el Pacto, existiría la obligación de legislar, como hemos visto, para hacer efectivos los derechos reconocidos por dicho Pacto. Por supuesto, en dicho supuesto México debería legislar a partir del Pacto que ya es parte de nuestro sistema jurídico interno.

Por otra parte, si estamos hablando de las normas internacionales, y en forma concreta de los tratados internacionales, es necesario mencionar que México es parte de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados de 1969, en virtud de su ratificación realizada el 25 de septiembre de 1974 (la Convención de Viena entró en vigencia el 27 de enero de 1980), y que esta Convención, en primera instancia, prohíbe a los Estados invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de violación de un tratado, ya que textualmente establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27).

Otro principio fundamental contenido en la Convención de Viena y que forma parte también del derecho consuetudinario es el relativo a que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (artículo 26).

Es clara la posición del artículo 133 constitucional, por una lado, sostener la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales, y por la otra, es reconocer la supremacía del orden jurídico federal en el que se incluye a la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados. En otras palabras, los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parte, desde que México los ratifica, parte del sistema jurídico nacional. En caso que no los cumpla, aparte de estar violando normas jurídicas, que insistimos son parte de nuestro sistema jurídico interno, están incurriendo en responsabilidad internacional.

Sin embargo, determinar el lugar de los tratados en el sistema jurídico mexicano no es suficiente, ya que el derecho internacional se manifiesta no

solamente en tratados internacionales sino también en la costumbre internacional, los principios generales del derecho, y como medios auxiliares en la doctrina y las decisiones jurisprudenciales. En materia de derechos humanos, en forma creciente la jurisprudencia internacional juega un papel importante. En muchos países los tribunales apoyan sus decisiones en las sentencias dictadas por tribunales internacionales de derechos humanos.

Esto lo traigo a colación, porque México ha dado un paso trascendente en la protección de los derechos humanos al haber aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ²⁷ que es el mecanismo interamericano de tutela de los derechos contenidos en la Convención Americana.

En consecuencia en México, aparte de los tratados internacionales que protegen los derechos humanos desde el punto de vista objetivo y subjetivo, debemos de tomar también en consideración las decisiones jurisprudenciales internacionales; lo cual aparte de que refleja la gran importancia que tienen los derechos humanos, subraya la necesidad de que se cumplan cabalmente incluyendo, por supuesto, los derechos políticos, bajo el peligro de que nuestro país sea sujeto en la Corte Interamericana de algún procedimiento contencioso.

6. LA SOBERANÍA

Sin duda uno de los aspectos más discutidos en los últimos años en la literatura de derecho internacional contemporáneo es el del concepto de soberanía²⁸. Este concepto ideal nacido en el siglo VI que hace posible la creación de los grandes Estados contemporáneos europeos y piedra angular del derecho internacional se ve sometido en este momento a una discusión profunda. En esa discusión se notan dos tendencias, para algunos la soberanía ya es un concepto caduco que no tiene razón de ser ante los fenómenos de globalización y ante una revolución industrial en donde las tecnologías de la comunicación y de la computación (la telemática) parece que hacen obsoletas las frontera

(27) Fix Zamudio, Héctor, *México y la Corte Internacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, pág. 23 pp.

(28) Se recomienda la obra Valadés Diego, coordinador, *El Papel del Derecho Internacional en América. La Soberanía Nacional en la era de la Integración Regional*; UNAM-The American Society of International Law, México, 1997, pp.

nacionales. Frente a esa postura hay algunos que pensamos que mientras no se resuelva la asimetría de desarrollo entre los diferentes Estados no se puede hablar de que desaparece la soberanía. Es más, el concepto de soberanía debe de fortalecerse ante una embestida política-comercial de los países desarrollados por borrar fronteras con miras a dominar mercados a favor de sus poderosas empresas que trascienden sus fronteras en busca de nuevos mercados (palabras claves en el léxico de los “emprendedores” de Estados Unidos, Japón, Alemania, etcétera) .

Por supuesto en ese fortalecimiento de la soberanía no se plantea un aislamiento, como se podría plantear en una posición del otro extremo. Es cierto de que es necesario adecuar la soberanía a los conceptos de interdependencia y de la Tercera Revolución Industrial.

En ese marco de expansión comercial vs. soberanía, esta el concepto de respeto de los derechos humanos. Algunos que se dicen defender la soberanía pero que se inmutan ante la intromisión económica, hasta la cocina, de los extranjeros en nuestro país, ven con recelo la intervención de los extranjeros en materia de protección de los derechos humanos aun cuando sea por medio de los organismos internacionales en que forman parte y sea sólo para dictar recomendaciones que no tiene fuerza jurídica obligatoria. Para otros, es precisamente un desarrollo natural de la protección de los derechos humanos a nivel internacional. Precisamente, en materia de Derechos Humanos es donde la soberanía en su aspecto interno sufre limitaciones, al ser éstos una preocupación de carácter universal.

En esa readecuación de la soberanía el tema de los derechos humanos debe ser uno de los temas prioritarios. La fuerza del Estado frente al individuo debe de ser limitada por leyes pero cuando no funciona, el individuo necesita de mecanismo de protección que si no se encuentran a nivel interno se deben de encontrar en otras instancias y esas instancias son las internacionales. Por supuesto hay también parámetros para acudir a ellas, como son el agotamiento de los recursos internos; después de haberlos agotado sin éxito, es perfectamente válido que los individuos puedan intentar otras vías en este caso en el exterior.

Por ser el derecho político de votar parte de los derechos humanos, como lo hemos visto ampliamente con anticipación esas ideas. Esto es lo mismo lo podemos afirmar tratándose del posible voto de los mexicanos desde el extranjero. concretamente si México les niega a los mexicanos en el extranjero el derecho de votar estará incumpliendo sus obligaciones internacionales contenidas en instrumentos jurídicos internacionales protectores de los derechos humanos. Simplemente, a manera de hipótesis, hagamos esta pregunta: ¿que pasaría si

los mexicanos en el extranjero reclamaran sus derecho de votar, ante los organismos protectores de los derechos humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo²⁹).

Ahora bien, el voto de los mexicanos desde extranjero ¿pone en peligro la soberanía nacional?. Los que opinan que no al voto desde el extranjero aducen razones de seguridad nacional. Algo así como que el voto es un Caballo de Troya que se puede meter hasta la cocina de las decisiones nacionales en desdoro de la soberanía interna. ¿Será que si votan los mexicanos que están en Estados Unidos (porque no tienen oportunidades en nuestro país) se lesionara la soberanía?, ¿será que si votan los mexicanos que estan allá y que realizan una oportación muy fuerte al producto nacional bruto por medio de sus envíos cuantiosos en dólares, se menoscabará la soberanía interna?.

Estamos de acuerdo en que se debe de cuidar la soberanía nacional, pero ella no esta en detrimento de los derechos políticos de los conacionales. Como que en materia de soberanía, ahora es más importante estar al pendiente de la soberanía económica que es una vía muy amplia en donde los intereses extranjeros pueden hacerse valer.

Consideramos que la discusión en materia de voto en el extranjero no debe ser: voto desde el extranjero vs derechos humanos; la ecuación debe ser: voto en el extranjero + derechos humanos. Una de las bases fundamentales del Mexico que se visualiza en el futuro es el respeto de los derechos humanos, no se puede construir un México más justo, más democrático violando los derechos humanos.

Por otra parte, el asunto del voto en el extranjero tiene otra dimensión en materia de soberanía, y la planteamos con una pregunta: ¿Es posible organizar elecciones de un Estado, dentro de otro?. La práctica internacional nos dice que es posible y de hecho sucede frecuentemente y de una manera que podemos considerar como sigilosa. Simplemente hay que ver que aproximadamente 40 estados en el mundo autorizan a sus nacionales a votar desde el extranjero, y no pasa nada. Sin embargo, en caso de México es atípico ya que estamos hablando de aproximadamente varios millones³⁰, lo que significa el 15% del electorado

(29) Esta no es una hipótesis descabellada ya que al parecer el asunto del voto de los mexicanos desde los Estados Unidos es un asunto prioritario. Ver por ejemplo que representantes de una decena de organizaciones de mexicanos residentes en Estados Unidos elaboraron el *Manifiesto de Chicago*, en el cual piden el derecho al voto para el año 2000 (*Jornada* 12 de noviembre de 1998).

(30) El número de mexicanos en el extranjero, podemos considerarlo alto: 99 % vive o trabaja en los Estados Unidos;

nacional. Entonces, aquí se requiere analizar las leyes del país anfitrión y al final de cuentas es recomendable la negociación de un acuerdo con el país anfitrión. Lo cual no es una idea nueva ya se escucha en otro lado. El acuerdo debe ser desde la base de una estricta soberanía. Aunque el número de mexicanos que con la base de la doble nacionalidad tendrían derecho a votar es muy limitado³¹, los Estados Unidos han expresado su preocupación con la figura de la doble nacionalidad considerándola como una especie de recuperación silenciosa por parte de México de su territorio perdido en el siglo XIX. Lo cual hace pensar que los estadounidenses tendrían interés en la realización de acuerdo internacional para establecer los límites de la actividad política de México en su territorio. No es nada extraño que en acuerdo de ese tipo se permita que los mexicanos con doble nacionalidad puedan votar en las elecciones mexicanas³²

De esa manera el número de mexicanos susceptibles de votar no esta determinado por las frías cifras de los mexicanos que existen el extranjero, dependerá, más bien del grado de interés y/o politización de los connacionales y de los mecanismos para hacer efectivo el derecho de voto.

En los últimos meses se ha suscitado una interesante polémica alrededor de la posibilidad de que los mexicanos voten desde el extranjero³³, esto a partir de que el Instituto Federal Electoral designó a una comisión de 13 expertos en diferentes disciplinas para estudiar la factibilidad del voto de los mexicanos desde el extranjero. En dicha polémica el argumento más fuerte dentro de la postura de los que están en contra del voto de los mexicanos desde el extranjero

1 % en Latinoamérica y Europa

En 1996 la población en Estados Unidos era la siguiente:

7.0 y 7.3 millones de mexicanos,

4.7 y 4.9 millones eran residentes documentados,

2.3 y 2.4 eran indocumentados.

En el año 2000 se calcula: más de 7 millones 7.1 en edad de votar en Estados Unidos. lo significa el 15 % del padrón electoral de 1997.

(31) En el Informe presidencial de septiembre de 1998 se hablaba apenas de 2 572 mexicanos que recuperaron su nacionalidad, lo cual es un número muy limitado en relación con las expectativas en el momento en que se discutía la ley (se hablaba de alrededor de 4.7 y 4.9 millones de mexicanos residentes como potenciales de doble nacionalidad).

(32) *De facto* los Estados Unidos han aceptado la doble nacionalidad. La Suprema Corte ha restringido severamente los poderes del gobierno federal para privar a los individuos de su ciudadanía sobre la base de lazo con otros Estados. El juramento de renuncia nunca ha sido aplicado en parte, porque otros países actualmente han rechazado reconocer la expatriación, en consecuencia en la renuncia forzada disminuiría notablemente el número elegible para naturalizar.

(33) La cual esta contenida en Carpizo Jorge y Valadés Diego, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, UNAM, México, 1998, 140, pp.

parece ser el de que los que tengan una doble nacionalidad no puedan estar legitimados para votar, en virtud de que han protestado lealtad para otro gobierno, aquí hay una clara manifestación de que se quiere pertenecer a otra organización, política, aunque mantengan un vínculo político sociológico por medio de la doble nacionalidad. De ahí que parecería adecuada la fórmula canadiense que exige para tener derecho a votar “haber residido en el extranjero un periodo menor a cinco años consecutivos desde la última visita al propio Canadá”³⁴. De acuerdo con esto, todo aquél que tenga doble nacionalidad, o que haya residido por un periodo de cinco o más años, no podrá votar en las elecciones mexicanas.

El argumento de que se pone en peligro la soberanía nacional por concederle el derecho de voto a millones de mexicanos por haber emigrado en busca de empleos, que el sistema mexicano es incapaz de garantizarles, no es nada convincente. Antes, al contrario, la emigración masiva de nuestros nacionales refleja una política económica fallida del gobierno de una brutal apertura de la economía nacional hacia los Estados Unidos, lo que ha producido una desnacionalización de áreas claves de nuestra economía (el campo, la banca, los recursos naturales, etcétera). Aquí es donde hay que proteger la soberanía. ¿Por qué en lugar de discutir si se les concede a nuestros conacionales sus derechos políticos, que ya los tratados internacionales les reconocen, mejor no los regresamos a México? Simplemente porque para que esto sucediera sería necesario tener un campo productivo y una economía eficiente y sana. En su lugar tenemos una dependencia del extranjero y una desnacionalización gradual que ya desde hace varios años ha disminuido la soberanía nacional.

Sin duda México vive momentos políticos interesantes, transita de un sistema de partido único, hegemónico a otro totalmente plural y competitivo, entonces el voto desde el extranjero es otro paso en la democratización del sistema; México es un momento de transición política no puede dejar olvidados a millones de mexicanos que huyen de sus tierras, con las que están sumamente identificada y arriesgando sus vidas emigran en busca de mejores condiciones materiales de vida y siempre con la esperanza de regresar a sus tierras de origen. Eso independientemente de que hay que tomar en cuenta el impacto económico de las remesas de los trabajadores migratorios desde Estados Unidos, que algunos consideran es el segundo renglón del PNB, después del petróleo.

(34) Idem, pág. 131



ACERTOS E DESACERTOS DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

José Afonso da Silva

SUMARIO: 1. Colocacao de tema - 2. A estabilidade constitucional - 3. Funsoes da reforma constitucional - 4. Balanco das reformas - 5. Globalizacao e reforma constitucinal - 6. Reforma administrativa - 7. Conclusao.

1. COLOCASAO DO TEMA

O exame do tema deve ser sustentado por consideracoes teóricas sobre os fundamentos e funcoes das reformas constitucionais, antes que por uma mera análise empírica, caso a caso, para decidir do acerto ou desacerto das reformas que se processam no ordenamento constitucional vigente. Essa metodologia é a que se tentará nos tópicos seguintes, reservando tópicos finais para apreciacoés concretas das emendas aprovadas.

2. A ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL

1. Quero lembrar, no início desta eposicao, idéias que lancei no meu primeiro livro, há trinta e cinco anos atrás.¹ Ali impregnado do culturalismo e de certo idealismo, observei que “quando uma sociedade nacional se organiza politicamewnte e dá nascimento a uma Estado, já possui ela certa bagagem cultural, que se traduz em ideais comunitários e símbolos de consciencia grupal. Já se formara, entao, uma ordem sócio-cultural, qualificada por uma escala de valores, que historicamente, romanam das relacoes humanas dentro da comunidade nacional. Pois bem, nessas relacoes humanas, no entrechoue de interesses, condicionados primeiramente pelo sistema de producao, gera-se certa

(1) Cf. meu *Recurso extraordinario no direito processual brasileiro*, pp. 11 e ss.

maneira de conduzir social que, em vista do bem comum, adquire o valor do justo. Quer dizer: as condutas sociais ajustam-se ao viver, existir e evoluir comunitário; ordenam-se em função da paz e da segurança sociais para que possa a pessoa humana projetar-se em novos valores que venham a enriquecer e progredir a mesma sociedade e a própria personalidade de cada homem”.

“Mas, nessa gama de elementos qualificados pelo valor do justo, condicionante dos outros valores jurídicos, há aqueles que, historicamente, recebem constância e se constituem em fundamento do existir dessa comunidade nacional. Isto é, a Constituição dessa comunidade se funda nesses elementos, que por isso mesmo, sobrepõem aos demais, transformando-se em primado da nacionalidade.

“São tais elementos constitucionais do grupo que o legislador constituinte intui e transforma em preceitos lógicos” e o conjunto dessas normas fundamentais é que se chama Constituição, a qual reflete aqueles fenômenos jurídicos que importam na própria existência da sociedade, na implicação de seu viver político. Disso decorre a sua supremacia em face de outras normas jurídicas. Prima sobre tudo. Como disse, então, a Constituição é como aquele Uno da filosofia de Plotino, que, por emanacoes, vai criando as camadas inferiores da realidade, aqui, jurídica. Apenas, no ordenamento jurídico, de que a Constituição é o foco luminoso, existe um intermediário, que é o legislador, e a fonte que mantém o brilho daquele foco, que são os ideais de cultura nacional. Essas idéias querem, em suma, destacar que o sentido jurídico de Constituição só se compreende em conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas dos sujeitos e instituições sociais e políticas.

2. A permanência de uma Constituição depende muito de sua capacidade de traduzir os valores mais profundos que informam a sociedade. É desta fonte que promana a missão que a sustenta. Uma Constituição como a de 1988 instituiu uma nova idéia de Direito e uma nova concepção de Estado, o Estado Democrático de Direito, que se inspiram em princípios e valores que incorporam um componente de transformação da situação existente. Esse conteúdo ideológico de transformações sociais provoca ataques que podem ser de dois tipos: políticos ou jurídicos que, por seu lado, requerem defesa compatível com sua natureza. Reproduz-se, aí, em certo sentido, como já disse de outra feita, a situação que ocorreria no século XVIII, quando apareceram os primeiros textos constitucionais, em que os ataques e críticas contra eles assumiram uma dimensão política total, pois a crítica à Constituição, assim, aparece como o resultado da negação prévia de toda a concepção que lhe serve de fundamento,

pelo que a defesa constitucional há, também, que tomar uma perspectiva política e total.²

3. O culto da Constituição, contudo não deve cegar-nos ao ponto de quere-la eterna. Se ela ha de ser um instrumento de realizacao de valores fundamentais de um povo, e, se eses valores, dada a sua natureza histórica, são mutáveis, intuitivo e compreensível será que a obra do constituinte originario, que retira do povo cambiante a seiva legitimadora de seu producto, seja também suscetível de mudancas. Lembra Pedro de Vega, com razão que, “derivada la própria noção de poder constituinte, se compartilharia igualmente a crença de que o poder constituinte de um dia não poderia condicionar o poder constituinte de amanhã. O que, traduzido em outros termos, significa que a Constituição não poderia nem deveria tampouco entender-se como uma lei eterna”.³ Recorda que Jefferson denuncia, em várias ocasiões, como tremendo absurdo que os mortos possam, através de Constituição, impor sua vontade contra os vivos.⁴ De fato, nos estritos de Jefferson, encontramos passagens, tais como a de que alguns homens encaram as constituições com religiosa reverencia e as consideram como a arca do convento, demasiado sagrada para nela se tocar, e atribuem aos homens da época anterior uma sabedoria mais que humana e supoem o que fizeram impossível de ser corrigido, pois uma geração pode obrigar a si mesma enquanto a maioria continua viva; quando esta desaparece, outra a substitui, mantém os direitos e poderes que seus predecessores antes tiveram. Ressaltava que leis e instituições devem acompanhar o progresso do espírito humano. Assim, acrescentava que os verdadeiros amigos da Constituição em sua forma federal, se a desejam que seja imortal, devem atentar para as emendas a fim de a fazerem acompanhar o progresso da época em ciencia e experiencia. Mas, nem por isso, advogava mudancas frequentes e novas nas constituições. Acreditava mesmo que seria preferível suportar imperfeições moderadas porque, ao serem logo conhecidas, nos acomodamos a elas e encontramos meios práticos de corrigir-lhes os maus efeitos.⁵ Semelhante, neste particular, é também a lição

(2) Cf. Pedro de Vega, *Estudios políticos constitucionales*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, pp. 289 e 290. Cf também Carl Schmitt, *II Custode de la costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 9.

(3) Cf. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, pp. 57 e 58

(4) Ob. cit. p. 58

(5) Cf. *Escritos políticos*, pp. 117 a 119, Sao Paulo, IBRASA, 1964, trad. de Leoncio Gontijo de Carvalho.

do nosso grande Pimenta Bueno: “Desde que um povo tem vivido por tempos constituído debaixo de certas condicoes, que geram hábitos e interesses valiosos, nao convém alterar essas condicoes irrefletida ou precipitadamente. E preciso conservar o que é útil, e retocar só aquilo que evidentemente demanda melhoramento; é preciso combinar a estabilidade com o progresso.”⁶

4. O art. 28 da Constituicao francesa de 1793 traduziu essas idéias em um texto normativo do seguinte teor: “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir á ses lois les générations future” (“Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituicao. Uma geracao nao pode sujeitar as suas leis as geracoes futuras”). Significa isso que as constituicoes sao utáveis por natureza, pois já está banida da doutrina constitucional a tese da sua imutabilidade absoluta, “sobretudo porque (como lembra Pinto Ferreira) sao, em grande parte, um decalque e um traslado de condicoes socioculturais em permanente modificacao dialética. O próprio carácter movedico e cambiante das forcas sociais contrastaria como a imobilidade da obra-prima jurídica e constitucional, mais apurada e perfeita que fosse: o estado político e social nao pode cristalizar-se indefinidamente em um texto legislativo”.⁷ A modificabilidade da Constituicao constitui mesmo uma garantia de sua permanencia e durabilidade na medida mesma em que é um mecanismo de articulacao da continuidade do Estado e um instrumento de adequacao entre a realidade jurídica e a realidade política,⁸ realizando assim a sintese dialética entre a tensao contraditoria dessas realidades.

5. As formas de mudanca constitucional sao muito variáveis. Cada realidade produz suas formas jurídicas próprias, e, quando aquela se modifica, estas tendem a se ajustarem na mesma medida. Se a Constituicao é flexivel essa adaptaco se realiza com maior facilidade, ainda que em prejuizo de seguranga jurídica. Se a Constituicao é rigida, a adaptaco é mais dificil e, por regra, realiza-se por um processo de reforma constituional, pois se toda Constituicao é fruto de uma transacao entre forcas sociais, económicas e políticas, o deslocamento dessas forcas requerem uma modificacao na estrutura constitucional, a fim de produzir-se o recondicionamento das forcas sociais.⁹ A

(6) Cf. *Direito público brasileiro e análise da Constituicao do Imperio*. p. 477, Ministerio da Justica e Negocios Interiores/ Servico de Documentacao, 1958.

(7) Cf. *Da Constituicao*, pp. 98 a 99

(8) Cf. Pedro de Vega, ob. cit., pp 67 e ss.

(9) A propósito, cf. José Guillermo Andueza Acuña, “Los cambios constitucionales en América”, na obra coletiva, *Los cambios constitucionales*, p. 7 México, UNAM/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977.

instabilidade da vida material ger a instabilidade do ordenamento constitucional, isso quando a desarmonia entre a Constituicao jurídica e os fatores reais do poder nao a transforma numa simples folha de papel, esvaziando seu conteúdo normativo pela prevalencia das práticas políticas desvinculadas dos limites impostas pelo ordenamento constitucional, como freqüentemente ocorre na América Latina. Essas práticas sao inconstitucionais, mas o domínio do presidencialismo imperial e autoritario se impoe em face da inerica ou da complacencia dos outros poderes. Aí se caracteriza uma forma de desconstitucionalizacao da Constituicao formal ou de parte dela, fenómeno que Loewenstein chama de Constituicao nominal, caso em que a Constituicao é juridicamente válida, mas carece da realidade eistneicial, porque a dinâmica do procesos político nao se adapta as suas normas.¹⁰ Isso quando nao se da a simples destruicao da Constituicao pela forza e sua substituicao por algum instrumento ditatorial.

6. Quando, no entanto, se fala em mudanca constitucional, na teoria do direito constitucional, quer-ser referir aos processos de acomodacao das normas constitucionais a realidade, nao se incluindo aí as formas de rompimento ou de esvaziamento da Constituicao. Assim, só ha duas maneiras de realizar essa acomodacao a reforma constitucional e a mutacao constitucional, que revelam respectivamente processos formais e processos informais de modificacao da Constituicao. E certo, no entanto, que as mutacoes deixarao de ter sentido na medida em que o ordenamento constitucional se veja submetido a continuas reformas,¹¹ como é o caso brasileiro. De fato, as constituicoes brasileiras nao tem tempo de adquirirem maturacao, que é o processo de transformacao e desenvolvimiento de um organismo para o exercicio de suas funcoes, tempo necessario a fecundacao de uma entidade, tal e a ansia de modificacao delas mal entram em vigor. A do Imperio, de 1824, dez anos depois, sófreu profunda alteracao como o Ato Adicional de 1834. A de 1891, trinta e cinco anos depois, em 1926, foi amplamente modificada por diversas emendas. A de 1934, apesar de nao durar quatro anos, sofreu tres emendas. A de 1937 era modificada ao sabor do ditador por leis constituiconais; nos seus pouco menos de oito anos, foi modificada vinte e uma vezes. A de 1946, nos seus cerca de vinte anos de existencia, sofreu vinte uma emendas, algumas longas, e ainda de quatro Atos Institucionais. A de 1967, nos seus pouco mais de dois anos de vida, sofreu o

(10) Cf. *Teoría de la constitución*. p. 218, Barcelona, Ediciones Ariel, 1957

(11) Cf. Pedro de Vega, ob. cit. pág. 81

impacto de treze Atos Institucionais, e a Emenda n.1 de 1969, que na verdade envolveu sua mudanca total, caracterizando, assim, como outra Constituicao, a esta, por sua vez, foi alterada por vinete a seis emendas. A atual comecou a ser modificada já no seu terceiro ano de vida e já sao vinte a seis emendas, algumas bastante amplas, a alterar seu texto.

7. Conclui-se de todo o exposto que, o que se busca nao há de ser a imutabilidade, mas a estabilidade constitucional, “porque dá ás consciencias dos cidadaos uma sensacao de seguranca que redunde em beneficio de ordem, da indústria e da economia, e, ao mesmo tempo, porque permite acumular experiencias que tornam possivel o aperfeicoamento da Constituicao”, conforme licao de James Bryce.¹²

3. FUNCOES DA REFORMA CONSTITUCIONAL

8. A avaliacao do acerto e desacerto de reformas constitucionais depende de saber se estas estao cumprindo as funcoes que se reconhecem para que uma reforma constitucional seja tida como necessaria e legítima. Nota Pedro de Vega,¹³ que tres sao os aspectos em que opera a reforma na moderna organizacao constitucional democrática: (1) em primeiro lugar, como instrumento de adequacao entre a realidade jurídica e a realidade política, e essa é a principal exigencia que responde a reforma constitucional, visto a realidade política é uma realidade em permanente devir e a normatividade constituiona em que se cristalizam imperativos atemporais, fixos e permanentes, de sorte que esse ajuste se torna um imperativo de sobrevivencia de própria Constituicao e da su afuncao de garantia de uma ordem constitucional democrática; (2) em segundo lugar, como mecanismo de articulacao da continuidade juridicta do Estado, extamente para que aquela adequacao das normas constitucionais a realidade, operada através da reforma, se faça sem quebra da continuidade jurídica, porque o poder de reforma e um poder constituído que obtém sua legitimidade no próprio ordenamento jurídico, a operacao de reforma é uma operacao essencialmente jurídica, e, por isso, necessariamente submetida a límites, pois, reformar a Constituicao nao significa dstruí-la, más simplesmente, acoplá-la á realidade histórica, sem que perca sua identidade como estructura conformador ado Estado;

(12) Cf. *Constituciones flexibles e constituciones rígidas*. 2 Ed., pp. 131 e 132, Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1962

(13) *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, pp. 67 e ss. Madrid, Tecnos, 1991.

e sua vocação, no momento, de propiciar a libertação do homem, acrescente-se como Cármen Lucia Antunes Rocha;¹⁴ (3) em terceiro lugar, como instituição básica de garantia, pois é através do procedimento de reforma que a Constituição se transforma em *lex superior*, operando a separação entre lei constitucional e lei ordinária, invertendo o critério de interpretação das normas, já que os afirmamos; *lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*, são substituídos por este outro: *lex superior derogat legi inferior*, do que decorre o surgimento de um poder de aferição da compatibilidade das normas inferiores com as normas superiores, pela instituição da jurisdição constitucional.

9. Não é fácil encontrar na realidade atual uma alteração tão grande que justifique a instauração do processo de reformas, ora em andamento. O que é plausível reconhecer é que a Constituição de 1988 não é a Constituição ideal de nenhum grupo nacional. Talvez suas virtudes estejam exatamente em seus defeitos, em suas imperfeições, que decorreram do processo de sua formação lenta, controversa, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e, por isso mesmo, de muitas negociações. Desse processo proveio uma Constituição razoavelmente avançada, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral, que se abre para o futuro, com promessas de realização de um Estado Democrático de Direito que construa uma sociedade livre, justa e solidária, garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades regionais e sociais, promova, enfim, o bem-estar de todos sem discriminação de qualquer natureza (art. 3º.). Não é, pois, uma Constituição isenta de contradições; com modernas disposições asseguradoras dos direitos fundamentais da pessoa humana, com a criação de novos instrumentos de defesa desses direitos, com extraordinários avanços na ordem social ao lado de uma ordem econômica atrasada. A Constituinte produziu a Constituição que as circunstâncias permitiram, fez-se uma obra certamente imperfeita, mas digna e

(14) Cf. “Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional”. Separata da *Revista de Informação Legislativa*, p. 161. Eis o expressivo texto da autora: “Por isso penso ser a vocação da Constituição, no presente, não apenas conferir ou reconhecer e garantir liberdades, mas propiciar a libertação. Por isso ela é sempre e mais uma obra aberta; não é um projeto estatal construído, mas uma proposta socio-política em permanente construção. A história do homem não tem fim, porque o homem não suporta o sossego do término. A Constituição não pode, então, ter um sentido final e acabado, pois ao invés, então, de liberdade, ela teria o significado de um aprisionar ideais e mudanças nos limites de suas normas”.

preocupada com o destino do polvo, para tanto seja cumprida, aplicada e realizada pois uma coisa são as promessas normativas, outra a realidade.

Aqui é que se situa a questão. Até que ponto se tem realizado. Por certo que dez anos de uma Constituição e tempo razoável para o seu julgamento e para dizer se ela está ou não sendo eficaz, mormente se levarmos em conta que a história constitucional do País revela que nossas constituições têm vida curta e geralmente atormentada. É ela que está regendo os destinos do País. Alguns sintomas demonstram que preordenou mecanismos de sustentação democrática. Fatores de variada natureza, contudo, interferem com a eficaz vigência da Constituição de 1988. Talvez se possa dizer, como resumo de tudo, que a sua parte velha embaraca a aplicação de parte nova. Ela deixou praticamente intacta a estrutura arcaica de poderes. Ela falhou na organização de poder. Um dos arraigados elementos da cultura política brasileira consiste na primazia do Poder Executivo e na tradicional desconfiança no Poder Legislativo. Larca camada do povo mais carente acalenta a cultura paternalista, que vem do coronelismo, e espera do Chefe do Poder Executivo, em todos os níveis de governo, a solução de seus problemas e dificuldades pessoais. Daí decorre um presidencialismo monárquico e personalista, que, não raro, ou quase sempre, tende a governar por cima dos demais Poderes. Instrumentos aceitáveis e conveniente num sistema de governo parlamentarista, acabaram perdurando, de sorte a dar ao Executivo presidencialista mais poderes. O exemplo marcante disso se tem nas medidas provisórias. Mal a Constituição fora promulgada o Presidente da República passou a editá-las indiscriminada e abusivamente, com reedições mais abusivas ainda. O Poder Executivo, assim, não mais submete projetos de lei ao Congresso, porque lhe é mais fácil utilizar desse instrumento, de controle precário, porque surte efeitos desde o momento de sua edição e não raro, cria situações irreversíveis. Enquanto isso, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário se omitem, dominados pelo poder centralizador do Presidente da República, como temos visto com o desenvolvimento de um processo de reformas constitucionais, dominado por ele, numa concepção estranha que busca subordinar o sistema constitucional ao serviço do detentor do Poder. Assim, cada Presidente acabará querendo mudar a Constituição, torcendo-a como a um onco de cera, para amoldá-la a sua imagem, sob a suave aceitação de um Congresso dócil e um Judiciário abúlico. O sistema de representação distorcido, a disfunção do sistema eleitoral e mais práticas arcaicas completam esse quadro.

10. Quer-se concluir com isso que o maior desacerto da reforma constitucional, no meu sentir, está no fato de não se ter começado pela reforma política. Esta que poderia criar os pressupostos de melhor funcionamento do

Estado no interesse do povo vai ficando para as calendas, enquanto se vai retalhando a Carta Magna, ao ponto de já se poder dizer dela, como Seabra Fagundes dizia da Constituição de 1969, que se tornara incompulsável, tal a desordem normativa que as emendas, que tiram e retiram, poem, dispoem e contrapoem, provocam no sistema.

12. Os dez anos de vigência da Constituição, no meu sentir, não a desmerecem. As garantias constitucionais básicas desenvolvem-se normalmente. A democracia, ao menos no seu aspecto político, está funcionando. Podemos mesmo afirmar que estamos vivendo um momento histórico de amplas liberdades políticas, mas ainda não conseguimos aparelhar os meios adequados a efetividade da promessa da Constituição, quando, no preâmbulo, se propõe a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. Ao contrário, em lugar de se construírem as condições económicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social, instaura-se um processo de reforma constitucional que está afastando a Constituição daquela concepção de Ulysses Guimarães de Constituição cidadã, para com as vinte e seis emendas já aprovadas, algumas bastante amplas, transformá-la numa Constituição neoliberal.

13. Parece, nessa perspectiva, que os vencidos estão passando a vencedores. O “Centrao” recupera seu ideário constitucional e fá-lo prevalecer nas reformas em andamento. Fernando Henrique Cardoso vinga-se da derrota sofrida para relator de Constituinte, e se transforma no relator da deformação de obra do poder constituinte originário. Não se trata mais de uma geração mudar a obra de geração precedente, simplesmente porque não houve sucessão de gerações. É a mesma geração a assistir ao desfalecimento de pontos essenciais da obra plasmada por seu poder constituinte. Investem-se na qualidade de intérprete do povo. Usurpam-se poderes populares, em nome dos quais se ataca a Constituição. Servem-se de fórmulas jurídicas - o processo de reforma constitucional - para se perpetrar ataques políticos a Constituição, atingindo-a em pontos essenciais.

14. Ora, se é certo que as constituições não podem ter-se como eternas, também se há de reconhecer que não podem ser transformadas num boneco de cereja nas mãos de cada detentor de poder, que pode torce-lo e moldá-lo em qualquer forma que lhe apraz.¹⁵ Se é certo que a geração cujo poder constituinte

(15) Jefferson disse: “A Constituição, nesta hipótese, é mero objeto de cera nas mãos do judiciário, o qual ele poder torcer e moldar em qualquer forma que lhe apraz” (ob. cit. p. 145)

produziu a Constituicao nao pode ditar regras para as geracoes futuras, e que os mortos nao podem import sua vontade aos vivos, nao e menos certo que isso requer a consideracao de que tenha havido mudanca nas geracoes, o que nao se da nos limites exiguos dos dez anos da Constituicao de 1988 dificulta a tarefa governamental nao pode colher em favor de frequentes mudancas constitucionais, sem levar em conta o rigoroso cumprimento das funcoes da reforma constitucional. Pois, como disse Fábio Konder Comparato: “A razao de ser de uma Constituicao nao e facilitar a acao governamental, mas proteger os direitos fundamentais do cidadao”.¹⁶

4. BALANCO DAS REFORMAS

15. A Constituicao sofreu até agora vinte e seis emendas: seis emendas constitucionais de revisao, em decorrenca do processo da fracassada revisao instaurada nos termos do art. 3 do Ato das Disposicoes Constitucionais Transitórias e vinte emendas comuns aprovadas com base no procedimento previsto no seu art. 60. Darei noticia sintética delas em seguida.

16. Sao as seguintes as Emendas Constitucionais de Revisao (ECR): (1) acrescentou os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposicoes Constitucionais Transitorias instituindo o Fundo Social de Emergencia, para os exercicios financeiros de 1994 e 1995 (ECR 1/94); (2) deu nova redacao ao art. 50, caput, e 2, da Constituicao, apenas para submeter a convocacao da Camara dos Deputados e Senado Federal ou suas Comissoes “quaisquer titulares de orgaos directamente subordinados a Presidencia da República”, além dos Ministros de Estado, em termos que veremos (ECR 2/94); (3) mudou a redacao do art. 12, I, c, II, b, e seus 1 e 4, inclusive para possibilitar a dupla nacionalidade de brasileiros nos casos indicados (ECR 3/94); (4) deu nova redacao ao 9 do art. 14 para incluir a cláusula “a probidade administrativa, a moralidade para o exercicio do mandato, considerada a vida pregressa do candidato” entre os valores a serem protegidos pelas regras de inelegibilidade objeto de lei complementar ali prevista (ECR 4/94); (5) reduziu, no art. 82, o mandato do Presidente da República de cinco para quatro anos; (6) acresceu o 4 ao art. 55 para determinar que a renúncia de parlamentar submetido a processo que vidse ou possa levar a perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberacoes finais de que tratam os 2 e 3.

(16) Apud, Roberto Richelette Freire de Carvalho, “Parecer”, em *Reforma administrativas* p. 35, publicacao da.

17. São as seguintes as vinte emendas aprovadas com base no procedimento estabelecido no seu art. 60. A Emenda n.1, de 31.3.92, modificou o 2º do art. 27 e introduziu os incisos VI e VII no art. 29, fixando limites a remuneração de Deputados Estaduais e de Vereadores, que não formam dignos de autonomia que o texto original lhes outorgou nessa matéria, comentando sérios abusos. A Emenda n.2, de 25.8.92, só alterou o art. 2º da Disposições Transitorias, transferindo o plebiscito de 7.9.93 para 21.4.93, matéria exaurida com a realização do plebiscito nesta data. A Emenda n.3, de 17.3.93, introduziu várias modificações na Constituição, tais como: (1) acrescentou o 6º ao art. 40; (2) deu nova redação ao 11º do art. 42, para incluir na remissão aquele 6º; (3) instituiu a ação declaratória de constitucionalidade; de que já tratamos; (4) introduziu diversas alterações no sistema tributário: (a) da nova redação ao 6º do art. 50, aplicando sua incidência a subsídios, isenções, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, além da anistia ou remissão, relativos a impostos, taxa ou contribuições; (b) acrescenta a esse artigo o 7º, para permitir a responsabilidade pelo pagamento de imposto ou contribuição antes de realização do respectivo fato gerador (fato gerador presumido); (c) eliminar a competência dos Estados para instituir o adicional de imposto de renda, que estava previsto no inc. II do art. 155, mas com efeito apenas a partir de 1996 (art 3º de Emenda); (d) eliminar o imposto de venda a varejo de combustíveis que estava previsto no art. 156, III, como de competência dos Municípios mas com efeito a partir de 1996 (art. 4º da Emenda); (e) dá nova redação ao parágrafo único do art. 160 para incluir os Estados na faculdade ali aberta em favor da União; (f) modificações no inc. IV do art. 167, apenas para incluir a remissão ao 4º; acrescentado ao mesmo artigo, para permitir também a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos estaduais e municipais e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b e II, para a prestação de garantia ou contragarantia a União e para pagamento de débitos para com esta; (g) o art. 2º da Emenda facultou a criação do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, chamado imposto provisório sobre movimentação financeira (IPMF). A Emenda n. 4, de 4.9.93, dando nova redação ao art. 16 da Constituição. A Emenda n. 5, de 15.8.95, altera o 2º do art. 25. A de n. 6, de 15.8.95, modifica o inc. IX do art. 170 e o 1º do art. 176 (definindo empresa constituída sob a lei brasileira, em vez de empresa de capital nacional) e introduz o art. 246 nas Disposições Gerais proibindo adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição alterado por Emenda, e também revoga o art. 171 (que definia a empresa brasileira de capital nacional). A de n. 7, de 15.8.95, altera o art. 178, eliminando a

nacionalização dos transportes inclusive do de cabotagem. A de n. 8, de 15.8.95, altera os incs. XI e XII do art. 21, suprimindo o monopólio da exploração dos serviços de telecomunicações. A de n. 9, de 9.11.95, introduz flexibilização no monopólio do petróleo. A de n. 10, de 4.3.96, altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo sobre o Fundo Social de Emergência. A de n. II de 30.4.96, altera o art. 207, para permitir a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e conceder autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica. A de n. 12 de 15.8.96, cria o art. 74 do ADCT, para dar competência a União para instituir a contribuição Provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, chamado imposto do cheque. A de n. 13, de 21.8.96, dá nova redação ao inc. II do art. 192, apenas para introduzir a palavra “resseguro”, cujo funcionamento fica dependente de autorização nos termos de lei complementar. A de n. 14, de 12.9.96, modifica os arts. 34, 208, 211 e 211 e dá nova redação ao art. 60 do ADCT. A de n. 15, de 12.9.96 dá nova redação ao 4º do art. 18. A de N. 16 *A de n. 16, de 4.6.97*, dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao *caput* do 28, ao inc. II do art. 29, ao *caput* do art. 77 e ao art. 82, introduzindo a possibilidade de reeleição para os mandatos executivos. *A de n. 17, de 22.11.97*, modificando os arts. 71 e 72 do ADCT, para ampliar até 31.12.99 o prazo de arrecadação das contribuições ali previstas. *A de n. 18, de 5.2.98*, dispondo sobre o regime constitucional dos militares, importando em alteração dos arts. 42, 61, § 1º, e 142, mudando as rubricas das Seções II e III do Cap. VII do Tít. III, respectivamente, para «DOS SERVIDORES PÚBLICOS» e «DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS». *A de n. 19, de 4.6.98*, que contém a chamada reforma administrativa, extingue o regime único dos servidores públicos, elimina a isonomia entre servidores e a isonomia entre as carreiras jurídicas, institui novas espécies remuneratórias, introduzindo o subsídio em parcela única para os agentes políticos e certas categorias de funcionários públicos, flexibiliza a estabilidade do funcionário público entre outras providências. *A de n. 20, de 15.12.98*, que modifica o sistema de previdência social.

18. Farei aqui algumas considerações gerais sobre o acerto e desacerto de algumas dessas emendas. A primeira observação é a de que as Emendas Constitucionais de Revisão são de pouca significação: criação do Fundo Social de Emergência, para 1994 e 1995, sucessivamente modificada pelas EC-10 e 17; extinguiu, com duvidosa conveniência, a hipótese de nacionalidade nata de filho de pais brasileiros, desde que registrados em consulado; melhorou a redação do § 9º do art. 14, para o efeito de inelegibilidades; transformou o mandato do

Presidente da República de cinco para quatro anos, o que serviu de argumento à adoção da reeleição, um desacerto que se consolidou com a EC-16, de 4.6.97; melhor teria sido manter o mandato com cinco anos ou, no máximo, com seis anos, sem reeleição. Acertada a providência da ECR-6, de 7.6.94, introduzindo o § 4º no art. 55, para impedir a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato.

19. A EC-1, de 31.3.92, estabeleceu limites à fixação de remuneração de deputados estaduais e vereadores, acertadamente, porque a liberdade originária estava dando margem a abuso. A EC-2, de 25.8.92, antecipou da data do plebiscito, previsto no art. 2º do ADCT, esgotado. A EC-3, de 17.3.93, trouxe muitas inovações: a) estabeleceu a *contribuições previdenciárias dos servidores*, de um ponto de vista geral, acertadamente, dando um tratamento igual aos demais trabalhadores; b) criou a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, um desacerto por seu sentido paralisante de debates em torno de questões fundamentais de interesse coletivo, com possível ofensa ao princípio do contraditório e porque, em certo sentido, trunca o princípio do acesso à justiça; c) acertadamente, eliminou o adicional de imposto de rendas de competência dos Estados; d) mas, desacertadamente, instituiu o imposto sobre movimentação e transação de valores e de crédito e direitos de natureza financeira (IPMF) que se transformou, pela EC-12, de 15.8.96, na CPMF, contribuição provisória de movimentação financeira. A EC-11, de 30.4.96, com acerto, possibilitou às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros. A EC-14, de 12.9.93, modificou os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição e o art. 60 do ADCT, em geral, com acerto, porque procura ordenar recursos para o desenvolvimento do ensino fundamental. A EC-15, de 12.9.96, melhora o enunciado do § 4º do art. 18, sobre criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, conveniente. A EC-16, de 4.6.97, possibilitou a reeleição dos cargos de Chefe de Executivo, com desacerto.

5. GLOBALIZAÇÃO E REFORMA CONSTITUCIONAL

20. A Constituição tinha importantes regras de defesa da ordem econômica nacional: conceito de empresa nacional, controle da remessa de lucros do capital estrangeiro, domínio da União sobre o subsolo, para efeito de exploração ou aproveitamento, monopólio sobre a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulicas, monopólio pela União do

petróleo, ordenação dos transportes aéreos, marítimos e terrestres, predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira brasileira e do país exportador ou importador. Monopólio do serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações. Todos eram estratégias constitucionais de desconexão, ou seja, “de recusa de submeter a estratégia de desenvolvimento nacional aos imperativos da “mundialização””.¹⁷

21. A era da globalização,¹⁸ quando “entra em cena a ideologia do neoliberalismo, como seu ingrediente, produto e condição”,¹⁹ não tolera que países emergentes mantenham defesas constitucionais, como aquelas, que impeçam a influência e o domínio do capital e da tecnologia globalizado, porque, no contexto do capitalismo global, a economia nacional se torna província da economia global.²⁰ A globalização quer dar a idéia de que a economia mundial se expande com reciprocidade entre os Estados, mas, a rigor, a globalização não passa de uma versão tecnológica, mais sofisticada, do velho imperialismo, ou, em outras palavras, segundo Otávio Ianni, “o globalismo não anula nem a interdependência nem o imperialismo. Essas são duas dimensões da realidade histórica e geográfica do capitalismo que se reproduzem e se recriam com maior força ainda”.²¹ Assim, ela também traduz o domínio dos países centrais sobre os povos periféricos, numa relação de interdependência que ainda perdura no concerto das nações. Por isso, posições de defesa do interesse nacional, como constava da Constituição, constituem entraves à sua influência. Daí por que as Emendas Constituições ns. 5, 6, 7, 8 e 9, todas do mesmo dia: 15.8.95, trataram de limpar os trilhos para neles transitar lisamente a globalização. Desfizeram o conceito de empresa nacional, flexionaram o monopólio do petróleo, permitiram a exploração dos minérios por empresas estrangeiras,

(17) Cf. Samir Amin, *La déconnexion, pour sortir du système mondial*, p. 108. Paris, Éditions la Découverte, 1986.

(18) “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço.” (cf. Anthony Giddens, *As conseqüências da modernidade*, pp. 69 e 70, São Paulo, UNESP, 1991.

(19) Cf. Octávio Ianni, *Teorias da globalização*, p. 83, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995.

(20) Cf. Octávio Ianni, ob. cit., p. 17.

(21) Ob. cit., p. 147.

possibilitaram a concessão a empresas privadas, nacional ou estrangeiras, da exploração de energia elétrica, de serviços telefônicos e de telecomunicações. Quer dizer, tais Emendas Constitucionais favoreceram a globalização da riqueza nacional (o que, em última análise, significa alienação), de que as privatizações têm constituído um instrumento eficiente. O desacerto da reforma, nessa hipótese, é patente.

5. REFORMA ADMINISTRATIVA

22. A EC-19, de 4.6.98, modifica o regime e dispõe sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas, e dá outras providências. A primeira observação que quero fazer é a de que a reforma administrativa, veiculada pela EC-19, é desnecessariamente minuciosa e nem sempre coerente.

23. Parecem-me acertadas as seguintes medidas: 1) introdução do *princípio da eficiência* na administração pública; 2) possibilidade de acesso a cargos, empregos e funções público por estrangeiros, na forma da lei, especialmente se a lei direcionar esse acesso a funções técnicas, científicas, de pesquisa e tecnológicas; 3) aferição do mérito em concursos público tendo em consideração a natureza e a complexidade do cargo ou emprego; 4) funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivos; 5) alteração de remuneração e subsídio somente por lei específica, assegurada a revisão geral anual; 6) mantêm-se a vedação de vinculação e equiparação de qualquer espécie remuneratória; a não computação de acréscimos pecuniários para fins de concessão de acréscimos; a irredutibilidade de vencimento e subsídio; a vedação de acumulações remuneradas; 7) corrigiu o defeito original do art. 37, XIX, determinando corretamente que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e *autorizada* a instituição de empresas públicas etc., porque, de fato, não era correto de terminar a criação por lei dessas empresas, o que deve caber à lei é simplesmente autorizar a sua criação; 8) previsão de participação do usuário na administração pública direta e indireta, mas também acertadamente prevê restrição de servidor ao acesso a informações privilegiadas; 9) possibilita a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, mediante contrato, firmado entre seus administradores e o poder público; com isso, no entanto, surge um tipo de contrato de gestão de difícil entendimento entre órgão e o poder público, sendo que o órgão é integrante desse mesmo poder público; a definição da natureza desse contrato vai exigir muita acuidade; talvez não passe

de um simples acordo-programa, conforme já escrevemos; 10) melhora a redação do *caput* do art. 38; 11) prevê a instituição pela União, Estados, Distrito Federal e Município de conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes; desacerto só na forma de designação dos servidores pelo poder público, e não por suas entidades de classe; 12) manutenção de escola de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira; 13) fixação, *por lei*, e não mais por resolução, da remuneração de cargos, empregos e funções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; com isso, tem-se um sistema de controle, mediante veto do projeto de lei, a fim de evitar abuso, muito comum no caso; 14) previsão de estatutos das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias; 15) bastante acertada a extinção do regime jurídico único dos servidores públicos.

24. Restam três temas a considerar: subsídio, teto e flexibilização da estabilidade.

O *subsídio* tradicionalmente era forma de remunerar mandatos políticos. A Constituição o tinha abandonado em favor do termo genérico *remuneração*. Agora, a EC-19 o reincorpora no texto constitucional, como forma de remuneração os agentes políticos e certas categorias de agentes administrativos e policiais. Difere substancialmente do subsídio no conceito tradicional, porque: a) não é forma de retribuição apenas de titulares de mandato eletivo; b) é fixado em parcela única, enquanto o subsídio tradicional compreendia duas partes: uma fixa e outra variável; c) é *obrigatório* para detentores de mandato eletivo federal, estadual, distrital (D.F.) e municipal, para Ministros de Estados, Secretários de Estado, do Distrito Federal e de Municípios, membros do Poder Judiciário, membros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Públicos Federal, Estadual e do Distrito Federal, Advogados da União, Procuradores de Estado e do Distrito Federal, Defensores Públicos e dos servidores policiais (civis e militares); d) é *facultativo* como forma de remuneração de servidores públicos organizados em carreira, se assim dispuser a lei (federal, estadual ou municipal, conforme a regra de competência).

O desacerto que se verifica consiste na manutenção de duas espécies remuneratórias para servidores públicos. Enquanto forma de remuneração de mandatos eletivos e de ocupantes de cargos em comissão, o acerto da medida me parece patente. Já não é assim em se tratando de forma de remuneração de cargos organizados em carreira, como os da Magistratura, do Ministério Público, de Procuradores de Estados etc., porque, sendo em parcela única,

para cargos da mesma classe, ocorrerá que o novato acabará percebendo a mesma remuneração dos mais antigos. A concepção de parcela única é conveniente, para ordenar um sistema remuneratório que busque afastar os penduricalhos que são os meios pelos quais se formam grupos com remuneração elevada e proporcionalmente injusta, os tais marajás.

25. Pode-se discutir se o valor do *teto remuneratório*, ora cogitado, é acertado ou não, mas é razoável que os detentores das cúpulas dos Poderes tenham estipêndios mais elevados do que agentes dos escalões inferiores. Pode-se objetar também que tais detentores têm, além dos subsídios em espécies, outras vantagens que importam em benefícios extras de não pequena monta. Não é fácil estruturar um sistema remuneratório isento de defeitos. Acredito que, se o poder público, em todos os níveis, houvesse executado nesses últimos cinqüenta anos uma política de recursos humanos sadia, com escalonamento remuneratório justo, nada disso precisava estar sendo feito agora. A falta de uma tal política foi gerando distorções, com diversos tipos de vantagens a grupos, classes e pessoas, que resultaram numa enorme desordem na administração de pessoal, com privilégios descabidos e situações injustas, que, agora, se tenta corrigir com tetos e vedações, que não se sabe se terão a eficácia esperada.

26. A *flexibilização da estabilidade*, cujo tempo de aquisição passou para três anos, em lugar de dois, pode criar algum problema para o funcionário, mas ela está cercada de várias garantias, de modo que o bom funcionário pode ficar razoavelmente tranqüilo. O funcionário estável só perderá o cargo: I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III – mediante procedimento e avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. Este último caso é inovação, mas é bastante aceitável, pois um sistema de recursos humanos que se quer eficiente há que avaliar periodicamente seu pessoal, inclusive para readaptações necessárias ao bom desempenho do próprio serviço público. A questão mais delicada está na possibilidade de o servidor estável perder o cargo, no interesse da redução de pessoal, se outros mecanismos previstos não forem suficientes, para ajustar as respectivas despesas aos limites da lei complementar, que hoje é de 60% da receita tributária. Nesse caso, contudo, o servidor que perder o cargo faz jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, e o cargo será considerado extinto. A lei complementar acima referida, como garantia ainda do servidor estável, há de estabelecer critérios e garantias especiais para a perda do cargo. Esses cuidados e garantias tornam a flexibilização da estabilidade, se não um acerto, pelo menos não totalmente reprovável.

6. REFORMA DA PREVIDÊNCIA

27. Não entrarei em pormenores sobre a EC-20/98, que contém a chamada reforma da previdência. Ela tenta ordenar a previdência social, como aspecto fundamental da seguridade social, com a idéia de que esta deve estar, especialmente, voltada para atender aos trabalhadores de rendas baixas, daí que os proventos de aposentadoria fiquem limitados a certa faixa de remuneração, deixando à previdência complementar completar os proventos ao nível das remunerações acima daquele limite. Isso, de certo modo, é justo. Quem ganha mais pode despendar contribuição suplementar para obter a complementação de seus proventos. E quem ganha menos deve ter o direito de receber proventos integrais do sistema geral da previdência. Outra diretriz da reforma está na verificação dos requisitos para auferir a aposentadoria. O sistema anterior era calcado, basicamente, no tempo de serviço, que não, certamente, um fator previdenciário, mas também não o é o sistema adotado de quantidade de contribuições. Seja como for, um fator importante da reforma está precisamente na tentativa de impedir aposentadorias de pessoas jovens. Não tem sentido funcionários se aposentarem aos quarenta e poucos anos ou ao nível dos cinquenta, fundado na contagem de tempo de serviço, como era comum em certas carreiras do funcionalismo, e com proventos integrais. Não há sistema previdenciário que agüente tal prática, que se tornava abusiva, especialmente pela variada forma de computar tempo de serviço. Nesse particular, ainda que com desgosto na generalidade do funcionalismo, não se pode recusar acerto a vários aspectos da reforma previdenciário, mormente levando-se em conta que foram ressalvadas situações subjetivas constituídas.

7. CONCLUSÃO

28. Como se vê, existem acertos pontuais nas reformas constitucionais em andamento. O desacerto está na concepção política que as orienta para a desfiguração do sentido originário da Constituição. Nem sempre as emendas aprovadas corrigem os defeitos da Constituição, não raro os agravam, pois, se se questionava sobre seu caráter demasiadamente analítico, as emendas vêm alongando ainda mais o texto constitucional, que vai ficando ainda mais minucioso e enxundioso.

EN QUÉ MEDIDA INCIDIÓ LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994 EN EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

Ricardo Haro

SUMARIO: I. Nociones preliminares.- II. La Constitución 1853/60: 1. Sistemas de designación y destitución de los magistrados.- 2. Evaluación del sistema de designación.- 3. Evaluación del sistema de destitución.- 4. Conclusión.- III. El Consejo de Magistratura en los diversos sistemas jurisdiccionales: 1. El sistema europeo.- 2. El sistema americano y argentino.- 3. El Consejo de la Magistratura según el sistema vigente.- 4. Concluyendo.- IV. Nuestra opinión sobre las funciones de un Consejo de la Magistratura.- V. El consejo de la Magistratura en la Reforma de 1994: 1. El texto del art. 114 CN.- 2. La experiencia española.- 3. Inquietud.- VI. Cuáles son las pautas que prescribe el nuevo art. 114: 1. En cuanto a la sanción de la ley.- 2. En cuanto a sus funciones.- 3. En cuanto a su integración.- 4. Introducción a las atribuciones.- 5. Las concretas atribuciones según el art. 114 CN: Selección y propuestas de magistrados. Potestad administrativa y presupuestaria. Potestad disciplinaria. Remoción de los magistrados. Potestad reglamentaria.- VII El nuevo procedimiento para la designación de los magistrados.- VIII. Como son removidos de sus cargos los magistrados. 1. Las prescripciones constitucionales.- 2. Reflexiones sobre los textos constitucionales.- IX. Conclusiones.-

I. NOCIONES PRELIMINARES:

A nadie se le escapa que en este tópico, la Convención Reformadora de 1994, realizó importantes y positivas innovaciones en el trascendente tema de la designación y destitución de los magistrados del Poder Judicial de la Nación. No obstante lo señalado, al examinar integralmente la forma cómo ha sido regulado el Consejo de Magistratura, observamos ciertas imprecisiones.

Pero para una mejor y más amplia comprensión del tema, creemos indispensable realizar un análisis comparativo de la reforma efectuada atendiendo tanto a las disposiciones de la Constitución de 1853-60 y a la experiencia histórica de más de un siglo de vigencia, como a las actuales concepciones sobre el gobierno de la Justicia y los objetivos que persiguen los Consejos de la

Magistratura. Este proemio, hechará un poco de luz que nos haga percibir las distintas facetas positivas o negativas de la reforma efectuada.

II. LA CONSTITUCIÓN 1853-60

1. Sistemas de designación y de destitución de los magistrados:

La constitución de 1853-60 disponía, en cuanto a la *designación* que el Presidente de la Nación, “ nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado (ex-art. 86 inc. 5), a similitud de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 que en su Art. II, Sec. 2, dispone que “El Presidente.... por y con el consejo y el consentimiento del Senado, nombrará.... los jueces de la Suprema Corte y todos los demás funcionarios de los Estados Unidos...”.

En lo relativo a la *destitución*, nuestra Ley Suprema prescribía que la Cámara de Diputados “ejerce el derecho de acusar ante el Senado,... a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes” (art. 45); y que el fallo del Senado “no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aún declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación. Pero la parte condenada quedará no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios” (ex-art. 52 y conc. 51). En la Constitución de los Estados Unidos existe similar procedimiento según las prescripciones del Art. I, Sec. 3 y del Art. II, Sec. 4.

Repárase en la adopción que los contribuyentes de 1853/60 realizaron - con mínimas adaptaciones- de las disposiciones de la Constitución de los EE.UU., lo cual es plenamente congruente, con la reafirmación de un igual sentido institucional que en ambos regímenes se otorgó al Poder Judicial.

2. Evaluación del sistema de designación:

No obstante los numerosos aciertos en la designación de muy buenos jueces, lo cierto es que en la historia institucional argentina, se observa que en no pocas ocasiones, el nombramiento de un magistrado se origina en diversas manipulaciones que afectan su dignidad, toda vez que aquél es fruto de múltiples

transacciones en el ámbito de los poderes políticos, advirtiéndose mecanismos de influencia ante los órganos decisorios, con la intervención de numerosos operadores visibles u ocultos, tales como dirigentes partidarios, gobernadores, ministros, legisladores, amigos, parientes, etc.

Toda vez que la nominación de los jueces es atribución exclusiva de órganos políticos, pareciera que necesariamente el procedimiento se politiza partidocráticamente, por la propia proclividad insita del sistema hacia la “politización”, todo lo cual impide meritaciones objetivas y ponderadas que estén solamente preocupadas por la designación de quienes posean la “excelencia” indispensable para mejorar el sistema de justicia. En este sentido, merece recordarse al gran procesalista Podetti, cuando afirmara mordazmente, que para ser Juez de la Nación se requería poseer el título de abogado y contar con una “buena cuña política”.

No se encuentra exento de cierta desviación, el similar procedimiento norteamericano, el cual ha originado parecidos problemas de politización tanto en el momento de la nominación por el Presidente, cuanto en la consideración por el Senado, si bien es más manifiesta esta politización en los jueces de distrito, que en los de circuito en los que se trata de ascender a los de primera instancia. Todo ello, no obstante que los candidatos son investigados previamente por la Comisión de la Magistratura Judicial, de la American Bar Association (ver entre otros Pritchett C. Herman, en *La Constitución Americana*, págs. 156/58).

En más de cuarenta años vividos en la carrera judicial, he recibido alborozado la designación de jueces “de la calle” que poseían relevantes y reconocidas cualidades intelectuales y morales. Pero también he visto ingresar a los mediocres “con cuña”, y me he compadecido indignado, con el olvido y la postergación de destacados y responsables funcionarios y magistrados, que con toda razón se han sentido discriminados, abrumados por la frustración y el desaliento personal y familiar, ante la impotencia de sus acumulados méritos y años de eficiente servicio, que paradójicamente, “no les alcanzaba para un ascenso”, por no tener la “cuña política” que le abriese las puertas de los despachos oficiales. No dudo que había mucho de razón en la afirmación de Podetti.

3. Evaluación del sistema de destitución:

El juicio político prescripto en los art. 45, 51 y 52 del texto 1853, constituyó un procedimiento altamente cuestionado por la falta de agilidad para su

implementación y de efectividad para juzgar la responsabilidad política de los magistrados. Ya en el siglo pasado, Tomás Jefferson sentenciaba que “el juicio político, asusta menos que un “espanta pájaros” y nuestro Matienzo sostenía que “era un resorte más de aparato que de eficacia; y pro eso un escritor de derecho constitucional lo ha comparado a una gran pieza de artillería que estuviera siempre guardada en el arsenal y que no pudiera utilizarse por la dificultad de ponerla en movimiento”.

Esta inoperancia -no superan la decena las oportunidades en que se realizó en más de ciento treinta años de sancionada la CN- se ha debido en nuestra opinión, tanto a la compleja implementación congresional, como a su alto grado de politización. Salvo excepcionales casos en que por el grave impacto en la opinión pública o en el juego institucional, se tornan inevitables, generalmente lo engorroso del mecanismo y los activos intereses políticos en juego, han enervado los intentos loables de su actuación. A veces se le usó correctamente, y en otras se le prostituyó, tornándolo inoperante para el control de la magistratura.

4. Conclusión:

Estas ponderables razones, tornaban imprescindible un cambio de sistema, que asegurase tanto la designación de jueces probos, idóneos, laboriosos, ponderados e independientes, como la destitución ágil de los que no lo son. Pero en esto, es de capital importancia descartar las dos posiciones extremas que perjudican gravemente los sistemas de designación y de destitución de los magistrados: por un lado, la *politización* por parte de los gobernantes de turno; y por otro, la *corporatización* aislante en los estrechos ámbitos de la magistratura. Es preciso desterrar tanto el “partidismo”, el “favoritismo” y el “amiguismo”, como la cerrazón de un corporativismo judicial, la “oligarquía de la toga” o el “establishment” judicial.

III. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LOS DIVERSOS SISTEMAS JURISDICCIONALES

Habiendo realizado una visión de los sistemas para la designación y la destitución de los magistrados, tanto en el aspecto normativo como en el de la práctica institucional argentina, nos parece conveniente expresar seguidamente, algunas consideraciones respecto de una cuestión que para nosotros es de capital y definitiva incidencia en el tema que nos preocupa.

1. *El sistema europeo*: En primer lugar y sin entrar en más extensas consideraciones que este trabajo nos las permite y que ya han sido suficientemente estudiado por la doctrina fundamentalmente a partir de la concepción montesquiana, cabe resaltar que podemos afirmar básicamente que en el *sistema continental europeo*, con régimen parlamentario de gobierno, la función jurisdiccional forma parte de la administración del Estado, y de allí la denominación de “*administración de justicia*” que ha alcanzado equívoco usos. Esta “administración de justicia” se conforma como una organización administrativa jerarquizada, como un orden judicial de lo cual es acabado ejemplo el art. 104 de la Constitución de Italia, cuando dispone: “La Magistratura, constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder”, pero bueno es aclararlo, sin investir la jerarquía de un “Poder del Estado” ni asumir el rol político-institucional de los Poderes Ejecutivo o Legislativo (1).

La función jurisdiccional plena (ordinaria y constitucional) no está encarnada en tribunales que integran el tercer poder estatal, sino que lo está en órganos muy importantes, pero que no dejan de pertenecer a la administración del Estado. De allí que los jueces no tengan otro “status” jurídico que el de funcionarios jerarquizados de la administración. Esto es de trascendental importancia para una acabada comprensión de la función de los Consejos de la Magistratura.

Es por ello, precisamente, que en el sistema europeo, existe un deslinde entre la función jurisdiccional ordinaria y la función del control de constitucionalidad. Aquélla está atribuida a la “administración de justicia” con sus tribunales, a cuya cabeza está por lo general un Tribunal Supremo, mientras que la alta función político - institucional de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos estatales, está confiada a un Tribunal Constitucional, siguiendo el modelo de “sistema concentrado” de la Corte Constitucional pensado por Hans Kelsen para la Constitución de Austria de 1920.

2. *El sistema americano y argentino*: Pero frente al europeo, tenemos el *sistema americano*, que tiene su origen en la constitución de los Estados Unidos de 1787, y en el cual la función jurisdiccional está ejercida por diversos tribunales

(1) Aunque usando la expresión “poder” pero sin el pleno sentido que le otorga el sistema americano, la Constitución de España en su art. 117. 1. dispone que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

que constituyen el *Poder Judicial*, como uno de los tres clásicos Poderes del Estado, con perfil político-institucional propio dentro del esquema del Gobierno, al ejercer simultáneamente y junto a la jurisdicción ordinaria, el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos estatales, que emanen tanto del Gobierno Federal como de los gobiernos provinciales, atenta nuestra forma federal de Estado y el principio de la supremacía constitucional. De allí que se denomine a éste, el sistema difuso de control de constitucionalidad.

En la cúspide del Poder Judicial - integrado por los diversos tribunales e instancias - como cabeza de poder e intérprete último de la Constitución, se encuentra la Corte Suprema de Justicia, que se desempeña igualmente como Tribunal de las Garantías Constitucionales y que al ejercer la instancia definitiva del control de constitucionalidad, cumple el decisivo rol de ser un “Poder moderador de alta dimensión política”, a través del “pouvoir d’empêcher” el accionar de los otros Poderes Ejecutivo y Legislativo, en orden a preservar el equilibrio de los poderes mediante el comportamiento constitucional de cada uno de ellos.

En definitiva, en el sistema americano, la función jurisdiccional en la plenitud de su ejercicio mediante el control de constitucionalidad, está confiada al Poder Judicial, de modo tal que bien se puede afirmar asertivamente, que todos los tribunales y en especial la Corte Suprema de Justicia, son Tribunal y son Poder. Por eso que la Reforma ha mantenido el texto del ex-art. 94, en el actual art. 108, al disponer que “El Poder Judicial de la Nación, será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

3. *El Consejo de la Magistratura según el sistema vigente*: De allí que es preciso tener muy presente esta diferenciación, para advertir cuáles pueden ser las finalidades de un Consejo de la Magistratura en uno u otro sistema.-

A) En efecto, en el sistema europeo de la “administración de justicia”, tanto de la normativa como del comportamiento institucional, surge indudablemente la tendencia a lograr que el Consejo de la Magistratura ejerza la amplia función de “*Gobierno de la Justicia*” o como lo prescribe el art. 122.1. de la Constitución Española “El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo”, es decir que estos órganos lógicamente procuran controlar el “funcionamiento integral” de dicha “administración de justicia”, en las múltiples facetas y dimensiones de su actividad servicial, o como se ha afirmado, “la administración de la Administración de Justicia”.

B) Mientras que por el contrario y como ha sido receptado en algunas

Constituciones Lationamericanas y fundamentalmente en nuestro propio Derecho Público Provincial, el Consejo de la Magistratura no tiende al “gobierno del Poder judicial”, sino que fundamentalmente interviene en la *designación* y en la *destitución* de los jueces, para asegurar y resguardar dos valores fundamentales, que hacen a la esencia de la función judicial en el Estado de Derecho y garantizan la plena vigencia de la seguridad jurídica, los cuales son:

a) Por un lado, la *independencia* del Poder Judicial, y de sus magistrados, no sólo en el desempeño de sus funciones (inamovilidad, irreductibilidad de sus remuneraciones, etc.), sino además en el acceso a los cargos, afirmando procedimientos que traten de enervar las interferencias del “amiguismo”, del “familiarismo” o del “partidismo”.

b) De otro lado, se tiende a garantizar la *idoneidad* de los jueces para el cumplimiento de la alta misión jurisdiccional, idoneidad que comprende no sólo la intelectual, que hace a la capacitación jurídica del futuro magistrado, sino también la ética, que hace a sus calidades humanas, a su buen nombre y buena fama; a la corrección y el decoro en su vivir, a la prudencia y a la poderación de juicio.

4. *Concluyendo*: De las consideraciones precedentes, deducimos en nuestra opinión, que no ha sido feliz en su integridad la reforma constitucional en este tema, pues como lo analizaremos más adelante, se ha llegado a implantar un Consejo de la Magistratura con atribuciones tan amplias como los del sistema europeo, que responden a la finalidad de ejercer un verdadero “Gobierno de la Administración de Justicia”, olvidando que en nuestro diseño institucional, la función jurisdiccional está ejercida en su plenitud, por uno de los Poderes del Estado, el Poder Judicial, el cual no puede ser “gobernado”, sino fundamentalmente asegurado en su independencia e idoneidad mediante mecanismos adecuados para la designación y destitución de los jueces.

IV. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LAS FUNCIONES DE UN CONSEJO DE LA MAGISTRATURA:

En la procuración de un Poder Judicial independiente y eficiente, creemos necesario a la luz de los mejores antecedentes que nos muestran tanto el derecho público provincial como el derecho comparado (Constituciones de Chaco art. 173; Sgo. del Estero art. 166; S. Luis art. 197; Río Negro art. 220; S. Juan art. 214; T. del Fuego art. 160; Italia art. 104; España art. 122; Perú art. 245; Paraguay art. 262, etc.), que un Consejo de la Magistratura debe tener básicamente las siguientes *atribuciones*:

a) Intervenir en el proceso de selección y designación de los magistrados, como así también en sus destinos, traslados y ascensos.

b) Intervenir en la destitución de los magistrados, para el caso en que no existiese un Jurado de Enjuiciamiento específico.

c) Ejercer la potestad reglamentaria y el derecho de iniciativa legislativa en las materias que hagan a su organización interna y al cumplimiento de sus fines.

Para no frustrar el logro de los objetivos señalados, es de capital importancia *la forma en que se integrará y los mecanismos que utilizará* un Consejo de la Magistratura, para lo cual sugerimos las siguientes pautas que ya desde hace tiempo hemos propuesto (v.g. en *Estudios en Honor de Pedro J. Frías*, Acad. Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Cba, T.I pág. 391):

1) Debe existir en él, una *integración pluralista y equilibrada*, de todos los sectores con legítimos interés en la conformación de los órganos jurisdiccionales, tanto desde los ámbitos políticos, como desde los judiciales, los profesionales y eventualmente también los académicos.

Es indispensable la participación de aquéllos que viven inmersos en la “cuestión judicial”, ya sea de “barandillas adentro” como los magistrados y funcionarios, como de “barandillas afuera” como los profesionales del derecho, pues son los que conocen de cerca la realidad judicial, porque la viven, la padecen y la conforman todos los días.

2) Lo anterior coadyuva para que la designación de un juez se haga reuniendo toda la *información* necesaria sobre las cualidades humanas y éticas, sobre la capacitación jurídica y la laboriosidad del candidato. Es preciso saber “quien es quien” para servir correcta y eficientemente a la Justicia.

3) El sistema de selección, deberá asegurar una *apertura e igualdad de oportunidades* mediante la inscripción de todos aquellos que ya desde la carrera judicial como de la actividad profesional, tengan la vocación, el talento y la capacitación jurídica para tan delicadas funciones. Se precisa la “excelencia” que margine tanto el favoritismo como la mera antigüedad.

4) Asimismo es preciso que todas las etapas del procedimiento de selección, tenga una *amplia publicidad* para la adecuada participación y control de la sociedad, fijando un período de impugnaciones, las que deberán ser meritadas con el mayor rigor probatorio y seriedad pertinente.

5) Una vez meritadas las *impugnaciones* que pueden formularse contra los aspirantes, el sistema de selección establecerá mecanismos transparentes y públicos, que aseguren una ponderada, objetiva e integral evaluación de calidades y aptitudes entre los candidatos. En tal sentido, consideramos indispensables

los concursos públicos de antecedentes y oposición, las entrevistas, y los pertinentes test psicológicos (v.g. Uruguay), pues ello hace a la ponderación de juicio de quien en caso de ser designado, será juez nada menos que de la libertad, el honor y el patrimonio de las personas.

V. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA REFORMA DE 1994

1. El texto del art. 114 CN

El recientemente sancionado art. 114, dispone textualmente:

“El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a la magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente.

6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.”

El art. 114 CN tiene en cuanto a la conformación del órgano en sí, una formulación a nuestro entender laxa y genérica, pues sólo presenta ciertas pautas mínimas para la configuración constitucional del Consejo de la Magistratura, cuando el constituyente debió lograr mayores precisiones en una institución de tanta trascendencia.

Se ha justificado esta circunstancia sosteniéndose que en la constituyente no se pudo llegar a un acuerdo sobre el número de miembros y

los sectores que representarían, a la vez que la experiencia española y la novedad de la institución, aconsejaban dejar a la reglamentación legislativa estos aspectos, para poderlos adaptar a la experiencia institucional.

No obstante la razonabilidad de los motivos señalados, esta ambigüa imprecisión, lamentablemente implica un factor disvalioso, pues ha quedado un amplio margen para la definición legislativa en cuanto a las proporciones de los sectores integrados y la forma de designación de sus miembros, circunstancias de trascendental importancia y de la cual en última instancia, dependerá que el Consejo se constituya en un órgano con mayor o menor grado de autonomía de los poderes políticos.

2. La experiencia española

Y esto no es una mera suposición o suspicacia, pues vale recordar que en la *experiencia institucional española*, ha sucedido lo que señalamos, toda vez que dada la discrecionalidad que el texto constitucional concedió al legislador, no obstante ser mucho menos amplia que la concedida al legisferante argentino ya que al menos el art. 122 le fijó 12 jueces y magistrados y 8 abogados y juristas, los antecedentes nos muestran una realidad diametralmente opuesta en las dos oportunidades que las Cortes Generales sancionaron las Leyes Orgánicas del P.J. Veamos: el art. 122 de la Constitución de 1978 dispone que “El Consejo General del Poder Judicial, es el órgano de gobierno del mismo, estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo que lo presidirá, y por 20 miembros nombrados por el Rey... De éstos, 12 entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; 4 a propuesta del Congreso de los Diputados, y 4 a propuesta del Senado, elegidos... entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

La primera Ley Orgánica 1/1980, dispuso que los 12 miembros de origen judicial, serían elegidos por los propios Jueces y Magistrados de cada categoría. Y esto nos parece de capital importancia para lograr los fines de independencia e idoneidad tanto en la designación como en la destitución de los jueces.-

Pero lamentablemente en 1985, al sancionar la modificación de la Ley Orgánica se estableció en el art. 112, que la totalidad de los miembros del Consejo General del P.J., serían propuestos por el Congreso de los Diputados y el Senado, es decir, los 8 que ya les correspondía por el art. 122 de la Constitución, más los 12 Magistrados y Jueces. Este cambio fue una “opción políticamente muy discutible y alejada del ánimo del constituyente” (Torres de Moral, Antonio

en *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. 2, pág. 286), y en el fondo del mismo, latí una actitud de verdadera represalia política contra el Consejo General, que hasta ese momento se había caracterizado por una actitud notablemente crítica frente al gobierno (Fernández Segado, Francisco en *El Sistema Constitucional Español*, pág. 796).

A su turno, el Tribunal Constitucional declaró en trascendental sentencia del 19 de julio de 1986, que la nueva fórmula no transgrede el texto literal de la Constitución, si bien no es la mejor imaginable y que entraña el riesgo de que los grupos políticos distribuyan dichos puestos conforme a la relación de sus fuerzas en las cámaras.

3. Inquietud

Dada la experiencia española, aparece como bastante razonable nuestra preocupación frente a la futura ley del Consejo de la Magistratura, más aún si se tiene en cuenta que queda al legislador argentino -a diferencia del caso español- nada menos que fijar el número de miembros del Consejo, las proporciones por sectores, la forma de selección y designación y la Presidencia.

VI. CUALES SON LAS PAUTAS QUE PRESCRIBE EL NUEVO ART. 114

Elas pueden ser sistematizadas de la siguiente forma:

1. *En cuanto a la sanción de la ley:*

Exige la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, lo cual es muy plausible dado que requerirá seguramente la conformidad de la oposición, circunstancia que alienta la posibilidad de una mayor ponderación en la sanción de la ley.

2. *En cuanto a sus funciones:*

Establece como primordiales, la selección de magistrados y la administración del P.J. No compartimos esta última función por lo que diremos a continuación.

3. *En cuanto a la integración:*

1) *Periodicidad de los cargos* de sus miembros, lo cual es coherente con las exigencias del régimen republicano y la salud del organismo, para evitar influencias y preponderancias nocivas de largas permanencias.-

2) *Equilibrio entre la representación* de los órganos políticos resultantes de la elección popular (P.L. y P.E.), de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de personas del ámbito académico y científico.

En cuanto a los magistrados y abogados, somos de opinión que debe dejarse librado a una elección democrática de cada estamento, por el sistema proporcional D'Hondt, o por sorteo o por rotación de magistrados, con la insoslayable condición que asegure la representación de mayoría y minoría. Nos hacemos cargo de la objeción que hacen algunos para el sistema electivo, pues puede llevar a la politización de los magistrados en la formación de listas.

Finalmente, el apartado debió referirse a juristas de relevante nivel académico, lo que torna innecesario la conjunción confusa y errónea de académicos y científicos. Su designación puede dejarse al P.E. o a las Cámaras del Congreso, pero siempre a propuesta de los Rectores de las Universidades o de las Académicas de Derecho.

3) *Según número y forma que indique la ley*: Aquí está quizás el punto más álgido el tema, y en donde valen las reflexiones realizadas analizando el caso español, más aún si se tiene presente que a diferencia de los Consejos de Italia y de España, que sólo están integrados por jueces y abogados, y además con las proporciones establecidas, en el nuestro el constituyente no lo ha hecho y además, ha incorporado los “representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular”. Sentado ello, es de toda lógica que si los integrantes propiamente políticos llegan a predominar en su composición, el sistema seguirá tan politizado como antes y se habrá frustrado toda buena intención. Esto es de capital importancia.

Una composición posible podría ser: a) El Presidente o un ministro de la corte Suprema de Justicia de la Nación para la Presidencia del Consejo; b) 6 magistrados elegidos por sus pares; c) 6 legisladores; d) 1 o 2 representantes del P.E.; e) 4 abogados de la matrícula y, f) 2 profesores titulares o juristas destacados.- En caso que el Consejo tuviese intervención en la designación de los miembros del Ministerio Público, debería integrarse el Consejo con el Procurador General de la Nación y 2 Procuradores Fiscales.

Con esta integración pluralista y equilibrada que propugnamos, se evita tanto la “politización” como la “corporatización” en el cumplimiento de las amplias atribuciones que se le ha acordado al Consejo.

4. *Introducción a las atribuciones:*

1) Antes de examinarlas, nos parece de capital importancia recordar que, de acuerdo al actual art. 108 no modificado, “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”. En esta trascendental perfilación, los constituyentes d 1853/60 adoptaron las prescripciones del Art. III, Sec. I de la Constitución de los EE.UU. cuando dispone que “El Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en una Suprema Corte y en aquellos tribunales inferiores que periódicamente el Congreso creare y estableciere...”

Esto significa lisa y llanamente que, como lo hemos explicitado más arriba, siguiendo el modelo de la Constitución de los EE.UU., nuestros constituyentes dispusieron que la función jurisdiccional estaría invertida en uno de los Poderes del Estado, con un perfil y diseño político-institucional independiente, erigiendo a la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del Poder Judicial y Tribunal de las Garantías Constitucionales.

2) Desde otro ángulo, cabe señalar que de la lectura del nuevo texto constitucional, surge que el Consejo de la Magistratura no es Poder Judicial, no obstante su incorporación en la Sección Tercera de la CN, ubicación sistemática siempre opinable, pero que no puede otorgarle al Consejo connotaciones que lo hagan integrante del Poder Judicial, y si por el contrario que lo caractericen como “órgano extra-poder”, con amplias facultades para “gobernar al Poder Judicial” y cuya constitución y funcionamiento en ningún momento está supeditado a la Corte Suprema, por lo que no parece arbitrario concluir que como “cabeza de Poder”, el Alto Tribunal ha perdido el “gobierno del Poder”.

3) Es preciso tener bien presente las inveteradas enseñanzas de la doctrina, cuando afirman que para lograr la mejor implementación del principio de la división y el equilibrio de los poderes, se le otorga a cada Poder, amén de una función específica, una porción de las funciones correspondientes a los otros poderes, a fin de que para su propio funcionamiento sea independiente, y no tengan que depender de ellos. Y así, el P.J., teniendo la función jurisdiccional como tipificante, también ejerce funciones administrativas y legislativas. En cambio, para fortalecer el equilibrio, se le otorgan a cada poder porciones de las funciones de los otros, para equilibrarlos mediante a colaboración y el control.

Entonces nos preguntamos: Es que el Poder Judicial para ser independiente y eficiente, debe sólo ejercer la función jurisdiccional específica, y resignar las administrativas, presupuestarias y reglamentarias en otros órganos autónomos? más aún, cuando estos órganos están integrados de acuerdo al art.

114, por representantes de los llamados “poderes políticos” (PE y PL), que de esta forma van a tener una nueva y decisiva injerencia en la gestión interna del P.J., que antes carecían?

Por eso los partidarios de los Consejos de la Magistratura sostienen que el principio de la separación de los poderes requiere que se le reconozca al P.J., no sólo independencia funcional, sino también autonomía institucional. Es decir, la capacidad para gobernarse a sí mismo, en situación paralela a la que tienen los otros poderes (Gerpe, M. en *El Gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo comparado*, Centro de Estudios, Madrid, 1990; Barbero Santos, en “El Consejo Superior de la Magistratura en un Estado Democrático”, C.P.V., Santiago, Chile, cit. por Asoc. Magist. y Func. de la Justicia Nacional).

5. *Las concretas atribuciones según el art. 114 CN*

A la luz de esta tesis, analizaremos ahora las diversas atribuciones otorgadas por el art. 114, meritando en qué medida se fortalece o se debilita la naturaleza y el funcionamiento del Poder Judicial definido en el art. 108 C.N.

Inc. 1: *Selección Magistrados*: Coincidimos plenamente con esta primera atribución, sugiriendo que el concurso público tanto de antecedentes como de oposición -idoneidad jurídica- se complementa con otros mecanismos que como las entrevistas, los informes, los test psicológicos, etc, puedan acumular elementos de juicio sobre las calidades humanas y éticas, la laboriosidad, la independencia y la ponderación de los postulantes.

Inc. 2: *Propuestas de magistrados*: También nos parece acertado el mecanismo de la propuesta en terna vinculante para que el Presidente escoja el candidato a presentar ante el Senado, originando así un acto complejo de coincidencias de voluntades y que tiende a superar la amplia discrecionalidad del PE para solicitar los acuerdos de la Cámara Alta y que muchas veces conllevaba la politización del sistema.-

Inc. 3: *Potestad administrativa y presupuestaria*: La atribución conferida al Consejo por este inciso, significa lisa y llanamente quitarle al Poder Judicial y a la Corte Suprema de Justicia como Cabeza de Poder, nada menos que la administración de sus recursos y la ejecución de su presupuesto con las partidas anualmente asignadas por ley del Congreso, para otorgársela a un órgano extra-poder, el Consejo de la Magistratura de integración multisectorial (legisladores, jueces, abogados, académicos) y del cual dependerá en el futuro

precisamente la “Cabeza del Poder”, la Corte Suprema -amén de los tribunales inferiores- para los permanentes y cotidianos emprendimientos y necesidades.

Estamos persuadidos con plena convicción y con la experiencia de más de cuatro décadas en la Justicia Federal, que la función administrativa presupuestaria debe mantenerse dentro del Poder Judicial. Pero con la misma convicción, estamos asimismo persuadidos de que es indispensable una reforma del actual sistema, pues el cúmulo de tan vastas funciones administrativas, no puede seguir distraendo tanto tiempo y dedicación a los Magistrados de la Corte Suprema y de las Cámaras de Apelaciones, tiempo y dedicación que deben retacear a su función jurisdiccional, para atender multiplicidad de cuestiones vinculadas a este rubro.

El asunto es como lograrlo? Pues bien, el Poder Judicial en los EE.UU. nuestro modelo en el tema, ha sabido encarar esta problemática a través de mecanismos eficientes, vg:

a) La trascendente Oficina Administrativa de los Tribunales de los E.U.A., creada por el Congreso en 1939 con sede en Washington, con un Director designado y sujeto a destitución por la Suprema Corte, y que bajo las directivas de la Conferencia Judicial de los E.U.A., supervisa los asuntos administrativos del personal judicial y administrativo, de los bienes y útiles y las cuestiones económicas financieras, en coordinación con la Oficina del Presupuesto;

b) La Conferencia Judicial de los Estados Unidos: Que anualmente reúne a jueces de los circuitos judicial, convocados por el Presidente de la Suprema Corte, para estudiar la política administrativa del sistema judicial de los EE.UU., preparar planes para la designación de jueces de circuitos o distritos, etc;

c) Los Consejos Judiciales de los Circuitos: Que reúne a los jueces de circuito, para considerar entre otros temas, el informe trimestral del Director de la Oficina Administrativa de los Tribunales de EE.UU.;

d) Las Conferencias Judiciales de Circuitos: En las que participan todos los jueces de distrito y del circuito, conjuntamente con dirigentes de la Asociación de Abogados para considerar y aconsejar los medios para mejorar la administración de la Justicia dentro del circuito- (Ver Saye, Allums y Pound en *Principios del Gobierno Americano* y Alberto Bianchi en *Jurisdicción y Procedimientos en la Corte Suprema de los EE.UU.*).

Inc. 4: *Potestad disciplinaria*: Creo que este inciso requiere alguna aclaración. Es preciso distinguir el poder disciplinario que la Corte y las Cámaras

tienen sobre sus inferiores, en ejercicio de las atribuciones que los Códigos Procesales confieren para la debida tramitación de los procesos, el cual no corresponde modificar en manera alguna, y otra cuestión es el poder disciplinario que exceda las prescripciones procesales y están más estrechamente marcado con el comportamiento de los jueces extra-proceso o intra-proceso pero con connotaciones de gravedad institucional que desbordan el proceso.

En este caso, sí creo necesario retraer estos casos hacia el Consejo de la Magistratura, pues somos testigos que la tramitación de sumarios a los jueces, por el tiempo que insumen y los conflictos que provocan, perjudican la contracción a la función jurisdiccional y deterioran las relaciones humanas e institucionales. Con esta slavedad, estamos de acuerdo con la prescripción de este inciso.

Inc. 5: *Remoción de magistrados*: Respecto a la participación en el procedimiento para la destitución de los magistrados inferiores, nada tenemos que observar.

Inc. 6: *Potestad reglamentaria*: Vale la pena recordar, que la potestad reglamentaria del Alto Tribunal que surge del anterior art. 99 CN, ya fue explicitada desde el art. 18 de la Ley 48 de 1863. No creemos adecuado el criterio de los constituyentes que le han quitado al Poder Judicial -en cabeza de la Corte Suprema de Justicia- la potestad reglamentaria en una amplitud inusitada, ya que sólo se le ha dejado a esta última, para su funcionamiento interno y la designación de sus empleados (art. 113), mientras que al Consejo de la Magistratura se lo ha facultado para dictar todos los reglamentos relacionados: a) con la organización judicial; b) con la independencia de los jueces y, c) con la eficaz prestación del servicio.

No se le puede sustraer a un Poder del Estado como el Judicial, la potestad reglamentaria que hace a la esencia de su organización funcional “ad-intra” y transferirla a un órgano de tan plural y compleja composición que “desde afuera” (“ad-extra”), estará fijando las normas reglamentarias para el ejercicio de la función jurisdiccional por la Corte Suprema y los tribunales inferiores.

VII. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS:

Dispone el art. 99 inc. 4 que el Presidente de la Nación:

1) *Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del*

Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

2) Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

1) En cuanto a los Ministros de la CSJN, el sistema de designación ha mejorado tanto por la mayoría especial de 2/3 de los miembros presentes, cuanto por la publicidad de las sesiones y la consiguiente posibilidad de un mayor control social en los nombramientos. En nuestra opinión y dada la jerarquía de la designación y su alta significación política, entendemos que debió exigirse la mayoría absoluta del total de los miembros, pues debemos recordar que los 2/3 de los presentes, en caso de estricto quorum, viene a ser aproximadamente sólo 1/3 del total de miembros del Senado.

2) En cuanto a los magistrados inferiores, ha sido mucho mayor la mejoría del sistema como lo hemos señalado, dado que controla la discrecionalidad casi total que tenía el P.E. en su propuesta al Senado.

VIII. CÓMO SON REMOVIDOS DE SUS CARGOS LOS MAGISTRADOS:

1. Las prescripciones constitucionales:

Por el nuevo art. 53 se mantiene la antigua fórmula del juicio político pero sólo para los magistrados de la CSJN en lo que al Poder Judicial se refiere. en cambio por el art. 115 se dispone lo siguiente “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el art. 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento del jurado”.

2. Reflexiones sobre los textos constitucionales:

1) Estamos de acuerdo con el desdoblamiento del procedimiento para el juzgamiento de la responsabilidad política de los ministros de la CSJN por una parte, y de los magistrados inferiores por la otra, todo ello de acuerdo a una inveterada corriente de opinión doctrinaria que ha tenido su recepción normativa en la CN de 1949 en los arts. 46 y 91 (si bien el jurado estaba integrado sólo por magistrados), en la Enmienda de 1972 en los arts. 45 y 96, y en numerosas Constituciones de Provincias.

2) En lo relativo a las causales, estimo que los constituyentes nacionales, aprendiendo de los provinciales, debieron actualizar y explicitar las causales de enjuiciamiento a través de fórmulas ya conocidas: comisión de delitos; incumplimiento de los deberes, desconocimiento notorio del derecho; morosidad o negligencia; graves desarreglos de conducta, etc.

3) Es de esperar que la ley establezca proporciones adecuadas entre legisladores, abogados y magistrados, dado a estos últimos una representación de suficiente entidad.

4) En cuanto al procedimiento, se lo deja también librado al legislador el que insoslayablemente deberá sujetarlo a los principios y reglas ínsitas al debido proceso legal y a la defensa en juicio.

5) En cuanto a los efectos, se ha excluido la sanción accesoria que fija el art. 60 CN para el juicio político, referida a la posible declaración de incapacidad para ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación.

6) Estamos de acuerdo con la irrecurribilidad del fallo, lo que no descarta por principio y en circunstancias excepcionales de real gravedad, la posibilidad de un recurso extraordinario ante la CSJN como Tribunal Supremo de las garantías constitucionales, cuando existan groseras violaciones al debido proceso legal, y en consecuencia, se configure una manifiesta inconstitucionalidad del proceso o de la sentencia, los cuales resultarían palmariamente inválidos (recuérdese que la CSJN a partir del caso “Graffigna Latino” del 19-VI-1986, se declaró competente para revisar el cumplimiento de la garantía de la defensa en juicio en los procesos de destitución de magistrados, doctrina que siguió en fallos posteriores: “Magin Suarez” del 29-XII-1987; “Cantos” del 28-II-1989; “Viola” del 15-II-1990; etc.)

7) Igualmente estamos de acuerdo con el archivo de las actuaciones y la reposición del juez en su cargo, si trascurriesen los 180 días desde la apertura del procedimiento sin que se haya dictado fallo. Esto es así porque la justicia no

puede esperar tiempos indefinidos y debe llegar en un plazo más que razonable como el establecido, pues no debemos olvidar que todos los procesos también deben tener un tiempo constitucional, ya que los tiempos procesales son algo más que tiempos jurídicos: son tiempos y años de vida humana sometida a juicio, y que como todo aquéllo que hace a la persona humana, debe ser respetado a raja tabla en su dignidad.

IX. CONCLUSIONES

Por las consideraciones que hemos expuesto, con nuestras coincidencias y nuestras discrepancias, sólo inspiradas en la salud plena de nuestro sistema judicial, entendemos:

I.- Que la constituyentes han mejorado notablemente, tanto el procedimiento para la selección y la designación de los magistrados, como el referido a la destitución de los mismos. Sólo cabe esperar que las leyes reglamentarias que deben sancionarse, surjan de la prudencia y la sabiduría de nuestros legisladores; mediante la consulta y la reflexión con los jerarquizados sectores vinculados a la función jurisdiccional, de modo tal que la legislación sea fruto del consenso y esté sólo guiada por la finalidad de lograr una Justicia cada vez más independiente, más eficiente y más transparente.

II.- Estos procedimientos deberán ser plenamente transparentes, con una permanente y diáfana publicidad de cada acto o pasos procedimentales. Pero queremos dejar muy en claro nuestra convicción en el sentido que los mecanismos de selección, deben ser complementados, para que logre rotundidad el sistema instrumental, por la Carrera Judicial y la Escuela de la Magistratura.

III.- No podemos soslayar la crítica que nos suscita el encargo de “la administración del Poder Judicial” y los consecuentes incs. 3 (administración de los recursos y ejecución del presupuesto) y 6 (dictar los reglamentos), porque entendemos que a la sola lectura del texto constitucional, se ha afectado seriamente a independencia del Poder Judicial, al negársele la titularidad de facultades privativas de todo Poder, como son las administrativas, las presupuestarias y las reglamentarias, provocando por otra parte el peligro de indebidas ingerencias de un órgano “extra poder” y de heterogénea composición.

IV.- Pero por sobre todas las cosas, somos conscientes que la Constitución Reformada en 1994, es nuestra Constitución, la Constitución de todos los argentinos, y es a partir de esta creencia axil que como hombres y constitucionalistas, debemos procurar desarrollar su texto, en todas las dimensiones posibles que una realista pero ingeniosa y dinámica interpretación

lo permita. Es posible y debemos lograrlo. Tenemos que superar en las leyes reglamentarias, todos los escollos que pueden existir. Sólo hace falta una actitud de diálogo social e institucional y una permanente vocación en el cumplimiento de los fines que nuestro Preámbulo fija para la felicidad de la Nación.

V.- En ese espíritu me permito sugerir que, si tal es la vastedad de las facultades otorgadas por la CN al nuevo Consejo de la Magistratura y a fin de no caer en un cierto “vaciamiento” del Poder Judicial y en el debilitamiento del diseño republicano de los poderes, por un lado, tendremos que interpretar los arts. 114 y 115 del modo que menos afecten la independencia y la eficiencia del Poder Judicial, procurando seriamente caminos de concertación y colaboración entre éste y el Consejo de Magistratura.

Por otro lado, tendremos que conciliar al Poder Judicial con el Consejo de la Magistratura, asegurando la Presidencia al Presidente de la Corte Suprema, y otorgando una participación sustancial de magistrados, no para “corporatizarlo”, sino para algo muy distinto, esto es, para “judicializarlo”, como las experiencias española e italiana nos muestran, y para que las tareas asignadas, puedan ser cumplidas en un marco de cooperación y no de enfrentamientos institucionales.

LA NATURALEZA DEL REGIMEN DE GOBIERNO EN FRANCIA: REGIMEN PARLAMENTARIO O REGIMEN PRESIDENCIAL?

Jaime Vidal Perdomo

1. He recibido la cordial invitación de los señores José García Marcelo, Director, y Edgar Carpio Marcos, Secretario Académico, para colaborar con un estudio en el primer número de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*.

Quiero aceptar la honrosa invitación con un trabajo sobre la naturaleza del régimen de gobierno en Francia.

Como lo expone el título de la colaboración, tanto en el país de origen como afuera ha suscitado inquietudes políticas y jurídicas académicas la clasificación del sistema de gobierno instaurado por la Quinta República francesa en una de las dos alternativas principales: régimen parlamentario o régimen presidencial?

Francia sigue siendo un país de mucho interés para los políticos y los juristas latinoamericanos; la influencia que ha ejercido en este subcontinente, y la comunidad de un pensamiento latino -de variadas manifestaciones-, hace que entre nosotros sea un polo obligado del derecho comparado.

Además de estas razones de cultura general, América ha sido el continente del sistema presidencial; salvo la presencia histórica del parlamentarismo en el Canadá y en las otras naciones caribeñas que pertenecieron al Imperio Británico y en Haití. No puede ser, entonces, indiferente, la evolución de una forma de separación de los poderes en una nación que, por contraste, ha querido permanecer dentro de las filas del sistema parlamentario, como ha ocurrido en Europa.

Dos circunstancias adicionales me mueven a escoger este sujeto académico: los poderes ampliados del Presidente de la República Francesa se colocan dentro de una tendencia de “parlamentarismo racionalizado”; con ello

se encuentra una vertiente de la doctrina constitucional que aumenta el panorama de la pesquisa intelectual y la hace propia del momento.

En segundo término, en el derecho latinoamericano -caracterizado por un fuerte presidencialismo-, he analizado ciertas tendencias a la introducción de mecanismos del régimen parlamentario; ese esquema, que puede ser más teórico que real, se observa en la Constitución del Perú de 1993 y en la Constitución reformada de la República Argentina de 1994.

Pero también en la Constitución colombiana de 1991 con el voto de censura (art. 135.9), y en la Constitución boliviana de 1994.

Sobre estas cuestiones y bajo el título de *Tendencias parlamentarias en el nuevo constitucionalismo latinoamericano?* publiqué un estudio inicial en la *Revista de Derecho Público* de la Universidad de los Andes (Bogotá, número 6, junio de 1996); el cual recibió el honor de ser publicado también en la *Revista Jurídica del Perú* (No. 11, abril-junio de 1997).

De este modo, las reflexiones que ahora hago contribuyen a actualizar y a enriquecer las ya expuestas.

2. Cuento para ellas con un valioso documento. Son dos números (5 y 6) de la *Revue du Droit Public et de la Science Politique* de París, correspondientes a 1998. Ellos han sido reunidos para dedicarlos al examen de los “40 años de la Quinta República”.

Si bien la obra comprende todos los aspectos de la vida política y jurídica de la gran nación francesa, son varios los temas recogidos bajo esa perspectiva de la naturaleza del régimen de gobierno.

Allí se encuentran entrevistas con el único ex-Presidente de la República vivo, Valéry Giscard d'Estaing, y con tres ex-Primeros Ministros, y artículos de juristas que apuntan a aspectos destacados de la discusión.

Mencionemos los que nos parecen más significativos para nuestra finalidad, a saber: “A propósito de la estabilización convencional de la Va. República”, por Jean Rossetto; “El parlamentarismo racionalizado”, por Pierre Avril; “La calificación del régimen: un régimen parlamentario”, por Patrick Auvret; “La contribución de la irresponsabilidad presidencial al desarrollo de la irresponsabilidad política bajo la Va. República”, Olivier Beaud; “El ejecutivo bajo la Va. República: el Presidente de la República y el Primer ministro en representación”; por Eric Desmons.

3. Para llegar al debate sobre la naturaleza parlamentarista o presidencialista del régimen fundado en Francia con la expedición de la Constitución de 1958, es preciso recordar algunos elementos que nos servirán de marco histórico y político.

a) Como ha sido normal en Europa, la tradición republicana en Francia se ha inclinado por el régimen parlamentario. No obstante, el multipartidismo de la Tercera (1875) y Cuarta (1946) Repúblicas, la limitación de los poderes del Jefe del Estado y la vida política, condujeron a una debilidad del ejecutivo en frente del parlamento que favorecieron las frecuentes crisis de gabinetes y gobierno.

Esa inestabilidad gubernamental, de la cual resultaban Primeros Ministros y gabinetes que duraban en ocasiones pocos meses, hacía contraste con la estabilidad del sistema parlamentario inglés en el cual los gobiernos eran de legislatura, es decir, duraban por lo menos el tiempo del periodo de la Cámara de los Comunes.

En distintos países se partió entonces hacia lo que Philippe Ardant (*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1997, p.236) ha denominado el “reforzamiento del ejecutivo y la búsqueda de la estabilidad”.

Bajo el nombre de racionalización del parlamentarismo dado por Boris Mirkine-Guetzévitch, se han ensayado, entonces, cambios en los instrumentos del régimen parlamentario que vayan en la dirección de ese propósito estabilizador.

Ellos tienen que ver con la designación del primer ministro, y los mecanismos típicos del sistema parlamentario, como son los del voto de censura y la cuestión de confianza, que ponen en juego la responsabilidad política del gobierno delante del parlamento, piedra filosofal del gobierno parlamentario.

Debe decirse que en Francia se pensó en reforzar al ejecutivo aún desde la 4a. República, pero que tal designio no ha sido fructuoso sino durante las instituciones de 1958, no propiamente por la racionalización -apunta Ardant- sino porque el ejecutivo ha encontrado un apoyo fiel en la mayoría parlamentaria debido al sistema de partidos; los de tendencia degolista que brindaron soporte a los tres primeros presidentes (Charles de Gaulle, 1958-1969, Georges Pompidou, 1969-1974, y Valéry Giscard d'Estaing, 1974-1981), y el Partido Socialista, del cual fue líder el cuarto Presidente de la República, Francois Mitterrand, 1981-1995.

Se verá más adelante cómo han operado los instrumentos del parlamentarismo racionalizado durante los 40 años de la Quinta República, para lo cual hemos enumerado la lista de los presidentes, el tiempo de duración de sus mandatos políticos y el sistema bipartidista, en cuanto que si bien juegan en la Asamblea Nacional más formaciones políticas, la vida política francesa ha girado alrededor de dos bloques mayoritarios, un fenómeno de bipolarización, como se indicó.

b) Otros dos factores básicos son los de la elección presidencial por voto popular directo y el fenómeno conocido como la “cohabitación”.

Debe recordarse que en el régimen parlamentario el Jefe del Estado es el Rey, o un Presidente de la República elegido por las cámaras legislativas o un colegio electoral restringido.

En la primera hipótesis se muestra la evolución de las monarquías que pasan a ser parlamentarias, como define la naturaleza del sistema político el art. 1o. de la Constitución Española de 1978.

En la segunda, no se quiere dar al presidente una fuerza política grande, porque el sistema tiene como eje el parlamento y el primer ministro que de allí surge. En agudo contraste con el presidencialismo, que hace arrancar la fortaleza política del jefe del Estado y jefe del gobierno (los dos títulos en cabeza del presidente) de la elección popular de este último.

Por un colegio electoral fue elegido Presidente de Francia el General de Gaulle en 1959. Pero en 1962 un referendo constitucional por él convocado cambió a la elección popular directa en dos vueltas. Con ello, según los analistas, se rompió el equilibrio inicial del parlamentarismo y el Presidente de la República adquirió una legitimidad similar o mayor de la que ostenta el propio parlamento.

Es esa legitimidad y el peso que ella tiene en la relación de los poderes la que fomenta la idea del presidencialismo francés; mejor dicho, sin ella y, es evidente, de manera sin la presencia del General de Gaulle en la jefatura del Estado, no hubiera podido evocarse la existencia de un régimen presidencial en Francia, como se ha entendido en el extranjero, y como aparece de una “lectura” de la Constitución de 1958, según va a plantearse más adelante.

c) Para completar el esquema básico que permita desde afuera de Francia el análisis de las alternativas parlamentarista o presidencialista, debemos introducir el otro factor fundamental: el de la cohabitación.

El curioso vocablo, que se comprende bien en castellano y que ha hecho carrera dentro del lenguaje político, designa dos mayorías diferentes: la que se formó para la elección presidencial y otra que resulta después de las elecciones generales para la Asamblea Nacional, de la cual surge el Primer Ministro y el gobierno.

Al explicar en mi libro de curso (*Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Bogotá, Legis, 1999) la evolución política de la Quinta República comento que la hipótesis de la cohabitación existió y se realizó durante la presidencia de Francois Mitterrand, cuando en 1986 la oposición degolista conquistó la mayoría en la Asamblea Nacional de Francia.

La escogencia del Primer Ministro podía inclinar la balanza institucional

del lado presidencialista o parlamentarista, según que fuera designado como Primer Ministro un socialista o un hombre de la oposición degolista en ese momento mayoritaria.

En aquella oportunidad el Presidente de Francia designó a Jacques Chirac (1986-1988), líder de la oposición, dándole un giro parlamentarista al sistema gubernamental.

Con la reelección del Presidente Mitterrand en 1988 y la disolución de la Asamblea Nacional se volvieron a unificar las dos mayorías presidencial y parlamentaria; pero en 1993 se presentó de nuevo la segunda cohabitación (Edouard Balladur) que se extendió hasta 1995.

Elegido quinto presidente de Francia Jacques Chirac en 1995, disolvió la Asamblea Nacional en 1997 y cuando esperaba reforzar la mayoría parlamentaria de apoyo perdió las elecciones y los socialistas encabezados por Lionel Jospin retornaron al gobierno.

Son, pues, tres los períodos de cohabitación y ella se considera ya como una institución normal de la vida política.

4. Los mecanismos del régimen parlamentario están claros en la Constitución de 1958. Su funcionamiento, de otro lado, ha sido diferente según los períodos, que se han interpretado, entonces, como de estirpe presidencialista o parlamentaria.

a) En primer término la designación del Primer Ministro. Corresponde al Presidente de la República nombrarlo. Se agrega que también pone fin a sus funciones sobre la presentación por aquél de la dimisión del gobierno.

Igualmente se prevé allí que bajo la proposición del Primer Ministro, el Presidente nombra los otros miembros del gobierno y pone fin a sus funciones (art. 9o.).

Más adelante se establece (art. 20) que el gobierno determina y conduce la política de la nación; que dispone de la administración y de la fuerza armada.

El es responsable delante del parlamento en las condiciones y siguiendo los procedimientos previstos en los artículos 49 y 50.

Según el art. 21, el Primer Ministro dirige la acción del gobierno, el bicefalismo en el ejecutivo, que advierte la doctrina, está claro por las atribuciones presidenciales y en los textos citados. El otro elemento fundamental del sistema parlamentario, el de la responsabilidad política del gobierno delante del parlamento, también fluye con nitidez.

b) De la puesta en marcha de la responsabilidad política se ocupan los artículos 49 y 50 citados.

Según el primero, el Primer Ministro después de deliberación del Consejo

de Ministros compromete delante de la Asamblea Nacional la responsabilidad política del gobierno sobre su programa o eventualmente sobre una declaración de política general.

Si así es el tratamiento de la cuestión de confianza, a renglón seguido se regula el voto de la moción de censura, que es el mecanismo que pone en juego la responsabilidad a voluntad del parlamento.

Del texto mencionado se desprende que la moción no tiene curso si no está firmada por una décima parte de los miembros de la Asamblea Nacional.

El voto no puede tener lugar sino cuarenta y ocho horas después del depósito de la moción. Sólo son contabilizados los votos favorables a la moción de censura que no puede ser adoptada sino por la mayoría de miembros que componen la Asamblea.

Si la moción de censura es rechazada sus signatarios no pueden proponer una nueva en el curso de la misma sesión, salvo en el caso previsto en el inciso siguiente.

Esta hipótesis se refiere -otra vez- a la cuestión de confianza planteada por el gobierno comprometiéndolo su responsabilidad política, en relación con un texto, después de deliberación en el Consejo de Ministros.

En ese caso el texto se considera adoptado, salvo si una moción de censura depositada dentro de la veinticuatro horas que siguen es aprobada.

Añade el texto que el Primer Ministro tiene la facultad de solicitar al Senado la aprobación de una declaración de política general.

El artículo 50 completa el andamiaje del régimen parlamentario -no bien familiar entre lectores habituados al clima del sistema presidencial- al establecer que cuando la Asamblea Nacional adopta una moción de censura o cuando ella desaprueba el programa o una declaración de política general del gobierno, el Primer Ministro debe remitir al Presidente la dimisión del gobierno.

Sobre esta estructura tan nítida del régimen parlamentario -puede preguntarse- cómo se dan las interpretaciones del régimen presidencial?

5. Para poder avanzar en el sentido de la respuesta es indispensable examinar con mayor detenimiento los poderes presidenciales.

a) Ya dijimos que el Presidente de la República nombra al Primer Ministro; se puede afirmar que ella es la más importante de sus funciones; desde la perspectiva del parlamentarismo tal facultad es extraordinaria por cuanto lo normal es la designación por el Jefe del Estado pero con investidura de la Asamblea política, como en el art. 99 de la Constitución Española.

Se afirma, igualmente, que el Presidente puede poner término a las

funciones del Jefe del Gobierno, es decir, reemplazarlo; que estaría implícito en el art. 8o.

También aquí se abre una excepción al sistema parlamentario puesto que lo ortodoxo es que el Primer Ministro continúa como Jefe del Gobierno mientras cuenta con la confianza del parlamento.

b) Otros poderes presidenciales contribuyen a darle un aire presidencialista a la Constitución de 1958, según algunas opiniones, por las competencias gubernamentales que encarnan y las consecuencias prácticas que acarrearán.

El Presidente de la República preside el Consejo de Ministros, señala el orden del día y firma los proyectos de ley y de decreto (artículos 9o. y 13).

Además, el Jefe del Estado en Francia posee poderes en materia de defensa nacional y de relaciones exteriores, que desde el General de Gaulle se han denominado del “dominio reservado” suyo, en los cuales pueden presentarse fricciones respecto de los que son atribuidos al Primer Ministro como Jefe del Gobierno.

6. A partir de aquí, o sea de la exposición teórica de las competencias, se abren al análisis las experiencias vividas durante la Quinta República y en que son ricas las páginas dedicadas a sus 40 años por la *Revue du Droit Public* citada.

En síntesis, el influjo personal del General Charles de Gaulle y la coincidencia en las mayorías presidencial y legislativa le dan un carácter presidencialista al sistema, por una parte; el fenómeno de la cohabitación, que se presentó dentro de los dos septenados de Francois Mitterrand, y que existe actualmente bajo la presidencia de Jacques Chirac, se orientan, en cambio, por la naturaleza parlamentarista del mismo.

Se habla, de un “gobierno presidencial”, o de períodos presidencialistas, mientras que en las etapas de cohabitación se hace referencia a la distinción de las funciones en el bicefalismo ejecutivo y a la operancia de los mecanismos parlamentarios, e inclusive, de la “reparlamentarización” del sistema.

7. El profesor Pierre Avril en el artículo mencionado afirma que “el gobierno parlamentario que dibujaba el título de la Constitución debía rápidamente desdibujarse delante del gobierno presidencial”.

En cuanto al abandono práctico de los instrumentos de acción parlamentaria se dan ilustraciones muy vivas de su desenvolvimiento.

Hacia octubre de 1959 el Primer Ministro solicitó la aprobación de una declaración de política general que retomaba el tema de la autodeterminación de Argelia anunciado por el General de Gaulle a la televisión en septiembre.

Dentro de la lógica parlamentaria -se añade- debía pronunciarse sobre la nueva orientación de la política en dicha colonia francesa. Pero esta orientación ya estaba definida por el Presidente y asimilada por su gobierno. Adicionalmente, hubo un pronunciamiento popular a través del referendo.

Prosiguiendo el examen sobre el retorno fugaz y el decaimiento de los mecanismos parlamentarios se recuerda que en 1962 Georges Pompidou, Primer Ministro, presentó el programa y una declaración de política general al final de dicho año, pero fue la última aplicación del primer inciso del art. 49 de la Constitución hasta la partida del General de Gaulle de la presidencia en 1969.

Al lado de las estadísticas sobre las actitudes de los Primeros ministros y las diferentes situaciones, el profesor Avril expresa de manera categórica la interpretación que resulta: “ Desconectados de la confianza que ya no era obligatoriamente demandada a la Asamblea por un gobierno que “procedía” exclusivamente del Presidente de la República no sólo por su nominación, sino también en “la determinación y la conducción de la política de la nación”, las prerrogativas del parlamentarismo racionalizado se tornaron instrumentos de ese gobierno presidencial”.

8. Por el contrario, en plena cohabitación (la primera de 1986) el Primer Ministro Jacques Chirac declaraba que “las prerrogativas y las competencias del Presidente de la República son intangibles Pero el gobierno dirigido por el Primer Ministro determina y conduce la política de la nación”, según se lee en el artículo del profesor Jean Rossetto.

Si en el punto anterior se observa una “lectura” de índole presidencialista, en donde estamos la lectura es de carácter parlamentarista, en que el Primer Ministro reivindica las atribuciones confiadas por la Constitución.

La ambigüedad de que algunas veces se ha acusado a la carta de 1958 muestra definiciones en sentidos diferentes. Otros, en cambio, ven una positiva flexibilidad en la Constitución que le permite adaptarse a relaciones políticas cambiantes.

En ese funcionamiento parlamentarista que adoptan las instituciones con la cohabitación no dejan de presentarse puntos de fricciones entre el Primer Ministro y el Presidente. Pueden ocurrir respecto de asuntos que entran dentro del “dominio reservado” del Jefe del Estado, y sobre todo, por políticas gubernamentales en que los partidos o bloques políticos que se reparten el poder en el ejecutivo tienen posiciones disímiles.

El Presidente Mitterrand dio a las instituciones una fuerza presidencialista. En las dos elecciones que ganó (1981 y 1988) disolvió la Asamblea Legislativa y se conformó la coincidencia de las dos mayorías en favor de sus poderes.

Dentro de su primer mandato se llevó a cabo una política de nacionalizaciones que estaba acorde con el programa del Partido Socialista, del

cual era el líder más representante.

Sin embargo, cuando la mayoría en la Asamblea Nacional en 1986 se distanció de la presidencial y comenzó la experiencia cohabitacionista, tuvo que admitir una política de privatizaciones impulsadas por el nuevo gobierno, que lo hacía aparecer como parte de la oposición; extraña situación en que los criterios políticos en la cabeza del ejecutivo lucen tan distantes.

9. Como todo lo atinente al poder, el ejercicio de la política despierta pasiones entre los hombres que a veces se filtran por las rendijas de las disposiciones constitucionales.

En la vida de la Quinta República ciertas rivalidades entre las dos cabezas del ejecutivo fueron de conocimiento público, como la que surgió a última hora entre el General de Gaulle y Georges Pompidou.

Fueron igualmente divulgadas las fricciones entre el Presidente Francois Mitterrand y Michel Rocard, Primer Ministro, lo cual agrega factores personales a la marcha teórica de las instituciones.

10. Al cerrar este recorrido de una Constitución que se califica de longeva cuando había nacido bajo el signo de la temporalidad, debe intentarse la respuesta a las alternativas formuladas en el título de este ensayo.

No es ella fácil, sin embargo. Lo que se deriva del examen es que existen períodos de corte presidencialista y otros de orientación parlamentaria, como se ha visto en los desarrollos.

Esta primera respuesta se adiciona diciendo que las etapas de cohabitación marcan la diferencia entre las dos vertientes.

Se lee que las experiencias de la cohabitación son del gusto de los electores franceses, por el temor que ellos tienen de concentrar los poderes en manos de una sola persona. De este modo se piensa que su práctica va a repetirse en el futuro, y se especula sobre la influencia que pueda tener la propuesta de reducción a 5 años del periodo presidencial, con lo cual coincidiría con el periodo de la Asamblea Nacional.

Francia, por último, es un país creador de instituciones, que despiertan interés en el mundo. Ahora su experimento en el ejercicio del gobierno llama la atención, y frente a las alternativas excluyentes del sistema parlamentario y el presidencial ofrece una vivencia en que caben las dos.

Como en tantos otros casos, no todo depende de fórmulas mágicas inscritas en las constituciones, en lo que a veces nos ilusionamos los pueblos latinos de esta parte del orbe. El juego de los partidos políticos, como lo anticipaba Maurice Duverger, puede dar un giro a las instituciones que no estuvo en la mente de sus fundadores.

Bogotá, junio de 1999.



TEORIA GERAL DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

José Alfredo de Oliveira Baracho

1. Constituição e Processo. O Modelo Constitucional e a Teoria Geral do Processo Constitucional. Natureza e Categoria dos Princípios Processuais Inseridos na Constituição.

Os levantamentos sobre o Processo Constitucional partem de análises sobre o conceito, a extensão e limites das garantias constitucionais. Eduardo J. Couture, ao tratar da tutela constitucional do processo, afirma ser o mesmo instrumento de proteção do direito. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição;
- d) A lei instituidora de uma forma de processo, não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis.

Entendese constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Essas condições, para o demandante e o demandado, têm a denominação genérica de ter direito e estar um dia ante o Tribunal (his day in Court).

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional, ¹ consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis.

Mostra Eduardo J. Couture que esses preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembléia das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, cujos textos dizem:

8º - Toda pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei;

10º - Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça, perante Tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para que se examine qualquer acusação que pese contra ela em matéria penal.

Entende Couture que incumbe à doutrina procurar, em linguagem universal, o que é processo, recurso, plena igualdade ou ser ouvido publicamente.

(1) GALEOTTI, Serio. *La Garanzia Costituzionale (Presupposti e Concetto)*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1.950; PIZZORUSSO, A. Volpe, G. SORRENTINO, Moretti, R. *Garanzie Costituzionali, Comentario della Costituzione a cura di Cura di G. Branca*. Art. 134-139, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano, Roma, 1981; BADENI, Gregório. *Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales*. AD-Hoc, Buenos Aires, 1.995; LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los Derechos Humanos y su Defensa ante la Justicia*, Editorial Temis, S. A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1.995.

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros de procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial, que não viole a garantia do *due process of law*.²

O Processo Constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais.

O direito continental europeu tem incrementado o interesse da doutrina e da jurisprudência, com o exame das garantias constitucionais do processo civil.

Héctor Fix-Zamudio destaca a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais no processo civil.

Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia.

Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Algumas constituições e as legislações ordinárias exigem que, para interposição dos instrumentos específicos de proteção aos direitos fundamentais, como os recursos constitucionais na Suíça e na República Federal da Alemanha,

(2) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. p. 148 e ss; ZAGREBELSKY, G. "Processo Costituzionale", em *Enc. dir.*, XXXVI. Milão, 1987; ABBAMONTE, F. "Il processo costituzionale italiano", vol. 2, Napoles, 1957: AA. VV. (a cura di R. Romboli), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*. Turin, 1.990. AA. VV. (a cura di R. Romboli), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turin. 1.993.

era necessário esgotar todos os métodos de impugnação judicial ordinária. Em vários ordenamentos, o processo ordinário é o meio através do qual pode-se lançar a questão de inconstitucionalidade incidental, quando se considera que a lei aplicável no processo contraria a Constituição. Os sistemas constitucionais que seguiram o modelo austríaco criaram Tribunais constitucionais específicos.

Sistematizando os instrumentos do direito judicial constitucional, Fix-Zamudio apresenta-os sob três categorias: a) esses direitos referem-se à necessidade que têm os jurisdicionados de contarem com uma jurisdição preestabelecida legalmente, de maneira independente e imparcial, para que se configure o conceito de “juiz natural”; esses direitos relacionam-se diretamente com a situação jurídica das partes, expressa pela idéia do direito de defesa; a última categoria refere-se às formalidades essenciais do procedimento.

O direito ao Juiz competente, o direito ao juiz natural e a imparcialidade do julgador são garantias de caráter constitucional e judicial. São elas de significado genérico, que atingem a todo tipo de processo e dos ordenamentos jurisdicionais.³

Na instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo Constituição e Processo, destacam-se os direitos de ação e os direitos de defesa. Para a efetivação dos mesmos reconhece-se a igualdade processual das partes e as formalidades essenciais do procedimento (notificações, publicidade, oralidade, oportunidade probatória e saneamento processual).⁴

No exame científico da relação entre Constituição e Processo, que tem gerado expressões como Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional, destaca-se a Teoria Geral do Processo, pela sua importância na formulação teórica do assunto. Admite-se que o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias. As apreciações sobre as instituições essenciais do direito processual civil levam à compreensão de sua importância, para a concretização dos direitos fundamentais.⁵

(3) BODRÍGNEZ-AGUILERA, Cesário. *El Poder Judicial en la Constitución*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1.980; ROVIRA, Antonio. *Jurisdicción y Constitución*, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 102, Nueva Época, outubro, dezembro, 1.998, pp. 39 e ss; MORÓN, Miguel Sánchez. *Justicia constitucional*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1.994.

(4) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1974.

(5) MORELLO, Augusto Mario. *Couture y el moderno Derecho Procesal constitucional Su Tiempo y el Nuestro*. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Fundación de Cultura Universitaria, Patrocinada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1, 1987, p. p. 9 e ss.

Os trabalhos de Processo Constitucional, tecendo considerações em torno da Constituição e do Processo, ao ressaltarem o direito ao devido processo (el derecho al proceso debido), destacam alguns pontos essenciais:

- o direito constitucional de ação;
- o direito constitucional de defesa;
- o direito à prova: acolhimento e prova proibida;
- o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas;
- o direito aos recursos.⁶

O direito de ação consolida-se na compreensão de que todas as pessoas têm de obter a tutela efetiva dos juizes e tribunais, na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos. A ação, considerada como direito público constitucional, é aceita pela doutrina. O direito constitucional de defesa decorre do princípio do contraditório.

Os modelos constitucionais, no seu relacionamento com o Processo Civil, têm propiciado conceitos como o de jurisdicionalidade originária (“Giurisdizionalità originaria”) e jurisdicionalidade constitucionalmente derivada do processo (“giurisdizionalità costituzionalmente derivata “del processo”).

As constituições, como a da Itália, passaram a conter princípios e normas atinentes ao exercício da jurisdição, propiciando o desenvolvimento do procedimento jurisdicional.

O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz.

Esse entendimento, como fundamento constitucional da garantia, proclama que ninguém pode ser privado do juiz natural, designado por lei. Italo Andolina e Giuseppe Vignera afirmam que essa colocação constitucional (art. 25, da CI) consagra uma das mais importantes manifestações da garantia constitucional.⁷

(6) SENDRA, Vicente Gimeno. *Constitucion y Proceso*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1.988. p.p. 73 e ss; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 1.994.

(7) PIZZORUSSO, Alessandro. Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale. *Riv. trim. dir. proc. civil*, 1975; ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*, G. Giappicheli, Editore, Torino, 1.990.

A garantia do juiz preconstituído implica no dever de se instituir uma ordem jurisdicional competente em determinar, nos casos concretos, o direito aplicável. Essa estrutura jurisdicional pode constituir-se de uma pluralidade de órgãos, aos quais é deferida a competência inerente ao ofício judiciário ou por meio de um órgão monocrático especial.⁸

A descrição formal da garantia, enunciada no art. 25 (CI), consagra a preconstituição do juiz, como exercício da reserva legal. As expressões juiz natural (“giudice naturale”) e juiz preconstituído por lei (“giudice preconstituito per legge”) levam a certas conclusões recepcionadas pela doutrina:

a) aceita-se a perfeita coincidência de conteúdo conceitual entre as duas expressões, através da compreensão de que o “juiz natural” equivale a “juiz preconstituído por lei”, resolvendo-se a querela entre a compreensão da garantia da “naturalidade” e a da preconstituição legislativa.⁹

As expressões “juiz natural” e “juiz preconstituído por lei” exprimem conceitos diversos, mas elas se comunicam instrumentalmente, quando objetivam a tutela de certos valores constitucionais (objetividade do juiz; o resguardo do juiz órgão, em primeiro lugar; em segundo o juiz pessoa física). Ao mesmo tempo assegura-se autonomia conceitual e axiológica entre naturalidade e preconstituição legislativa. Na idoneidade e objetividade do juiz procura-se o magistrado racional e logicamente mais idôneo a exercer certas funções.¹⁰

Quanto à independência do juiz, entende-se que está ele submetido apenas à lei. A Constituição italiana, no art. 101 afirma que os juizes estão sujeitos somente à lei. A doutrina italiana destaca seu papel no ordenamento constitucional, denominando-a de “norma qualificativa do sistema político-

(8) GREVI, Norme modificatrici delle circoscrizioni giudiziarie e garanzie del giudice naturale preconstituito per legge, em *Riv. it. dir. proc. pen.* 1967, 1010; Simiscalco, La garanzia della preconstituzione del giudice e il mutamento delle circoscrizioni territoriali, em *Giur. cost.*, 1967, 656; PIZZORUSSO, Alessandro. Sul significato dell’ espressione “giudice nell’ art. 25, comma 1, della Costituzione, em *Giur. cost.* 1970, 1067; LIEBMAN, Tulio. Giudice naturale e costituzione del giudice, em *Riv. dir. proc.* 1964, 331; TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Roma, 1972; Romboli. *Il giudice naturale*, I. Milano, 1981.

(9) PIZZORUSSO, Alessandro. Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale, em *Riv. trim. dir. proc. civil.* 1975, 1; SENESE, Giudice naturale e nuovo processo del lavoro, em *Foro it.*, 1974, V; CAPPELLETTI, Mauro. Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. (Art. 24) Costituzione e “due process of law clause”, em *Giur. cost.* 1961, 1284.

(10) SOMA, La competenza del tribunale per i minorenni e l’attuazioni del principio di eguaglianza, *IVI*, 1963, 975; idem. “Naturalità” e “preconstituição” del giudice nell’evoluzione del concetto di legge, *IVI*, 1963, 797.

constitucional”. A independência do juiz é corolário do princípio da separação de poderes,¹¹ sendo que esse representa traço característico e particular do Estado de Direito. Pergunta-se em que consiste propriamente o conteúdo dessa independência ou garantia do juiz. Não está compreendida apenas no sentido meramente ideológico ou na insensibilidade do juiz. A neutralidade ideológica consolida-se no dever do juiz à tutela de todos os cidadãos (*dovere del giudice*), não se tratando apenas de uma garantia do órgão jurisdicional. Decorre da deontologia profissional do magistrado, no exercício de sua independência externa e interna. A independência é requisito próprio dos juizes ordinários ou dos especializados. As Constituições, normalmente, asseguram, de modo pleno essa independência, apesar da existência do Conselho Superior da Magistratura, como órgão de autogoverno dos juizes. É daí que se compreende a expressão constitucional, de que a magistratura constitui-se em uma ordem autônoma e independente de qualquer poder.

A imparcialidade do juiz¹², no que se refere à posição do magistrado, atenta às suas relações com as partes em determinado processo. Deve colocar-se “super partes” ou equidistante no que diz respeito às partes.¹³

A garantia constitucional da imparcialidade comporta, não apenas a existência de uma disciplina de abstenção do juiz, mas a necessidade de assegurar a operatividade das disposições legais idôneas. O princípio da imparcialidade encontra seu primeiro fundamento na igualdade entre as partes.

No desenvolvimento dos pressupostos do Processo Constitucional coloca-se a idoneidade do juiz. Esse modelo constitucional de juiz assenta-se na preparação técnico-profissional do magistrado, como condição necessária assegurar a probabilidade objetiva e correta do juízo.

O Processo Constitucional que se concretiza no modelo constitucional do processo, demanda a definição de parte, vista sob a perspectiva da *legitimatatio ad causam* ativa, à *legitimatatio ad causam* passiva e à capacidade de ser parte.¹⁴

(11) GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, 1983; BONIFACIO, Giacobbe. La magistratura, II. em *Comentario della Costituzione a cura di G. Branca*. art. 104-107, Bologna, Roma, 1986.

(12) FAZZALARI. La imparzialità del giudice, em *Studi in memoria di C. Furno*, Milão, 1973.

(13) ROMBOLI. L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice, em *Riv. dir. proc.*, 1982; ONIDA. *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, em *Riv. dir. proc.*, 1982.

(14) PISANI, Proto. Parte nel processo (diritto processuale civile), em *Enc. dir.* XXXI, 1917; TROCKER. *Processo civile e costituzione*, Milão, 1974; CAPPELLETTI - Vigoriti. I

As partes podem recorrer em juízo para tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. É nesse sentido que ocorre a correlação necessária entre a situação jurídica substancial e o direito de ação ou à tutela jurisdicional de acesso ao sistema jurisdicional. A legitimidade ativa de agir ou a titularidade ativa da ação, consubstancia-se na titularidade do interesse de defender direito ou interesse juridicamente protegido.

A legitimatio ad causam passiva é a capacidade de ser parte, de certa maneira, completa o direito à tutela jurisdicional.

A imparcialidade é requisito constitucional que se configura na neutralidade do magistrado, frente às partes e aos interesses da causa.

O direito à tutela jurisdicional assenta-se como princípio supremo de ordenamento constitucional, que assegura a todos a solução de controversias. A proteção jurisdicional de uma situação jurídica, para que seja plenamente efetiva, desdobra-se em decisão de mérito da própria demanda judicial.

No Processo Constitucional destaca-se, também o direito à medida cautelar. A garantia da tutela jurisdicional pode ter efeito antecipatório, através do exercício do poder cautelar.¹⁵

O direito ao processo ou o direito de agir em juízo, para obter proteção da própria situação jurídica em que se encontra, concretiza-se através de um instrumento essencial que é o próprio processo. O direito ao processo ou a tutela jurisdicional é garantia consagrada na Constituição, sendo que se completam com o direito à decisão de mérito da demanda. A finalidade da ação, de conformidade com os dados constitucionais, é o pronunciamento que se faz de uma decisão de mérito da demanda.

Sobressai-se, nos pressupostos essenciais do Processo Constitucional, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O processo é essencialmente dinâmico, pelo que não se exaure seu ciclo vital em apenas um instante.

O direito à prova correlaciona-se com a garantia constitucional da ação, bem como com o princípio geral da liberdade de prova. A norma jurídica que propõe limites absolutos à prova, deve ser considerada inconstitucional.

Outra regra técnica é a que se refere ao princípio da paridade dos litigantes. A paridade visa propiciar a projeção endoprocessual do princípio

diritto costituzionale delle parti nel processo civile italiano, em *Riv. dir. proc.*, 1971; LIEBMAN, *Manual di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984; MANDRIOLI. *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1989.

(15) TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983.

constitucional da igualdade formal. A organização do processo civil beneficia-se do princípio da igualdade, no sentido formal. Assegura-se, assim, a paridade de tratamento nas situações objetivamente similares.

Paolo Barile,¹⁶ referindo-se à personalidade no direito constitucional italiano, entende a qualidade do sujeito como aquela em que o indivíduo é titular de uma soma de situações jurídicas subjetivas, ativas e passivas, como as referentes a direitos invioláveis e deveres inderrogáveis, conferidos diretamente pela Constituição. O canone constitucional da igualdade concretiza o direito, através da capacidade de todas as partes serem titulares de situações ativas e passivas, previstas na Constituição e na lei processual. A concessão objetivística da igualdade é traduzida na obrigação do legislador sub-constitucional de situar as partes no processo em posição paritária, assegurando situações simetricamente iguais.

O direito ao contraditório decorre da exigência de coparticipação paritaria das partes, no procedimento formativo da decisum judicial.

A regra técnica consequente da garantia da defesa consubstancia-se na tutela do direito de defesa. Considera-se que a garantia de um “processo justo” equivale à função que corresponde, nos Estados Unidos, ao *due process of law*.

A motivação do provimento jurisdicional é norma constitucional para a jurisdição, em vista da qual todas as decisões judiciais devem ser motivadas.¹⁷ Entende-se que a obrigação constitucional da motivação é condição mínima de efetividade do princípio da legalidade da atividade jurisdicional. A obrigação constitucional da motivação é subsidiária do dever jurisdicional da sujeição à lei.¹⁸

A impugnação, a audiência, a publicidade da audiência, como garantia deontológica do valor da legalidade da atividade jurisdicional, são temas de relevo para o Processo Constitucional e pertencentes à Teoria Geral do Processo, com profundas relações com os pressupostos da interpretação constitucional.¹⁹

(16) BARILE, Paolo. *Il Soggetto Privato nella Costituzione Italiana*, CEDAM, Padova, 1953, p. 6.

(17) TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

(18) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. p. 23 e ss.

(19) WOLFE, Christopher. *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.991, trad. de María Garcia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel.

A Técnica Processual e a Teoria do Processo, inclusive no que se refere à Teoria Geral das Nulidades, fornecem os dados essenciais para a institucionalização e estruturação da temática básica do Processo Constitucional, sendo que esse beneficia-se da renovação do Direito Processual, que vem obtendo no Brasil, com a obra de Aroldo Plínio Gonçalves grande atualização científica, imprescindível ao desdobramento dos pressupostos essenciais do Processo Constitucional e seu relacionamento com a Teoria Geral do Processo, nos termos de uma Ciência do Direito Processual e da Técnica Processual.²⁰

Constituição, Processo e Jurisdição são assuntos que se completam, dentro da temática ora examinada. Gustavo Zagrebelsky, tratando da defesa da Constituição e da Justiça Constitucional, afirma que a Justiça Constitucional é aquisição recente do Direito Constitucional.

Para Gustavo Zagrebelsky,²¹ a natureza do uso judiciário da Constituição, depende essencialmente do caráter de sua interpretação pela Corte Constitucional. Reconhece que a compreensão dos aspectos fundamentais da interpretação constitucional pressupõe o conhecimento de temas importantes da interpretação jurídica em geral.²²

A Teoria Geral do Processo fornece ao Processo Constitucional dados essenciais para sua estruturação, principalmente no que se refere aos seus princípios básicos (princípios informativos do processo e os princípios gerais): o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar descobrir a verdade e evitar o erro); princípio jurídico da igualdade no processo e na justiça da decisão; princípio político (o máximo de garantia social, como mínimo

(20) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal civil*, ob. cit.: Auby. Le principe de la publicité de la Justice et le Droit public, em *Le principe de la publicité de la Justice*, Travaux du VI Colloque des Instituts d'Etudes juridiques, Paris, 1969; ALCALÁ-ZAMORA, N. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* I, nums. 2-3, 1968; GAZIN. De la publicité de la justice criminelle, Paris, 1914; GOLDSCHMIDT, J. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona, 1935.

(21) TARUFFO, M. La fisionomia della sentenza in Italia, em *La sentenza en Europa. Metodo, tecnica e stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12, outubro, 1985). Padova, 1.988; idem. *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

(22) DELPEREE, F. Le principe de proportionnalité en droit public (Eléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'Etat). Extrait des Rapports belges am Xème Congrès international de droit comparé. Budapest. 23-28 out. 1978, Bruxelas 1978; SCHMITTHOFF C. -M. The doctrines of proportionality and non-discrimination, em *ELR*, outubro, 1977; BRAIBANT, G. "Le principe de proportionnalité, em *Mélanges. M. Waline. Le juge et le droit public*.

de sacrifício individual da liberdade; o princípio econômico (processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração); princípio da imparcialidade do juiz; princípio do contraditório; princípio da ação; da disponibilidade e indisponibilidade; princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas; princípio do impulso processual oficial; princípio da oralidade; princípio da persuasão racional do juiz; princípio da publicidade; princípio da lealdade processual; princípios da economia e da instrumentalidade das formas; princípio do duplo grau de jurisdição.²³

O Processo Constitucional assenta-se em determinados princípios que consolidam sua concepção e suas práticas. O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. A publicidade processual está vinculada ao sistema democrático de governo, conforme afirmou Couture. É o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores²⁴. No processo contemporâneo, em oposição ao procedimento secreto inquisitivo, surgem os princípios da publicidade e da oralidade que são correlatos. A publicidade não é apenas política, mas, também, técnico-jurídica. Contribui para assegurar a confiança da opinião pública na administração da justiça. Com a publicidade o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.

Os princípios constitucionais, como o da motivação facilitam o controle da aplicação judicial da lei. As partes devem conhecer, também, os motivos da decisão, para poder da mesma recorrer, circunstância que facilita o controle da sentença impugnada.²⁵

(23) TORIO LAPEZ, A. La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, em *Rev. Poder Judicial*, n. 4, 1986; PEÑA, Luzón. D. M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.

(24) PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Akal/Jure, Madrid, 1.990; idem, De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano. *Rev. Ad. Publ.* 1976-79; idem, *Formación de la Jurisdicción*. Tese de doutoramento, Salamanca, 1972; idem. Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ, em *Rev. Doc. Jca*, 1984; T. XII, 42/44; idem, La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, em *Rev. Iber. de Der. Proc.*, 1976; MARIANO, Nougés. Del principio de la inamovilidad judicial, em *La Justicia*. *Rev. de Leg. Jurisp. y Ad. pública*, 2ª época, 1867, II; BECERRA, Gómez. Sobre la inamovilidad judicial, *RGLJ*, 1875, XLVI; FIESTAS Loza, A. La quiebra de la independencia del Poder judicial, em *Rev. Poder judicial*, março, 1985; ALCALÁ ZAMORA, N. Justicia penal de guerra civil, em *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944; RIGANO, F. *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982.

A motivação é constitucionalmente exigida, como ocorre com a Constituição espanhola, que diz ser necessário que as sentenças sejam sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública (Art. 120. 3. C.E.). Na STC 55/87, de 13 de maio, a jurisprudência dizia que a exigência da motivação das sentenças judiciais, relaciona-se de maneira direta com o princípio do Estado democrático de Direito (art. 1 CE), sustentando a legitimidade da função jurisdicional.

A Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania.

A doutrina tem examinado a categoria e natureza dos princípios processuais, inseridos na Constituição, dando-se importância, também, ao princípio da proporcionalidade e da oportunidade.

Certos princípios estão vinculados à Administração da Justiça, como o que se refere à independência do Poder Judiciário ou a inamovibilidade dos juizes. Essas garantias devem ser examinadas ao lado do acesso à justiça, de modo igual e efetivo. O aprimoramento da Justiça e sua democratização leva à proteção jurisdicional dos interesses individuais, sociais, difusos e públicos em geral. A superação de organizações judiciais obsoletas conduzem ao aprimoramento dos direitos básicos da cidadania. Para isso, é preciso sabedoria no sistema de seleção dos magistrados.

Não se pode buscar a simplicidade e eficácia processuais, com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos

(25) CAPPELLETTI, M. *Giustizia e povertà*, em *Giustizia e società*, Milano, 1972; CAPPELLETTI, Mauro. M. y Garth. B. *Access to Justice*, 4 vols, Milão, 1978-1979; DENTI, V. *Processo civile e giustizia sociale*, Milão, 1971; idem *Un progetto per la giustizia civile*, Bolonha, 1982; Belloww. G. *L'aide judiciaire aux pauvres*, em *Accès a la justice et état-providence*, CAPPELLETTI, Mauro. *Regenar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad (de la Justicia constitucional)*, *Rev. esp. Der. Const.*, 1986; VIGORITI, V. *Interessi collettivi e proceso (La legittimazione ad agire)*, Milano, 1979; FRIEDMAN, L. M. *Rèclamations, contestations, les litiges et l'état-providence de nos jours*", em *Accès a la justice et état-providence, sob a direção de Mauro Cappelletti*; OSSORIO, A. *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, 1929; FERRECH, M. *La posición del Juez en el nuevo Estado (Ensayo de sistematización de las directrices actuales)*, Madrid, 1941; PENALVA, Ernesto Pedraz. *Sobre la crisis de la Justicia*, em *Crisis de la Justicia y reformas procesales* (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León), Madrid, 1988; idem, *Princípio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, em *La reforma del proceso penal* (II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989).

opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos onerosa, mas sem se esquecer custo e qualidade. O juiz como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados.

O princípio da proporcionalidade, com a generalização de sua utilização, em todas as esferas jurídicas, é responsável não só como controle da aplicação normativa, bem como de seu balanceamento. A conceitualização da proporcionalidade pressupõe conformidade, disposição ou correspondência devida com as partes, de uma parte ou de todas as outras, relacionadas entre si. Proporcionalizar é dispor e ordenar as coisas em sua devida correspondência, entre as partes afirma Delperèe.

O princípio da proporcionalidade e o princípio da oportunidade, vistos em suas aplicações judiciais, têm categoria constitucional, sem perder sua natureza processual, pois são, também, princípios processuais.

O princípio da proporcionalidade tem ganho nível constitucional, primordialmente, pela jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, sendo que na Alemanha Federal, através das sentenças ali proferidas, passa a ser qualificado como máxima fundamental. Daí se extrai princípios e regras constitucionais, que se subordinam às disposições fundamentais.

O Bundesverfassungsgericht refere-se basicamente ao princípio da proporcionalidade, como proteção jurídico fundamental da liberdade. Para Wolf, a proporcionalidade é uma das máximas jurídicas fundamentais, cuja expansiva e ilimitada eficácia não encontra parâmetro algum.²⁶ A proporcionalidade entre os delitos e as penas é a primeira consequência que se tira do fundamento retributivo da pena.

(26) PENALVA, E. Pedraz. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad, em *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho procesal, Zamora, 1989; BROWN, Neville. General principles of law and the english legal system, em *Nouvelles perspectives d'un droit comum de l'Europe*, Florença, 1978; ALONSO García, E. El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, em *RAP*, 1983, n. 100-102; MODUGNO, F. *L'invalidità delle legge. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milão, 1970; RUBIO, Llorente, F. ARAGON Reyes, M. La jurisdiccion constitucional, em *La jurisdiccion espanhola*, dirigida por Pedrieri e Garcia de Enterrria, Madrid, 1980; ARAGÁN Reyes, M. La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control juridiccionales, em *REDC*, 1986, 17; SENDRA, Gimeno. Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal moritorio, em *Rev. Poder Judicial*, 1986, num. especial, II.

Em todas essas ocasiões das práticas do direito, confrontam-se os princípios da liberdade, com as garantias constitucionais e a publicidade constitucional (Todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si, deduzida a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provar adequadas à sua defesa, a não prestar declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados e a presunção de inocência).

Esse art. 24.2, da Constituição espanhola de 1978, é uma síntese de pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania, consideradas processualmente.²⁷

A gênese, métodos de elaboração e os objetivos do Processo Constitucional, ocorrem dentro das coordenadas constitucionais, através da fundamentação e determinação de seus pressupostos e da definição da Jurisdição Constitucional, que procura ampliar as possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social²⁸, bem como do direito de defesa.

É possível garantir a todos o acesso igual e efetivo à Justiça, como as pessoas carentes de recursos econômicos, pessoas sem instrução, trabalhadores estrangeiros, que não tenha o reconhecimento de seus direitos e se os fazem, estão em desvantagem social, econômica, política e judicial.

A consolidação do Processo Constitucional demanda análises profundas de todos os instrumentos que levam ao seu aprimoramento efetivo e eficaz, na defesa dessa multiplicidade de direitos, interesses e situações diversas que necessitam soluções urgentes e interpretações modernas.²⁹

Liebman e outros doutrinadores têm mostrado que os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos direitos fundamentais do homem.³⁰

(27) LÓPEZ Barja de Quiroga, J. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenidas*, Madrid, 1989; RUBIO LLORENTE, F. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, en *REDC*, 1988, 22.

(28) LIEBMAN, Enrico Tulio. *Diritto Costituzionale e Processo Civile*, Rivista di Diritto Processual, Padova, 1952, I, p.p. 328 a 329.

(29) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1.993, pp. 81 e ss.

(30) FÁBREGA P. Jorge. Las Garantías Jurisdiccionales para la Tutela Eficaz de los Derechos Humanos en Panamá, em *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, p. 55 e ss.

Héctor Fix-Zamudio, ao examinar a natureza jurídica do amparo, localiza-o a luz da Teoria Geral do Processo, dizendo que as análises em torno dele são de base substantiva, faltando os estudos sobre o aspecto instrumental, apesar de se tratar de instituição de natureza processual.

Como instituição de caráter, também processual, mostra Fix-Zamudio que todos os tratadistas estão de acordo com sua natureza jurídica.

Sem desconhecer da transcendência do exame do amparo, sob o ângulo constitucional, o publicista mexicano ressalta que em se tratando de instituição de caráter processual, é indispensável analisá-lo sob o aspecto menos explorado, isto é, logrando o equilíbrio entre os aspectos constitucionais e os processuais.

O trabalho de Fix-Zamudio, na procura da configuração processual dessa instituição, mostra que autores como Demetrio Sodi preocupou-se com metodologia descritiva ou procedimentalista. Esse trabalho, de grande importância para o Processo Constitucional, entende da necessidade do exame dos aspectos genéricos da Teoria Geral do Processo.³¹

A constitucionalização do direito à jurisdição e a amplitude do conceito de direito à tutela jurídica efetiva leva-nos à caracterização do Processo Constitucional (El proceso constitucional), com destaque para a eficácia dos direitos humanos. Essas garantias jurisdicionais para a tutela, invocam temas essenciais ao assunto ora examinado, quando tratam de controle constitucional: controle político, sistema de origem e tradição francesa; controle descentralizado ou difuso através da jurisdição comum, por via indireta; controle centralizado, por via principal (principaliter ou incidental (incidenter), com efeitos abrogativos.

José Fábrega P., tratando do Processo Constitucional, afirma que se interessava pela proteção por via processual ou através de incidência em um processo qualquer.

Entende que o Processo Constitucional é um processo especial, apresentando-se de forma escrita, com caráter público por via de ação. Ao mesmo tempo, surgem suas modalidades (mediante processo de inconstitucionalidade principal) onde se examina a legitimação ativa e a legitimação passiva.³² AS PERSPECTIVAS DE UMA TEORIA GERAL DO

(31) Kelsen, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) em *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, 1928, Tomo 45, ano XXXV; idem, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

(32) Pizzorosso, Alessandro. *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*, Jovene editore, Napoles, 1.992, 2ª edição, p. 514.

2. PROCESSO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO PARTICULARIDADES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL.

Desde o aparecimento do trabalho de Hans Kelsen sobre a garantia jurisdicional da Constituição, também denominada de Justiça constitucional, que esse tema passou a ocupar largos espaços do Direito comparado, utilizando-se, destacadamente da questão da custódia da Constituição.

Nesse trabalho encontramos temas essenciais ao objeto inicial do Processo Constitucional, como: a jurisdição constitucional; o objeto do controle jurisdicional da constitucionalidade; o critério de controle jurisdicional da constitucionalidade; o resultado do controle jurisdicional da constitucionalidade e o procedimento do controle de constitucionalidade.

Seu trabalho apoia-se nas experiências do Tribunal Constitucional da Áustria, de conformidade com o texto de 1920.

A garantia jurisdicional da Constituição ou a Justiça constitucional pertence a um sistema de técnicas, que têm como objetivo a correta aplicação da Constituição.³³

As garantias são os meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral. Essas garantias podem ser preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas:

a) As garantias preventivas tendem a prevenir e impedir a realização de atos irregulares;

b) As garantias objetivas têm, ao mesmo tempo caráter repressivo acentuado, dando como consequência a nulidade ou anulabilidade do ato irregular.

A anulação do ato inconstitucional representa a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição. Entendeu Kelsen que não era o Parlamento o órgão competente para a verificação da constitucionalidade. Deveria ser um órgão diferente, independente de qualquer outra autoridade estatal. Era preciso encarregar a anulação dos atos inconstitucionais a uma jurisdição ou Tribunal constitucional. Cumpre à jurisdição constitucional pronunciar-se, puramente, da interpretação da Constituição.³⁴

(33) PEYRON-PISTOULEY, Sylvie. *La Court Constitutionnelle et le Controle de la Constitutionnalite des Lois en Autriche*, Economica, Paris, 1993; GRANT, J. A. C. *El Control Judicial de la Legislacion en la Constitucion Austríaca de 1920*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, nova série, Ano VII, n. 21, Set./Dez., 1974, p.p. 73 e ss.

(34) MORBIDELLI, G. PEGORARO, L. REPOSO, A., VOLPI, M. *Diritto Costituzionale Italiano e Comparato*, Monduzzi Editore, 1.995, 2ª edição; GUERRERO, Manuel Medina. *La Vinculacion Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1.996.

No desenvolvimento da temática do Processo Constitucional, duas expressões passaram a ter longo alcance “Justiça Constitucional” e “Jurisdição Constitucional”.³⁵ Vamos encontrá-las em trabalhos de autores franceses, espanhóis, portugueses, alemães e italianos.

Desde o aparecimento do controle, na Constituição austríaca de 1920, entendeu-se que a realização do controle judicial de questões constitucionais poderia ser conferido a tribunais ordinários ou a um tribunal especial, criado para exercê-lo. A Áustria decidiu, através da Constituição que deveria ser previsto, especificadamente, um novo tipo de tribunal especial, a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) para efetivar essa função.

É com essa Constituição, de 1º de outubro de 1920, que surge, verdadeiramente a primeira Corte Constitucional, precedida, entretanto, pelo Tribunal Constitucional, instituído pela Constituição da Checoslováquia, de 6 de março de 1920. Entretanto, foi a Corte austríaca que inspirou o verdadeiro “modelo”, que influenciou as outras Cortes instituídas na Europa.

A Constituição austríaca transformou-se em modelo de um sistema de controle da constitucionalidade, verdadeiramente original, que se opõe ao sistema americano, criando o tipo de controle concentrado. Trata-se de instituição especializada que realiza seu controle por intermédio de procedimentos especiais, podendo anular a norma inconstitucional, com efeito erga omnes. Esse tipo de controle, instituído na Áustria, permite o controle “abstrato” e o “concreto”.

(35) ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France*, Oxford University Press, Londres - Toronto, 1975, 3ª edição revista e ampliada; FRIEDRICH, Carl Joachim. *Man and His Government. An Empirical Theory of Politics*, McGraw-Hill Book Company, In. New York, San Francisco, Toronto e Londres, 1963; SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law* Cambridge. The University Press, 1.955; GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*. Tipologia Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965; VIEIRA, Norman. *Constitutional Civil Rights in a Nutshell*. St Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, 2ª edição; *Judicial Review. The Origins of Judicial Review*, em Williams, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*, St. Paul Minn, West Publissing Co. 1979; *Civil Rights And Equality*. With an Introduction by Kenneth L. Karst. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. Edite by Leonard W. Levy, Kenneth L. Karts, and Dennis J. Mahoney. MacMillan Publishing Company. New York. Collier Macmillan Publishers, Londres, 1989; IRONS, Peter. *The Courage of Their Convictions*. The Free Press. A Division of Macmillan, Inc, New York. Collier Macmillan Publishers, Londres, 1988. *Jurisprudence Constitutionnelle de la Cour Suprême des E'tats-Unis (1961-1963)*. Textos e Observação de Patrick Juillard e Roger Pinto. Presse Universitaires de France, Paris, 1965.

Surge a Justiça Constitucional, sendo que Jellinek (*Une Cour constitutionnelle pour l'Autriche*, 1885), é lembrado pela possível filiação com a Corte austríaca de 1920.

A Corte constitucional austríaca é tida como protótipo das jurisdições constitucionais europeias, caracterizados por um sistema de controle concentrado da constitucionalidade das leis, diante do monopólio criado por essa Corte.³⁶

Ao lado do consolidado sistema norteamericano de controle, no qual Carl Joachim Friedrich examina suas dimensões, poder e justiça, aparece esse novo sistema europeu. Depois de “*Marbury v. Madison*” assiste-se o eficiente e rico sistema jurisprudencial e processual norteamericano (*writ of Mandamus*, *Injunction*, *Habeas Corpus*, *declaratory judgment*), com profundas elaborações sobre a Lei e as Cortes, através de definições e conceitos legais (*private law*, *public law*, *administrative law*, *constitutional law*, *civil law*, *criminal law*).

Em todo esse sistema, destaca-se o papel da Suprema Corte, no seu original e “*appellate*” poder de formação jurisprudencial, na qual a Suprema Corte não exercita exclusiva e original competência. Surgem categoriais de casos e controvérsias através dos: *appellate cases*; *writs of review*; *appeal*; *certiorari* (*federal question of substance - certiorari*, que do latim significa “*made more certaine* ou “*better informed*”).

Desde *Marbury v. Madison*, e *Dred Scott case* (*Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard 393 (1857) e outros muitos casos, elaborou-se o *judicial review*, suas controvérsias e limitações.³⁷

Após a Segunda Guerra Mundial, o sistema europeu passou por nova fase, com grande repercussão na estruturação do Processo Constitucional. É nesse sentido que Jean-Claude Béguin afirma que o juiz pode ser erigido em “*guardião da Constituição*”, de maneiras e modos diferentes. Nos Estados Unidos, ao juiz ordinário é reconhecido o direito de verificar a constitucionalidade das leis aplicáveis, de conformidade com certo tipo de procedimento. Esse sistema conduz à onipresença dos problemas constitucionais, através de questões judiciais. A Constituição deve ser a verdadeira e suprema regra que domina

(36) HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, p. 19.

(37) BÉGUIN, Jean-Claude. *Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale D'Allemagne*, Economica, Paris, 1982.

o conjunto do ordenamento jurídico. O sistema conduz ao reforço do Poder Judiciário, consequência natural, em países em que o juiz detem, verdadeiramente, fração da soberania do Estado.

O Tribunal Constitucional Federal alemão apresenta, entre as suas características, a da amplitude de sua competência: “O exercício dessa competência, passados mais de quarenta anos, por um lado, revelou uma mudança do papel da jurisdição constitucional (alemã) e, por outro, mostrou o Tribunal Constitucional Federal também como um fator de desenvolvimento dos princípios constitucionais”.³⁸

Nessa tese, Luis Afonso Heck, em apreciação das fases históricas e jurídicas do desenvolvimento da Jurisdição Constitucional alemã, chega, dentre outras, a três conclusões:

“a) na primeira encontra-se o aspecto histórico (tradição) da jurisdição constitucional alemã. Nessa parte foram analisadas as raízes da jurisdição constitucional alemã e as suas diversas fases: Sacro Império Romano-Germânico, Confederação Alemã, Constituição Imperial de 1849, Constituição do Império Alemão de 1871 e República de Weimar;

b) na segunda parte acha-se uma exposição do Tribunal Constitucional Federal, i.e., a sua concepção na esfera da reorganização política alemã após a Segunda Guerra Mundial, o seu status, a sua organização, a sua competência, as suas decisões com força de lei e o voto especial;

c) e na terceira parte está situada uma ordenação relativa ao desenvolvimento dos princípios constitucionais (Princípios do Estado de Direito, Princípio do Estado Social, Princípio Democrático e Princípio Federativo) pelo Tribunal Constitucional Federal” (ob. cit., p.p. 19 e 20).

Os estudos sobre o sistema alemão têm destacado os fundamentos do controle da constitucionalidade das leis, com comparações entre as tradições jurídicas da França e da Alemanha, a lógica do constitucionalismo e as particularidades das duas espécies de controle.

O debate de Weimar sobre as condições de um controle jurisdicional das leis (das richterliche Prüfungsrecht) foi tema favorito, inclusive de G. Jellinek. Surgiram, entretanto, inicialmente, incertezas sobre as condições do controle jurisdicional sobre a constitucionalidade formal, a título de incidente, mencionando-

(38) CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional Contemporaneo*. La Suprema Corte y el Arte de la Política. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985; HERRENDORF, Daniel E. *El Poder de los Jueces. Cómo piensan los Jueces Qué Piensan*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.994, 2ª edição.

se as dúvidas sobre as condições sobre a constitucionalidade material das lei. Destaca-se o exame sobre as condições, mediante as quais, a apreciação da constitucionalidade deveria concentrar-se nas mãos de uma jurisdição única. O debate sobre a natureza de um órgão de controle especializado gerou especulações.

Com Bonn surge a oportunidade de uma jurisdição guardiã da Constituição, passando-se do Estado de Direito (Rechtsstaat) para certa forma de Estado dos juizes (Richterstaat), onde os doutrinadores reconheceram a promoção do Poder Judiciário, após 1949. Cada ordem constitucional necessita de um poder neutro. O poder jurisdicional, pela Lei Fundamental, é confiado aos juizes. A Corte constitucional de Karlsruhe criou normas sobre sua composição, estatuto e recrutamento, independente dos outros órgãos constitucionais e jurisdicionais, com técnicas de definição de competências e dos litígios entre os órgãos constitucionais.

A diversidade de recursos, com destaque para o recurso constitucional (Die Verfassungsbeschwerde), na ordem constitucional alemã, com afirmativas de que o vício de inconstitucionalidade é imputável à lei, gerou especulações de ordem processual, como as referências aos mecanismos de admissibilidade (l'instauration d'une procédure d'admission préalable-Annahmeverfahren).

As condições processuais são colocadas, tendo em vista a natureza dos direitos invocados e os incidentes de interpretação dos direitos fundamentais.³⁹

Os estudos sobre o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos, com destaque para a interpretação ou criação judicial, a teoria interpretativa e as alternativas do interpretacionismo, enriqueceu os debates em torno do Processo Constitucional.⁴⁰

(39) SOSA, Edgar Corzo. *La Justicia Constitucional en México*; GONZÁLEZ, Felipe. (Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos en Latinoamérica); VALLE, Rubén Hernández (Los Poderes del Juez Constitucional); HORN, Han-Rudolf (El Régimen de la Justicia Constitucional Alemana en el Contexto Internacional); LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Notas Sobre o Controle da Constitucionalidade no Brasil); GUERRA, Luís López (Protección de los Derechos Fundamentales por la Jurisdicción Constitucional en Centroamérica y Panamá); MODERNE, Franck. (El Consejo Constitucional Francés); ESCALANTE, Rodolfo Peza. (La Jurisdicción Constitucional Costarricense); SILVA, José Enrique. (Jurisdicción Constitucional de el Salvador); STURLESE, Laura. *Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano*, em *Justicia Constitucional Comparada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Autónoma de México, México, 1.993.

Por outro lado, com grande significado para a Teoria Geral do Processo Constitucional, frente aos Grandes Sistemas Jurídicos, crescem os estudos sobre Justiça Constitucional Comparada, não apenas na Europa, mas, também na América Latina.⁴¹

A matéria objeto desse trabalho, mesmo antes da atual fase de estudos sobre Processo Constitucional na América Latina, já havia sido objeto de várias referências.

Os estudos sobre hierarquia das normas jurídicas, a supremacia constitucional, o controle jurisdicional da constitucionalidade, estudos comparativos com o sistema dos Estados Unidos mostra a atenção que essa temática vem tendo, de há muito. Esses trabalhos contribuíram para a melhor compreensão das relações entre Processo Constitucional e alguns aspectos da Teoria Geral do Processo, metodologia que vem aprimorando, nos estudos de Direito Comparado.⁴²

Os trabalhos que têm contribuído para a consolidação das regras básicas do Processo Constitucional⁴³ na América Latina, além da obra marcante de

(40) VALDES, Jorge Tapia. *Hermenéutica Constitucional. La Interpretacion de la Constitución en Sudamerica*, Editorial Juridica de Chile, Santiago de Chile, 1973; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940 - 1965*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1968; GHIGLIANI, Alejandro E. *Del "Control" Jurisdiccional de Constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952; MERCADO, Oscar Vásquez del. *El Control de la Constitucionalidad de la Ley. Estudios de derecho comparado*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978; LA ROCHE, Humberto J. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y los Estados Unidos*, Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela, 1972; DROMI. *El Poder Judicial - En la Constitución. En la Crisis. En la Democracia*. Ediciones UNSTA, Tucuman, Argentina, 1.982.

(41) GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. El Tribunal Constitucional. Nueva institución de la Constitución guatemalteca de 1985, *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1987, t. I; idem, *Política y Constitución en Guatemala*. La Constitución de 1985. Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1.994, 2ª edição; CORAO, Carlos Ayala. Funcion Constitucional del Recurso de Casacion en el Nuevo Codigo de Procedimiento Civil. Obra Coletiva. *La Nueva Casacion Civil Venezolana*, Editorial Juridica Alba, Instituto de Actualización Jurídica, Caracas, Venezuela, 1987.

(42) ABAD YUPANQUI, Samuel. D. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. FERNANDEZ Segado. FURNISH, Dale F. GARCIA BELAUDE, Domingo. RUBIO CORREA, Marcial. DE TRAZEGUIES GRANADA, Fernando. QUIROGA LEON, Aníbal (Compilador). *Sobre la Jurisdiccion Constitucional*. Presentación Jorge Avendaño V. Prólogo Domingo Garcia Belaude. Preliminar Aníbal Quiroga Leon. Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, Lima, Perú, 1.990.

(43) FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. Presses Universitaires de France, Paris, 1.992, 2ª edição; FAVOREU, Louis. Philip Loïc. *Les grandes décisions du conseil*

Hector Fix-Zamudio no México, vêm obtendo grande significado com os estudos de Francisco Fernández Segado, da Espanha e Domingo García Belaunde, no Perú. Pelo relevo e importância para o tema, destaca-se a obra coletiva sobre a Jurisdição Constitucional.

Esse trabalho, inicialmente, ao formular o conceito, indaga qual a expressão mais apropriada: Jurisdição Constitucional ou Justiça Constitucional e o seu relacionamento com o Direito Processual Constitucional.⁴⁴

Os trabalhos de Kelsen, Eisenmann e Mirkin-Guetzevitch deram grande alento à expressão Justiça Constitucional, que passou a ser empregada como sinônimo de Jurisdição Constitucional por muitos autores.

Com a evolução doutrinária a concepção de Jurisdição Constitucional propiciou diversos questionamentos no que diz respeito ao controle das normas e a noção de supremacia constitucional. Com a criação de novos tribunais, as expressões jurisdição constitucional ou justiça constitucional, passaram a ser objeto de diversas especulações, quanto ao alcance, a natureza e os efeitos das decisões dessa jurisdição especial.

Ao mesmo tempo as expressões Processo Constitucional, Direito Processual Constitucional ou Direito Constitucional Processual, passam a ser empregadas nos estudos dos institutos processuais, segundo as categorias ou bases do Processo Constitucional. O estudo da jurisdição constitucional vincula-se as indagações sobre seu relacionamento com a Teoria Geral do Processo, nos termos das doutrinas de Carnelutti, Alcalá-Zamora, E. Vescovi, Mauro Cappelletti e Calamandrei. Esses autores realizaram profundos estudos sobre Constituição e Processo, sendo que na América Latina, Héctor Fix-Zamudio destaca pela sua monumental produção.

Algumas indagações procuraram situar o Processo Constitucional, no seu relacionamento com a Constituição e o Direito Processual.

constitutionnel, Sirey, Paris, 1979, 2ª edição; idem, *Les grands décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1993, 7ª edição, Collection Droit Public; FAVOREU, Louis. *Recueil de jurisprudence constitutionnelle - 1959-1993*. Décisions DC-L-FNR-I du Conseil constitutionnel, réunies par Louis Favoreu, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1994; LEMASURIER, Jeanne. *La Constitution de 1946 et le Control de Constitutionnalité des Lois*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953; WIGNG, Pierre. *Droit Constitutionnel*. Principes et Droit Positif E'tablissements E'mile Bruylant, Bruxelles, 1952, Tomo Segundo, p. 778 e ss.

(44) STEINBERGER, Helmut. Algunos Rasgos Fundamentales de la Justicia Constitucional en la República Federal de Alemania, *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, n. 51, Nueva Epoca, Madrid, Maio/Junho, 1986, p. 7 e ss.

O conteúdo do Processo Constitucional tem ampliado, sendo que alguns temas estão presentes nos diversos sistemas de jurisdição constitucional. Assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, dos direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais, tomam a atenção de diversos estudiosos. Alguns intérpretes vêm a jurisdição constitucional, como objeto essencial das investigações sobre Processo Constitucional.

O nascimento e o desenvolvimento do modelo europeu de justiça constitucional foi examinado por Louis Favoreu, que através de breve histórico, mostra que anteriormente só havia um tipo de justiça constitucional, que era o oferecido pelos Estados Unidos. Essa instituição era identificada pela expressão *judicial review*, que não passa de um dos tipos de justiça constitucional.

O modelo europeu apareceu nos anos de 1.920, sendo que entre as duas guerras foram conhecidos: na Áustria (1920-1936), na Checoslováquia (1920-1938) e na Espanha republicana (1931-1939).

É conhecido como “modelo austríaco”, desde que a Alta Corte Constitucional da Áustria foi uma das suas primeiras ilustrações, que teve em Hans Kelsen seu primeiro teórico. Após a segunda guerra mundial ele foi adotado por várias Constituições da Europa: República Federal da Alemanha, em 1949; Itália, em 1948; França em 1958; Chipre, em 1960; Turquia em 1961; Portugal em 1976; Espanha em 1978; Bélgica em 1984 e a Jugoslavia em 1963, Hungria em 1984 e Polónia em 1985.

Novas Cortes constitucionais, como as da Hungria, Rumania, Eslovênia, Bulgária e Rússia e outras, ainda em formação na Europa central e oriental, vêm seguindo a mesma orientação. Distantes do modelo europeu estão a Dinamarca, a Irlanda, a Noruega, a Suécia e a Grécia que optaram pelo modelo americano. A Suíça apresenta situação particular. A Grã-Bretanha, os Países Baixos e Luxemburgo são desprovidos de todo sistema de justiça constitucional.

Os sistemas de justiça constitucional não são classificáveis em uma ou outra das categorias acima apresentadas. Existem sistemas mistos, onde combinam-se os elementos do “*judicial review*” e do “*constitutional review*”. Os sistemas mistos são raros, mas quando funcionam evoluem para um ou outro dos tipos apontados. Mostra Louis Favoreu que durante as suas pesquisas surgiram novas espécies, com aquelas dos Estados do Novo Commonwealth (J. Colom. *Le Justice constitutionnelle dans les E'tats du Nouvean Commonweallh: le cas de l'ille Maurice*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix, 1993). Com essa particularidade surgem Cortes supremas, com

intervenção atípica de uma super-Corte constitucional, o Comitê Judiciário do Conselho privado da Rainha, em Londres.

Comparando-se o modelo europeu com o modelo americano, aponta o publicista francês seis características essenciais.

- a existência de um contencioso constitucional, distinto dos outros contenciosos;

- o monopólio de julgamento desse contencioso, em benefício de apenas uma jurisdição, a Corte ou Tribunal constitucional;

- a especificidade dessa Corte;

- as condições decorrentes de suas próprias faculdades;

- a natureza do contencioso constitucional;

- as consequências que resultam dos efeitos das decisões ou arestos feitos pelas Cortes ou Tribunais constitucionais.

O contencioso constitucional apresenta particularidades que o distinguem de outros contenciosos. No controle difuso, do molde americano, os tribunais são chamados a se pronunciar sobre todos os aspectos de um mesmo litígio, sem que se possa distinguir entre questões civis, administrativas ou constitucionais: os tribunais americanos têm a plenitude de jurisdição.

Ao passo que os tribunais europeus são obrigados a fazer a seleção das questões postas e eventualmente colocadas, no que se refere à constitucionalidade de uma lei, na qual a aplicação condiciona a solução do litígio.

As questões de inconstitucionalidade da lei constituem, elas próprias, um contencioso cujo julgamento é atribuído, de maneira exclusiva, à Corte constitucional.

É um monopólio que concentra em suas mãos o poder de interpretar a Constituição. As vantagens dessa “concentração” são evidentes: a unidade de interpretação, reforça a coesão dessas decisões, reduz as ilegalidades e assegura a segurança jurídica. A Corte suprema, no sistema americano, age da mesma maneira; deve harmonizar ou sintetizar várias interpretações decorrentes das decisões contraditórias, emanadas dos juizes inferiores. No sistema europeu, a primeira e única interpretação será dada diretamente pela Corte constitucional, ela própria.

A singularidade da Corte constitucional, para Louis Favoreu, resulta menos de sua composição, do que uma ausência de vinculações ao aparelho jurisdicional ordinário. A Corte constitucional não se submete ao edifício jurisdicional, ela não o integra e não tem qualquer liame estrutural com ele. Sua posição é muito particular, na ordem jurídica e constitucional.

Outra característica do modelo europeu, em comparação com o sistema americano, é que nessa espécie de controle, normalmente são os indivíduos que dão origem às questões constitucionais, pela via de exceção, levantada no curso de um processo ordinário, perante qualquer que seja o tribunal. No sistema europeu, pode-se dizer que os indivíduos não constituem senão uma das categorias de requerentes.

O controle de constitucionalidade das leis, na Europa, pertence a tres categorias de requerentes: as autoridades políticas ou públicas, os tribunais e os indivíduos.

No que se refere aos efeitos das decisões, eles não são os mesmos nos dois sistemas. Pelo modelo americano, a decisão do tribunal, com base em uma exceção de inconstitucionalidade, não pode ter efeitos relativos, ao passo que as decisões das Cortes constitucionais têm efeitos erga omnes, com exceção das decisões sobre o controle concreto pelo Tribunal constitucional português e de Corte de arbitragem belga. Eles pronunciam-se sobre inconstitucionalidade de disposições legislativas, submetidas ao seu controle.

A Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente, como ocorre com os outros modelos, dos demais poderes públicos. É uma jurisdição especializada, com a competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum. Enquanto que a Corte constitucional é uma jurisdição “especializada”, a Corte suprema é uma jurisdição “generalista”. A Corte suprema conhece de todos os contenciosos (civil, administrativo, penal, comercial ou constitucional), enquanto que a Corte constitucional é exclusivamente competente para apreciar matéria constitucional. A Corte constitucional é jurisdição “especializada”, de competência exclusiva. Ela monopoliza o julgamento do contencioso constitucional. Não faz, normalmente, parte da organização jurisdicional ordinária.⁴⁵ Na apresentação das grandes decisões, Louis Favoreu e Loïc Philip, fazendo estudo geral da importante instituição que é o Conselho constitucional indagam, preliminarmente se o Conselho constitucional é uma jurisdição, dizendo que alguns contestam essa configuração.

Em seu trabalho sobre as Cortes Constitucionais, Louis Favoreu destaca alguns modelos, partindo da Corte Constitucional austríaca, por ser a mais antiga

(45) AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, volume I. Éditions Jdes et Calendes, Neuchatel, Suisse, 1967, p.p. 163 e ss.

das Cortes constitucionais, ao criar o modelo que inspirou as outras Cortes instituídas na Europa, considera que ela tem um predecessor, o Tribunal do Império (Reichsgericht), criado pela Constituição de 21 de dezembro de 1867, na qual os cidadãos podiam encaminhar recursos por violação de seus direitos, constitucionalmente garantidos, direitos enumerados na Constituição e que permanecem até hoje, como base de controle de constitucionalidade. Examina sua composição e funcionamento, com destaque para o período de 1920 a 1929; a nomeação de juiz titular e suplente; as funções dos membros da Corte constitucional; a remuneração dos juizes constitucionais; os membros da Corte constitucional, funcionamento; atribuições; o controle de constitucionalidade das leis; o controle “a priori”, o controle “a posteriori”; as decisões da Corte e seus efeitos, jurisprudência (princípio de legalidade, proteção dos direitos humanos, influência sobre a ordem jurídica e política).

Em seguida examina a Corte Constitucional da Alemanha, considerada como um dos principais acontecimentos na Europa Ocidental, após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista a extensão da justiça constitucional, em formas de tribunais especiais. A Áustria criou, em 1920 o primeiro Tribunal Constitucional europeu, sendo que após 1945 retornou à essa tradição, com novo Tribunal. O Tribunal Constitucional alemão iniciou suas atividades em 1951, sendo que o italiano surgiu em 1956, ao passo que o Conselho Constitucional francês é criado em 1958, considerado a única instituição nova estabelecida pela Constituição gaulista. A Espanha criou seu Tribunal, com a Constituição de 1978. Estados importantes da Europa passaram a criar esses tribunais. A Suíça consagra um tipo de justiça constitucional, de caráter limitado, em forma de recurso ao Tribunal Federal, através do qual pode-se impugnar atos de cantões, lesivos aos direitos individuais, de caráter individual. Especula-se, nesse país, a possibilidade de ampliar notavelmente a justiça constitucional. A Grã-Bretanha submeteu-se à jurisdição da Comissão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Estrasburgo, que desde então pode atacar nesta instância, atos do poder público inglês, que tenham infringido direitos fundamentais, garantidos pela Convenção. O Tribunal de Estrasburgo sentenciou sobre casos que afetavam a Grã-Bretanha, como o caso Sunday Times.⁴⁶

A Justiça constitucional na Alemanha tem raízes históricas, bem remotas, em parte provenientes da Idade Média.

(46) CRUZ VILLALON, Pedro. *La Formacion del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad* (1918-1939). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

A Lei Fundamental estabelece amplas possibilidades de atuação da justiça constitucional federal, que é levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal. O Status, as competências e os recursos mais significativos, ante o Tribunal, são regulados pela Constituição ou pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. A Lei estabelece que o Tribunal é independente dos demais órgãos constitucionais. Por outros artigos entende-se que o Tribunal Constitucional possui nível semelhante aos demais órgãos do Estado, especialmente o Parlamento, o Bundesrat, o Conselho Federal e o próprio governo Federal.

O Tribunal Constitucional situa-se à margem da estrutura hierárquica dos demais órgãos judiciais, não depende administrativamente de nenhum Ministério, nem está submetido a qualquer forma de supervisão pelo Executivo. Ele exerce sua jurisdição por meio de distintas classes de recurso, aproximadamente quinze recursos, de conteúdo diferente. Esses regulam quem está legitimado para sustentá-lo ante o Tribunal e quem pode ser parte. A regulação do acesso ao Tribunal é questão fundamental em toda justiça constitucional. O objeto do recurso, os efeitos das sentenças, o procedimento e a legitimação processual estão indissolúvelmente ligados. Especialmente o objeto da causa pode ser separado do problema da legitimação, sendo que a eficácia do controle modifica substancialmente o círculo de pessoas, legitimadas na formulação do recurso.

Na prática do Tribunal Constitucional, destacam-se alguns recursos:

a) Conflitos entre a Federação e os Estados membros: decide diferenças entre o Estado Federal central e os Länder, em relação às suas respectivas competências e obrigações, frente a ordem constitucional federal, especialmente na distribuição de competências, em matéria legislativa e execução do Direito Federal pelos Länder; assim como o exercício do direito federal de supervisão (Bundesaufsicht). Nesses recursos só pode ser parte o governo federal e os Länder.

b) Recursos denominados conflitos entre órgãos. O Tribunal Constitucional decide sobre a interpretação da Lei Fundamental, com análise das diferenças sobre o alcance dos direitos e deveres dos órgãos supremos federais e outros interessados.

c) O recurso sobre o controle abstrato de normas. O Tribunal Constitucional resolve diferenças de critérios ou dúvidas que podem surgir, sobre a compatibilidade na forma ou no fundo do direito federal o direito autônomo dos Länder, promovendo a harmonia entre o Direito autônomo e o federal.

d) O procedimento de controle normativo por via incidental. Qualquer Tribunal da República Federal da Alemanha tem direito e dever de

comprovar se um procedimento judicial, no que se refere as dúvidas sobre a inconstitucionalidade.

e) O recurso de amparo. Qualquer pessoa pode dirigir-se ao Tribunal, alegando que em virtude de ato de autoridade pública, sofreu lesão em alguns de seus direitos fundamentais de caráter individual, constitucionalmente protegidos ou algum direito subjetivo determinado, garantido pela Lei Fundamental.

Néstor Pedro Sagüés, ao tratar da Lei 16.986, na Argentina (Ação de Amparo, o ato lesivo, ações e omissões da autoridade pública, direitos tutelados), mostra que a ação de amparo é admissível contra todo ato ou omissão de autoridade pública, que em forma atual ou iminente, lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, os direitos ou garantias explícita ou implicitamente reconhecidas pela Constituição Nacional, com exceção da liberdade individual, tutelada pelo habeas corpus”.

Mostra o publicista argentino, ao analisar a natureza do amparo, que sua conceitualização, antes da Lei 16.986, motivou várias discussões e ambiguidades, que ainda não desapareceram.

A literatura jurídica, refletida nos primeiros trabalhos e iniciativas sobre amparo, preferia empregar o rótulo recurso, quando se referia a este instituto (Rouzant, Muniagurnia, Carrió, Orgaz, Lubary e Martínez Paz e muitos outros). Com este título foi introduzido na jurisprudência, inclusive pela Corte Suprema de Justiça da Nação, no caso “Kot”.

Para este expositor, a explicação do êxito da expressão “recurso”, decorria, consciente ou inconscientemente, de ser o amparo visto como uma projeção do recurso de habeas corpus.

Foi compreendido, também, como interdito, entendida como prolongação das ações possessórias ou interditos do direito civil.

D’Hers preferiu a denominação de “ação de amparo”, desde que o amparo não configurava um recurso, por ser um instituto utilizável contra qualquer órgão do Estado. Não se trataria, também, de uma demanda, desde que não ocorreria a existência de duas partes.

Posteriormente, os doutrinadores começaram a empregar a palavra “ação”, para tipificar a natureza do amparo. Entendeu-se que o conceito de ação era mais amplo do que recurso. Implica, também, o exercício do direito à jurisdição, pois não perseguia apenas a mera revisão do ato legislativo, mas importava em um verdadeiro processo de controle de constitucionalidade. Além do mais, o recurso era um remédio dentro de certo processo, ao passo que o amparo tinha autonomia, através de questões levantadas em determinado

processo. Para Becerra Ferrer os recursos, além de terem raiz contenciosa, referiam-se a sentença e decisão precedente, enquanto que o amparo é uma ação autônoma e unilateral.

Grande parte dos autores consideram o amparo como uma instituição de direito público (Romero, Vargas Gómez e Sampay. Entende-se o amparo como garantia constitucional, que tem o fim determinado de proteger os direitos públicos subjetivos, de natureza constitucional.⁴⁷

O Tribunal Constitucional interpreta, em alto nível, seu papel, pelo que encontra aprovação da opinião pública, gozando de grande prestígio⁴⁸

Como Corte federal, a Corte Constitucional estatui litígios entre a Federação e os Länder, realizando julgamento entre órgãos. Controla a constitucionalidade das Leis e dos Tratados. Existem várias formas procedimentais: controle a posteriori, controle abstrato das normas, controle concreto das normas, recurso constitucional, por iniciativa dos indivíduos.

A decisão das Cortes e seus efeitos têm diversas consequências:

a) A Corte pode estabelecer de ofício a inconstitucionalidade de uma lei, quando o litígio lhe é submetido, por via de recurso contra ato administrativo ou jurisdicional;

b) Normalmente, a constatação da inconstitucionalidade de uma disposição legislativa, conduz à sua anulação.

Sua jurisprudência é variada e rica, estende-se em matéria eleitoral, equilíbrio da Federação com os Länder, direitos fundamentais, influência na ordem jurídica e política.

Louis Favoreu dá destaque, ainda, à Corte Constitucional italiana (composição, funcionamento, atribuições, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei, o controle posterior por via de ação e por via de exceção, o procedimento perante a Corte).

Destaca, também, a composição e o funcionamento do Conselho Constitucional francês, os procedimentos, atribuições, o controle da entrada de

(47) SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Ley 16.986 comentada y concordada con las normas provinciales. Amparo por mora, electoral y laboral. Amparo contra particulares. Hábeas data, Reforma Constitucional de 1.994*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.995, 4ª edição; CORÁO, Carlos M. Ayala. *La Accion de Amparo Constitucional Frente a la Administracion Publica, Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 70, 1.988.

(48) VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*, CEDAM, Padova, 1981, pp. 119 e ss.

normas internacionais na ordem jurídica interna, o controle de constitucionalidade das leis (controle preventivo, controle a posteriori).

Em seguida apresenta o Tribunal Constitucional Espanhol (composição, funcionamento, mandato dos juizes, atribuições, controle de constitucionalidade das leis do Estado e a jurisprudência). Na análise das diversas Cortes Constitucionais, destaca o Tribunal Constitucional de Portugal (composição, atribuições, controle de constitucionalidade das leis (preventivo e a posteriori).

Finalmente, trata da Corte de Arbitragem Belga, desde que a lei especial de reformas institucionais de 08 de agosto de 1980, previu uma Corte de Arbitragem, no artigo 107 da Constituição. A lei de 28 de julho de 1983 estabeleceu a organização, as atribuições e o funcionamento dessa Corte.

Mencionando outras Cortes, Louis Favoreau destaca o seu desenvolvimento, com atividades reduzida, na Europa, África, Ásia e América Latina. Ressalta, ainda, o Tribunal Constitucional polonês, a Corte Constitucional da Hungria, a Corte Constitucional “tchèque” e “slovaque”, com menção à Alta Corte Malgache, a Alta Corte constitucional do Egito, o Tribunal constitucional sul-coreano. Nesse amplo levantamento, ressalta o papel das Cortes constitucionais da América Latina (Guatemala, Chile, Perú).⁴⁹

A formação do sistema europeu de controle de constitucionalidade deu grande destaque à Jurisdição constitucional, como o procedimento judicial destinado a garantir, de modo imediato, a eficácia da Constituição. Nas diversas maneiras de sistematização processual, do controle de constitucionalidade, surgem alguns temas básicos, sempre presentes na Teoria Geral do Processo Constitucional:

a) O sujeito ou parâmetro do controle, deve começar pela descrição da norma, pressuposto do procedimento de controle;

b) O objeto do controle, isto é, as questões que podem ser levantadas para o exame do assunto, tendo em vista a qualificação das normas;

(49) GARCIA BELAUNDE, D. FERNANDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), Obra Coletiva. AFONSO DA SILVA, José. ANAYA BARRAZA, S. E. - AYALA CORÃO, C. M. - BREWER - Carias, A. R. - CARPIZO, J. - CIFUENTES MUÑOZ, E. - CASSIO DIAS, J. R. - ESTEVA CALLICHIO, E. G. - FAVOREU, L. - FIX-ZAMÚDIO, H. - HARBELE, P. - HERNANDEZ VALLE, R. HITTERS, J. C. - MIGUEL HARB, B. - MIRANDA, J. A. - NOGUEIRA ALCALA, H. - OLIVEIRA BARACHO, J. A. de. - PINTO FERREIRA, L. - RODRIGUES ROBLES, F. - SAGUES, N. P. - SALGADO PERANTES, H. *La Jurisdiccion Constitucional en Iberoamerica*, Dykinson, S. L., Madrid, Ediciones Jurídicas, Lima, Editorial Jurídica, E. Esteva, Uruguay, Editorial Jurídica Venezuela, Madrid, 1.997.

c) Manifestações de inconstitucionalidade, com o exame da distinção entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material; inconstitucionalidade direta ou imediata; inconstitucionalidade indireta ou imediata; inconstitucionalidade extrínseca ou intrínseca;

d) O órgão de controle: o caráter único e específico do órgão de controle, sua competência, composição;

e) Legitimação e procedimento de controle, o controle abstrato (abstrakte Normenkontrolle) e o controle concreto (Konkrete Normenkontrolle, são os procedimentos de controle, que dão lugar a um processo autônomo de constitucionalidade;

f) Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podem ser vistos sob a perspectiva do princípio dos efeitos imediatos ou gerais (erga omnes) ou efeitos pro praeterito ou ex tunc (declarativos), efeitos pro futuro ou ex nunc (constitutiver) ou efeitos retardados.

O ordenamento constitucional suíço⁵⁰ apresenta certas características, como um modelo de controle de constitucionalidade, autônomo, concentrado e com efeitos gerais da inconstitucionalidade das leis. Só as leis cantonais e não as federais podem ser declaradas inconstitucionais. Trata-se de um controle mais de federalidade, isto é, a adequação dos ordenamentos cantonais ao ordenamento federal. É a consolidação do setor federal do ordenamento, frente ao setor cantorial. A Constituição de 1848 prevê um Tribunal Federal, sendo que suas competências de ordem constitucional são bem reduzidas. Os próprios conflitos de competência entre Federação e cantões servem para proteção dos direitos fundamentais.

Na Suíça o controle de constitucionalidade das leis ou a jurisdição constitucional tem seu principal instituto, no recurso de defesa dos direitos constitucionais, perante o Tribunal Federal. É o recurso do direito público (staatsrechtliche Beschwerde, recours de droit public): Art. 113: O Tribunal Federal conhece de recursos por violação dos direitos constitucionais dos cidadãos, bem como dos recursos de particulares por violação de concordatas e tratados.

O recurso de direito público está concentrado em um órgão jurisdicional, o Tribunal Federal, sem que exista instituição paralela nos cantões.

Existem normas procedimentais para o recurso, sendo que qualquer cidadão que se ver afetado por determinada norma, pode impugná-la. É uma

(50) FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité (essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, em *Mélanges Eisenmann*, Paris, 1975.

legitimação muito ampla. Certos direitos são imprescritíveis. Quanto as consequências das sentenças, no que toca à apreciação da norma cantonal, declarada nula, produz efeitos erga omnes. Na Suíça o controle concentrado não dispensa o controle difuso.⁵¹

Giuseppe de Vergottini, dedicando-se à tutela das Constituições, ressalta que é natural à formação da Constituição a predisposição de consagrar expedientes dirigido a garantir sua observância e sobrevivência. Ao tratar das modalidades de tutela e dos instrumentos técnicos de controle, analise o que prove do controle de constitucionalidade. Tratando do controle jurisdicional difuso e do concentrado, das modalidades de atuação do controle e o controle de constitucionalidade, mediante a garantia jurisdicional dos direitos, afirma que o modelo austríaco alcançou grande êxito, sendo seguido, apesar das diferenças, pela Constituição italiana de 1948 (artigos 134-137) que previu a ação direta por obra do governo e das juntas regionais.⁵²

A Corte Constitucional italiana, no que se refere à sua natureza, composição e prerrogativas tem caráter acentuadamente judicial, não postulando necessariamente a unicidade do tribunal competente para exercê-lo. A competência da Corte Constitucional é determinada, não de maneira exclusiva, pelo artigo 134 da Constituição: controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos com força de lei; conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, ou entre o Estado e as regiões, acusação contra o Presidente da República ou Ministros). Diferentemente do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, a Corte Constitucional da Itália carece, pelo contrário, de competência para o contencioso eleitoral, bem como em recursos contra atos administrativos ou decisões judiciais inconstitucionais.

Pode ocorrer impugnação de norma por via incidental e impugnação direta da legitimidade constitucional de normas com força de leis.

O procedimento de impugnação por via direta apresenta particularidades, segundo a questão parta do Estado ou das regiões. A decisão da Corte, quanto a modalidades e efeitos, tem eficácia erga omnes. A norma declarada ilegítima

(51) ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988, p.p. 123 e 124; CRISAFULLI, Vezio. *Appunti di Diritto Costituzionale. La Corte Costituzionale*. Mario Bulzoni Editore, Roma, 1967; BRANCA, Giuseppe. *Collegialità Nei Giudizi della Corte Costituzionale*, CEDAM, Padova, 1970; LLORENTE, F. Rubio. *La Corte Constitucional*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1966.

(52) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdiccion Constitucional en España*. Dykinson, Madrid, 1984; VALLE, Rubén Hernández. *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1.995.

perde toda a eficácia, nos termos do artigo 136 da Constituição, desde o dia seguinte à declaração de ilegitimidade.

Gustavo Zagrebelsky, ao examinar a inconstitucionalidade da lei em geral, afirma que a matéria é apreciada quando a norma entra em combate com a Constituição. Compete ao órgão de justiça constitucional defrontar a lei com o parâmetro constitucional, podendo harmonizar a parte incompatível ou eliminar a lei inconstitucional. A inconstitucionalidade é prevista de maneira indiferenciada.⁵³ Analiticamente, a norma constitucional, apresenta as seguintes categorias:

- a) impõe ou exclui determinado conteúdo da lei;
- b) estabelece a forma de procedimento da atividade legislativa;
- c) regula a esfera de competência respectiva, dos diversos sujeitos, entre os quais a função legislativa é repartida.

A esse modo de ser da norma constitucional, podem ocorrer três vícios na lei:

- a) inconstitucionalidade substancial ou material, atinente ao conteúdo;
- b) inconstitucionalidade formal, atinente ao procedimento de formação;
- c) inconstitucionalidade por incompetência, atinente ao sujeito⁵⁴

Pizzorusso, tratando da organização do Tribunal Constitucional, ressalta o princípio de constitucionalidade, na mesma ocasião em que claramente a essa função arbitral entre os diversos poderes do Estado. Esta aí, o tríptico modo de designação dos juizes constitucionais, nomeados em uma terça parte pelo Parlamento, em sessão conjunta e nos dois terços restantes pela suprema

(53) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*, ob. cit., p.p. 83 e 84.

(54) ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional e Divisão de Poderes*. Temas clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1988; TREMP, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; PANIAGNA, Enrique Linde. *Constitución y Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.992; REBOLLO, Luis Martin. *Jueces y Responsabilidad del Estado*. El artículo 121 de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción e Independencia Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; GORDO, Alfonso Pérez. *El Tribunal Constitucional y sus Funciones*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1983; JORGE, Alvarado. *El Recurso contra la Inconstitucionalidad de las Leyes*, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1.920.

magistratura (ordinária e administrativa) e pelo Chefe de Estado, respectivamente. Criou-se um órgão síntese, a partir dos tres poderes do Estado.

Na definição de suas funções ressalta-se o papel de órgão garante dos direitos fundamentais do cidadão, arbitro dos conflitos entre os titulares das supremas magistratura do Estado e entre os Estados e as Regiões. Ressalta-se a função eminentemente garantista do controle de constitucionalidade das leis, em via incidental.

O estudo das regras do Direito Processual Geral é essencial ao Processo Constitucional, inclusive para exame da atividade do juiz constitucional. Por meio de Processo Constitucional, pelo levantamento das regras procedimentais, chega-se aos seguintes tipos:

- a) o controle incidental da constitucionalidade das leis;
- b) controle por via principal ou direta dos conflitos de atribuições entre entes;
- c) os conflitos entre poderes;
- d) o controle sobre a admissibilidade do referendun;
- e) os juizes penais.

O novo constitucionalismo espanhol vem destacando a importância da justiça constitucional e do exame de constitucionalidade das leis. Francisco Fernandez Segado, dizendo que a Jurisdição Constitucional tem por objeto decidir, de modo imparcial, direito objetivo, mediante procedimentos e órgãos especiais, o cumprimento, tutela e aplicação das normas jurídicas constitucionais, esclarece com acerto a temática. Através da Jurisdição Constitucional assegura-se a ordem fundamental, na medida em que se aplicam aos casos concretos as normas constitucionais, esclarecendo-se seu âmbito de aplicação e garantindo o cumprimento da lei fundamental, que prevalece sobre a lei ordinária.

Ao apreciar os sistemas de jurisdição concentrada e difusa, ressalta a generalização da existência da Jurisdição Constitucional, ao mesmo tempo que examina os modelos da Itália e da República Federal Alemã.

A Constituição espanhola contempla o Tribunal Constitucional, no Título IX, nos artigos 159 a 165. Francisco Fernandez Segado ressalta, ao examinar a natureza do Tribunal Constitucional espanhol, que é um órgão de natureza jurisdicional. É o intérprete supremo da Constituição, sendo que os modelos germano-federal e o italiano influenciaram na configuração desse Tribunal Constitucional. Quanto à competência do Tribunal Constitucional, encontramos:

- a) Recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas, com força de lei;
- b) Recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades, mencionados

no art. 53.2 da Constituição (liberdades e direitos reconhecidos no art. 14 na seção primeira do capítulo 2º, do Título I, assim como o direito à objeção de consciência do art. 30.21;

c) Dos conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou dos entre elas próprias;

d) Das demais matérias que lhe são atribuídas pela Constituição ou pelas leis orgânicas.⁵⁵

No mesmo sentido o art. 161.2 contempla a impugnação ante o Tribunal, pelo governo, de disposições sem força de lei e resoluções das Comunidades Autônomas, enquanto que o art. 163 constitucionaliza a questão de inconstitucionalidade, promovida por juizes e Tribunais. O art. 2º da LOTC desenvolve preceitos anteriores, declarado o Tribunal competente para o conhecimento, dos casos, na forma determinada pela própria lei, as seguintes questões: a) o recurso e a questão de inconstitucionalidade contra leis, disposições normativas ou atos com força de lei; b) recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades públicas, relacionados no art. 53.2 da Constituição; c) conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as Comunidades ou entre elas próprias; d) conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado; e) controle prévio de constitucionalidade, nos casos previstos na Constituição e na LOTC; f) impugnações previstas no art. 161.2, da Constituição; g) verificação das nomeações de Magistrados do Tribunal Constitucional, para julgar se os mesmos reúnem os requisitos requeridos pela Constituição e a LOTC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional); das demais matérias, atribuídas a ele, pela Constituição e Leis Orgânicas.⁵⁶

(55) PÉREZ, J. González. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; NOSETE, J. Almagro. *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ, Villa Verde. L. Frigal. *La Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid, 1981; GARRIDO, A. Moya. *El Recurso de Amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*. Bosh, Barcelona, 1983; MATA, A. Carro. *El Recurso de Amparo*, Edersa, Madrid, 1983; LLORENTE, F. Rubio. Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, *REDC*, num. 4.

(56) BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Control Constitucional de Amparo*. Editorial Trillas, México, 1.990; GARCÍA RUIZ, J. Luis. *El Recurso de Amparo en el Derecho Español*. Editora Nacional, Madrid, 1980; CASCAJO CASTRO, José L. GIMENO, Sendra. Vicente. *El Recurso de Amparo*. Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos, Madrid, 1.988, 2ª edição.

Quanto aos Recursos sobre a constitucionalidade das leis, na Espanha, dois são os tipos de recursos: a) o recurso direto, denominado de “recurso de inconstitucionalidade”, que tem como finalidade determinar, em abstrato a inconstitucionalidade de uma norma; b) recurso indireto ou incidental, denominado “questão de inconstitucionalidade, que tem como objeto a concreção da inconstitucionalidade de uma norma, em função de um processo ordinário, quando se questiona sua aplicação.

Examina, ainda, a problemática da compatibilidade entre os dois tipos de recursos, bem como a função e o objeto desses recursos.

A doutrina espanhola tem dedicado vários estudos sobre o Tribunal Constitucional, bem como temas referentes à jurisdição, independência dos juizes, juizes e responsabilidade do Estado ou as relações entre o Tribunal Constitucional e o Poder Judiciário.⁵⁷

Nas indagações sobre Processo Constitucional, na Espanha, destacam-se os trabalhos sobre o controle de constitucionalidade e o Amparo. Nesses estudos a Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais têm grande importância.⁵⁸

As condições do amparo pressupõem um agravo, ofensa, dano ou prejuízo aos direitos individuais, denominados de garantias constitucionais. Esses antecedentes ou requisitos são imprescindíveis à sua utilização. A violação deve referir-se à parte dogmática da Constituição, sendo que devemos também, acrescentar o aspecto procedimental. A Constituição espanhola (art. 103) menciona as leis e os atos de autoridade que violem as garantias individuais, ainda que possam ser invocadas violações a outros preceitos.

Dentro da temática do Processo Constitucional, torna-se necessário recordar os requisitos e pressupostos para a sua propositura. Não satisfazer os requisitos, equivale a não apresentar a própria queixa, é por seus próprios efeitos o mesmo que não demandar. E o requisito in limine litis. A falta de interesse ou

(57) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, 3ª edição; ALONSO GARCIA, Enrique. *La Interpretacion de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. WOLFE. *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.991, 1ª edição; GARCIA BELAUNDE, Domingo. *La Interpretacion Constitucional como Problema*. *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales. Nueva Epoca, n. 86, outubro/dezembro, 1.994, p. p. 9 e ss.

(58) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Projecto do Tribunal Constitucional*, publicação do próprio órgão.

de condições, bem como a ausência dos pressupostos, impede a efetivação do procedimento adequado.⁵⁹

Eduardo Garcia de Enterría, ao examinar o Tribunal Constitucional espanhol de 1978 e seus poderes, entende que o modelo adotado inspira-se no sistema alemão. Afirma, ainda, que a espécie adotada pela Alemanha, comparado com os outros Tribunais constitucionais, é a que tem a jurisdição mais ampla. Essa conclusão foi igual à que chegou o coloquio internacional comparatista, sobre “La justiça constitucional en la actualidad” pelo Instituto Max-Planck, de Heidelberg.

No que se refere ao Tribunal Constitucional espanhol, partindo da Constituição e da Lei Orgânica, de 3 de outubro de 1979, ao traçar as competências do órgão constitucional, enumera que são de quatro ordens.

No exame do papel da Jurisdição constitucional, para a própria compreensão do Processo Constitucional, um dos mais importantes temas é o referente à Interpretação constitucional.⁶⁰

Em Portugal, a primeira função do Tribunal Constitucional, que está assentada essencialmente na origem de sua criação, é a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, exercendo o controle da conformação das demais normas, com os princípios e regras da Constituição. É um órgão constitucional, cuja natureza e estatuto constitucional apresenta várias especificidades, no que se refere à composição, competência e funcionamento. Tem atuação substancial no próprio sistema constitucional do poder: “Como tribunal, o Tribunal Constitucional compartilha das características próprias dos tribunais: é um órgão de soberania (art. 205 da Constituição); é independente e autônomo, não funcionando junto de qualquer outro órgão nem está dependente de nenhum; os seus juizes são independentes e inamovíveis; as suas decisões impõem-se a qualquer outra autoridade. Mas, diferentemente dos demais tribunais, o Tribunal Constitucional tem sua composição e competência definidos directamente na Constituição; os seus juizes são maioritariamente eleitos pela Assembléia da República; dispõe de autonomia financeira e de orçamento próprio, inscrito autonomamente entre os “encargos gerais da Nação”; define, ele próprio, as questões relativas a delimitação da sua competência.

(59) MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Lisboa, 1968, p. p. 17 e 18; MAURA, Andrés Ribas. *La Cuestión de inconstitucionalidad*. Universitat de los Illes, Baleares, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1.991.

(60) GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1986, 4ª ed.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, Tomo II, 1983, 2ª edição.

Na ordenação constitucional dos tribunais, o Tribunal Constitucional surge em primeiro lugar, precedendo as demais categorias dos tribunais. Com efeito dispõe o art. 212º da Constituição, sob a epígrafe categorias de tribunais:

1 - Existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Tribunal Constitucional;
- b) Tribunais judiciais de primeira instância, de segunda instância e o Supremo Tribunal de Justiça;
- c) O Tribunal de Contas;
- d) Tribunais militares.⁶¹

No levantamento da estrutura do Tribunal Constitucional examina-se sua formação, instalação, estatuto dos juizes, organização, funcionamento, publicação de suas decisões, cooperação com outros tribunais congêneres, competência e Processo no Tribunal de Contas. Destacam-se os processos relativos ao controle da constitucionalidade e legalidade; garantia da Constituição, do regime constitucional e da autonomia regional; processos de fiscalização da constitucionalidade; processos de fiscalização da legalidade; processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; processos relativo ao Presidente da República; processos eleitorais; processos relativos a partidos e as coligações; processos relativos a organização de ideologia fascista; processos relativos à verificação da constitucionalidade e da legalidade dos referendos locais; processos relativos às declarações de patrimônio e rendimentos dos titulares de cargos públicos.

Desde o livro de Jorge de Miranda “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, onde o mencionado autor ressalta o papel da garantia jurisdicional, como o melhor instrumento para a norma garantida, isto é, norma constitucional garantida, que o princípio da constitucionalidade transformou-se em ratio legis para a justificação de todos os seus pressupostos e importância: “A garantia jurisdicional salienta-se, pois, por se ligar a um princípio da constitucionalidade, que se converte em princípio geral do Direito Constitucional. Trata-se então de um princípio geral que se derrota numa fase determinada da evolução do Estado e levando e simbolizando uma determinada reavaliação da Constituição; se bem que sempre jurídica, já não é captada politicamente para o ser juridicamente”.⁶²

(61) CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, 1987.

A publicística portuguesa tem consagrado a expressão Jurisdição Constitucional, ressalta que com a Constituição da República de 1976 e mais precisamente com a revisão de 1982, instituiu-se em Portugal uma jurisdição constitucional autônoma.⁶³

Mas como ressalta José Manuel M. Cardoso da Costa, mesmo antes já havia em Portugal, garantia contenciosa da Constituição. Como outros doutrinadores, no exame do Estatuto constitucional e organização do Tribunal Constitucional, entende que ele foi instituído para exercer função específica, diferenciada dos demais tribunais. Referindo-se à sua composição, um dos traços característicos é a intervenção direta de um órgão político na designação dos juizes do Tribunal. Exige a Constituição, para o desempenho desse munus, adequada qualificação acadêmica ou profissional, para o exercício das atividades jurídicas. O juiz constitucional não é vitalício, mas temporário.

O Tribunal tem tratamento constitucional e é dotado de autonomia orgânica, no que se refere aos demais tribunais, sendo que a Constituição estabelece o núcleo de sua competência, dispondo de particular autonomia no domínio administrativo e financeiro. Como órgão jurisdicional de controle normativo (da constitucionalidade e da legalidade). No domínio do controle normativo, sua competência é vasta e completa: controle abstrato (sucessivo), controle concreto (em via de recurso de decisões judiciais) da generalidade das normas jurídicas. Existe, também, o controle preventivo de certas categorias de normas.⁶⁴

Tratando da Justiça Constitucional, no quadro das funções do Estado, vistas à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre

(62) CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado Vista à Luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas*, Lisboa, abril, 1987.

(63) CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado...* ob. cit., p.p. 39 e 40; *Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões Sobre a Constitucionalidade de Normas*. VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987; NADAIS, António Vitorino. *Lei Sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Instituto e Normas Complementares)*. AAFDL, 1984; SOUZA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. I, Lisboa, 1988; CANAS, Vitalino. *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*. Os seus efeitos em particular, Cognitio, 1984; CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Editora, 1993, 3ª edição, MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em Processo Civil*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1.992.

(64) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Dykinson, Madrid, 1.992, p.p. 784 e ss.

constitucionalidade de normas jurídicas, José Manuel M. Cardoso da Costa apresenta-nos as características essenciais do modelo português ao destacar os órgãos da Justiça Constitucional: “Sob o ponto de vista dos “órgãos da justiça constitucional”, continua a verificar-se nos diversos ordenamentos jurídicos e jurídico-constitucionais europeus uma clara distinção ou contraposição entre aqueles que preveem e os que não preveem uma instituição jurisdicional específica para o exercício dessa função, ou parte dela.

Entre os primeiros contam-se os ordenamentos dos países em que se acha instituído um “Tribunal Constitucional” (Alemanha Federal, Áustria, Espanha, Itália, Iugoslávia, Polónia, Portugal e Turquia) ou um Tribunal de Estado do Liechtenstein), ordenamentos esses que cumpre acrescentar o francês (onde cada vez menos se contesta que o Conselho Constitucional decide como órgão jurisdicional) e mais recentemente o belga (depois da criação do Tribunal de Arbitragem)”.⁶⁵

Esse trabalho é de grande importância para a compreensão dos aspectos constitucionais e processuais da Justiça Constitucional (órgão da Justiça Constitucional; modalidades e vias processuais de controle da constitucionalidade - controle preventivo e sucessivo; controle (abstrato) principal e controle (incidental); requerimento individual e queixa constitucional; outros; âmbito e objeto do controle: leis e outros preceitos jurídicos; preceito e norma; omissões legislativas; padrões ou parâmetros do controle; conteúdo das decisões (os tipos simples ou extremos); os tipos intermediários (interpretação conforme à Constituição; inconstitucionalidade parcial; decisões apelativas e de meio reconhecimento da inconstitucionalidade; decisões construtivas; outros; decisões integrativas e substitutivos; vinculatividade das decisões (eficácia limitada ao caso e eficácia erga omnes; força de caso julgado; força de lei; força obrigatória geral (precedente); vinculação dos órgãos de justiça constitucional às suas decisões; eficácia temporal das decisões (eficácia “ex nunc” ou “ex tunc”); eficácia pro futuro; efeito da repristinação; os poderes dos órgãos da justiça constitucional na determinação do conteúdo e efeitos das suas decisões (síntese conclusiva): pré-determinação constitucional ou legal e autonomia dos Tribunais; âmbito, os limites e o significado desses poderes face ao poder legislativo, aos tribunais em geral e aos tribunais internacionais ou supranacionais.⁶⁶

(65) GONZAÍNI, Osvaldo Alfodo. *Derecho Procesal Civil*, t. I (Teoría general del derecho procesal), vol. I (Jurisdicción, acción y proceso), Ed. Ediar, Buenos Aires, 1.992.

(66) NOSETE, José Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIV, Madrid, 1970, n. 37.

3. PROCESSO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, NATUREZA E OBJETO. AÇÃO E LEGITIMAÇÃO.

Com as tendências para a sistematização do Processo Constitucional, vários autores passaram a examinar os institutos básicos para a sua efetivação, bem como sua estruturação.

O Processo Constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.

Francisco Fernandez Segado, ao tratar dos princípios constitucionais processuais, refere-se aos seguintes:

- a) princípio da publicidade;
- b) princípio da oralidade;
- c) princípio da motivação da sentença;
- d) princípio da gratuidade da justiça.

As Constituições normalmente estabelecem os princípios básicos, inerentes ao Processo Constitucional.⁶⁷

A concepção de ação, legitimação e Processo Constitucional constitui estudo básico para aprimorar os atuais sistemas jurídicos. Reconhece-se que a autonomia do Direito Processual começou com a polêmica Windscheid e Muther sobre a independência da ação.

A ação tem caráter intrinsecamente constitucional, dentro do Processo Constitucional, desde que, além de estar vinculada ao pressuposto da garantia, tem finalidade de proteção jurisdicional, que se efetiva no direito à jurisdição. Cappelletti e Fix-Zamudio entendem a ação como direito humano à justiça (Exercício de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso e Justicia constitucional supranacional).

Certas constituições, como a espanhola (art. 24) consagram a noção garantista do direito de ação, instalando-o em momento anterior ao processo, como direito à tutela efetiva e posteriormente para estabelecer o desenvolvimento do devido processo.

O direito à jurisdição, relacionado com o direito de ação, incorpora os elementos clássicos do direito de pedir. Tem-se o direito de reclamar a efetivação

(67) PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984.

elementos clássicos do direito de pedir. Tem-se o direito de reclamar a efetivação do direito, por meio de um processo judicial, que consolida e concretiza as garantias. Esses pressupostos vinculam-se a outras garantias processuais, como a defesa em juízo e o *due process of law*. Esse livre acesso envolve discussões sobre legitimação processual e representação. Exercer a atividade judicial pressupõe um procedimento que culmina com a sentença.

Discute-se, doutrinamente, a diferença entre garantia constitucional e a ação.⁶⁸ A ação é um direito fundamental do homem, inclusive no que se refere à Ação constitucional. A idéia do direito de petição está ligada ao conceito de atuação passiva, que se limita a pedir e a esperar, de maneira concreta o direito à jurisdição.⁶⁹ Para González Pérez o direito à tutela jurisdicional acarreta seus efeitos em tres momentos distintos:

- no acesso à justiça;
- desde que seja possível defender e obter solução, em prazo razoável;
- obtida a sentença, espera-se a plena efetividade de seus pronunciamentos.

Decorre daí o acesso à jurisdição, o processo devido (*due process of law*) e a eficácia da decisão.

Ao lado do direito à jurisdição e à própria atividade judicial, surgem os requisitos mínimos para a efetivação do Processo Constitucional, assegurando-se a própria função jurisdicional e a efetivação das garantias invocadas. A unidade jurisdicional, decorrente de missão do Estado em administrar bem a justiça, demanda a existência dos órgãos com funções jurisdicionais. A função de julgar e o monopólio da jurisdição, recai no reconhecimento, também do instituto da coisa julgada.

Essa exclusividade que é característica do poder jurisdicional, submete às partes a disposições do processo, para soluções definitivas.

A independência judicial, a imparcialidade, a autonomia, constituem pressupostos necessários ao direito à jurisdição, como requisitos de efetuar as garantias.

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições

(68) CHIOVENDA, J. *Principios de derecho procesal civil*, Reus, Madrid, T. I, trad. de José Casais y Santaló.

(69) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. RAMON FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Civitas, Madrid, 1977.

estruturais, (jurisdição, ação e processo) remete-nos à efetivação dos direitos essenciais.

A legitimação processual visa atender à qualificação do demandante, na tutela e defesa de seus interesses, com a observância de certas características preliminares para seu exercício. Os pressupostos processuais, no que se refere à legitimação processual, visa ordenar as situações jurídicas subjetivas, que orientam as tutelas diferenciadas ou singulares.

Em todos esses momentos surge os questionamentos entre a relação jurídica e o direito subjetivo. Desses pressupostos surge a situação jurídica, da qual decorrem relações, deveres, faculdades, obrigações e outras condições para efetivação desses direitos.

O direito de pedir pressupõe a legitimação processual. Chiovenda,⁷⁰ no que se refere à relação jurídica, ao explicar as vinculações emergentes do processo, destaca tres interesses primordiais (*Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*).

A relação processual, no dizer de Chiovenda, é uma relação de movimento, em ação, enquanto as partes e o juiz se ocuparem da relação substancial que é objeto do juízo, vivem eles mesmos uma relação que desenvolve com sua atitude. Primeiramente examina-se, no que se refere às partes e ao juiz, se a relação está validamente constituída, pelo que preliminarmente, examina-se se estão presentes as condições para proceder essa operação. Capta-se a qualidade de quem solicita a atuação judicial, bem como o interesse que serve de base para a obtenção da intervenção judicial.

Quem recorre à jurisdição ostenta uma idéia força que postula a pretensão. Deve demonstrar a solidez, com fundamentação. O conteúdo da pretensão é o direito material que se faz valer em juízo. A pretensão, o direito material e o direito subjetivo de ação consolidam-se na demanda, que é o ato processual específico.⁷¹

(70) CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà. Primo Studio Sul Ricorso Costituzionale (Con particolare Rignardo agli Ordinamenti Tedesco, Svizzero e Austriaco)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1976.

(71) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; MERCEDES SERRA, María. *Proceso constitucional La Ley*, 1990-E; PÉREZ GORDO, Alfonso. *Las partes en el proceso constitucional*, em *La Ley*, Espanha, 1983-2; PAGEO, Maúro. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990; FÁBREGA, Jorge. *Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Panamá*, em *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamerica*, Ed. UNAM, México, 1.993, Obra Coletiva.

Ter legitimidade vincula-se à capacidade para requerer, uma vez que esteja configurado o interesse para agir ou apresentar-se perante a justiça. Para postular é preciso ter capacidade para fazê-lo, de modo que tenha a aptidão para ser “parte”, isto é, motivação a obter a entrada ou participação no processo. A idéia de capacidade significa idoneidade para adquirir direitos e contrair obrigações ou melhor o gozo ou capacidade para ser titular de direitos⁷². A capacidade civil concretiza-se em ser titular de direitos e obrigações, sendo que a capacidade processual determina-se pela qualidade de exigir o cumprimento dessas atribuições que decorrem do direito de estar em juízo. A legitimação é a condição de ser parte. Essas exigências consolidam-se na “legitimatio ad processum e legitimatio ad causam.

A legitimação constitucional, nas ações de inconstitucionalidade, depende do Processo Constitucional respectivo.

O Processo Constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte. Sendo que a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da Ação, da Legitimação e do Processo.

As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais. Encontramos no inglês a palavra *warranty*, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (*to warrant*).

Kelsen, Carl Schmitt, Jellinek preocuparam-se com as garantias, como procedimentos para assegurar o império da Constituição, frente às normas jurídicas secundárias. Nas Constituições modernas, os princípios de reserva, definem-se como aqueles em que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.⁷³

A defesa constitucional implica no conceito genérico de proteção das disposições fundamentais, com preocupações garantísticas, preventivas e preservativas.

(72) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Hacia la codificación de la justicia constitucional, em *La Revista de Derecho*, Chile, Año IV, julho/dezembro, 1.990, n. 2.

(73) GONZÁINI, Osvaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994; REY CANTOR, Ernesto. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Controles de Constitucionalidad y Legalidad*. Universidad Libre. Seccional Cali. Departamento de Publicaciones Universidad Libre de Cali; CANO MATA, Antonio. *El Control de Garantías por el Tribunal Constitucional y Otros Estudios*, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984. BREWER-CARIAS, Allan R. AYALA CORÃO, Carlos M. *Ley Organica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Editoria Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o Processo Constitucional. Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio, são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema.

O Processo Constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas.

Jesús Gonzáles Pérez, em minucioso estudo, examina todas as perspectivas do Processo Constitucional, dando relevo à natureza do procedimento, dizendo que é ele uma noção formal que se refere ao aspecto dinâmico, de um fenômeno que se concretiza, em uma sucessão de momentos e atos, que se realizam em uma pauta para resolver e alcançar resultados práticos.⁷⁴

O Processo Constitucional aponta diversos instrumentos de proteção, sendo que são relacionados, dentre outros, alguns de uso mais comum: habeas corpus, mandado de segurança, “writ of injunction”, habeas data, ação ou recurso de inconstitucionalidade, ação direta de declaração de inconstitucionalidade, amparo, “writ of error”, “writ of certiorari”, “writ of prohibition”, “quo warranto”, etc.

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade efetiva de dar suporte às garantias levam às indagações sobre sua codificação.⁷⁵

(74) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución Peruana*. Una Exposición Panorámica de Nuestra Constitución. Sus Antecedentes. Sus Tópicos. Sus Problemas de Aplicación. Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., Lima, Perú, 1992, p.p. 159 a 164; idem. *Constitución y Política*. Editorial y Distribuidora de Libros S. A., Lima, 1991, 2ª edição, p.p. 143 a 145; idem. *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución*. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 9. Lima, Peru, 1993, p.p. 221 e ss; idem, *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas Sobre Temas Constitucionales 10. Obra Coletiva, Lima, Perú, 1994.

(75) GRANT, James. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, México, 1963; PICARD, Marie. Los Tipos de Control de la Constitucionalidad de las Leges. *Anuario*. Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comparado, Valencia, Venezuela, 1976-1977, p. p. 13 a 106; LA ROCHE, Humberto J. *Técnicas de Control*

O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional); recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade.

Todos esses temas são necessários à elaboração definitiva da Teoria Geral do Processo Constitucional.

As discussões sobre Processo Constitucional ou Jurisdição Constitucional e Justiça Constitucional, em certos momentos, foram usadas como sinônimas. Com o tempo aparece a nova disciplina que é considerada como processual, sob a denominação de Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional, que para alguns seria uma disciplina processual. Entretanto o Processo Constitucional que usa a Constituição e o Processo, não se afasta do Direito Constitucional, sendo que no levantamento de seu conteúdo prevalece a temática constitucional: Jurisdição, Garantias constitucionais, Processo, órgãos constitucionais e sistemas de jurisdição constitucional.

Domingo García Belaunde, por mais de uma vez, tem demonstrado como o tema passou a ter grande importância na América Latina (Processos Constitucionais, Tribunal de Garantias Constitucionais, Garantias constitucionais, um novo Tribunal Constitucional, o controle difuso), menciona a disciplina Derecho Procesal Constitucional. Afirma, que em um sentido amplo, todos os Processos são constitucionais, desde que têm base na Constituição, e os mesmos se desenvolvem de conformidade com os princípios assentados na Constituição. Os processos constitucionais, em sentido estrito, são os que expressamente, designados na Constituição, defendem diretamente certos valores e princípios constitucionais. No Perú, aponta cinco processos constitucionais (amparo, inconstitucionalidad (como cuestión prejudicial y como acción), Acción popular e Juicio Político).

de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado, em Obra Coletiva *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. p. 39 a 49; COMBELLAS, Ricardo. La Justicia Constitucional, *Contribuciones 3/93*; L'effectivité des décisions de justice (journées française), *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 36, Paris, Economica, 1987; MONTESANO, Luigi. Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili, *Rivista di diritto processuale*, 1979 (4).

O modelo americano do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é a solução que encontra maior número de defensores na doutrina e nas legislações positivas da América Latina. Constitui a garantia própria para a supremacia, a rigidez e o caráter limitativo da Constituição.

Trata-se de um recurso jurisdicional de proteção dos direitos e liberdades constitucionais. Na Venezuela e nos restantes Estados latinoamericanos rege o princípio da supremacia constitucional, por meio do qual todos os atos estatais estão submetidos à Constituição, devido existir nos diversos ordenamentos jurídicos, recursos judiciais para declarar a inconstitucionalidade dos atos estatais e em especial das leis. Concebe-se na América Latina um órgão jurisdicional e um juiz apto para controlar a constitucionalidade das leis, para verificar se estas últimas respeitam a Constituição. Se o Congresso dita uma lei constitucional, esta lei uma vez promulgada deve ser obedecida, já que não há poder superior que tenha a faculdade de anulá-la. Não se pode exigir do cidadão a faculdade de desobedecer a lei, quando não é julgada inconstitucional: Lei que lesiona os direitos garantidos pela Constituição, não pode ser aplicada.

Para o controle, os Tribunais e a pessoa do juiz necessita de garantias de competência e imparcialidade. O processo obriga ao Magistrado, a organização de debate público e contraditório, para motivar a sentença. O abuso é evitado através do controle, o juiz empenha-se em demonstrar que a sentença respeita a Constituição e quer aplicá-la.

Jurisdição constitucional é a função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional. A tutela é dirigida fundamentalmente contra as ações consideradas como contrárias à Constituição, e que se qualificam de inconstitucionais:

1 - A ação ilícita dos titulares dos órgãos de poder: juízo político - alta traição - violação da Constituição.

2 - Conflitos de poderes entre os órgãos de poder.

O controle constitucional ocorre nos sistemas orgânicos:

a) Político - quando é confiado a um órgão político, o controle constitucional;

b) Jurisdicional - se se confia o controle constitucional a um órgão jurisdicional e este controle admite duas modalidades.

A jurisdição difusa ocorre, quando qualquer órgão jurisdicional pode

exercer o controle. É o sistema da América do Norte e que tem recebido plena aplicação na América Latina: Argentina e Brasil, dentre outros.

A jurisdição concentrada, quando órgão jurisdicional único e específico tem a competência para exercer o controle.

O sistema misto compreende a jurisdição difusa e a jurisdição concentrada, que se entrelaçam.

O controle constitucional de tipo jurisdicional pode ser provocado por duas vias:

a) Por via direta - de ação, por meio da qual a demanda é intentada com o fim de atacar de inconstitucionalidade, uma norma ou um ato. A demanda se faz por iniciativa da parte interessada que aciona a jurisdição, para conhecer exclusivamente de uma questão de inconstitucionalidade.

b) Por via indireta - incidente ou de exceção, por meio da qual a questão de inconstitucionalidade é introduzida de uma maneira incidental, em um processo cujo objeto principal não é a declaração de inconstitucionalidade, senão outra coisa que constitui a essência mesma do litígio.

No caso da via direta, o objeto do processo é o controle da constitucionalidade. Este controle é exercido por petição da parte que promove a ação e introduz a demanda de inconstitucionalidade. A ação permite a uma pessoa, submeter a um Tribunal a lei que considera contrária à Constituição e obter do juiz, por sua vez, uma declaração de inconstitucionalidade da lei e uma proibição de aplicá-la. No caso da via indireta, com o objeto do processo não é o controle da constitucionalidade, este controle é incluído no processo incidentalmente e para exercê-lo se podem adotar duas posições: que o juiz da causa controle a constitucionalidade das normas que vai aplicar e declare a inconstitucionalidade, sem petição de parte ou que o juiz da causa não controle a constitucionalidade da norma que vai aplicar, nem declara a inconstitucionalidade, só com a condição de que há uma demanda expressa da parte.

Diversos são os modos sob as quais estão sendo examinadas os conteúdos das expressões Justiça Constitucional ou Jurisdição Constitucional, sendo que na maioria das vezes são colocadas como expressões que objetivam a defesa da Constituição. Com o desenvolvimento doutrinário dos estudos sobre a jurisdição constitucional e suas expressões concretas no Direito Comparado, os pressupostos jurídicos para a existência de controle de constitucionalidade e a classificação dos diferentes sistemas, assistimos, também o desenvolvimento científico e técnico das regras essenciais de uma Teoria Geral do Processo Constitucional, inclusive no que se refere à Teoria da Interpretação

Constitucional, tão importante para esses estudos. Novas medidas e institutos processuais que visam aprimorar a tutela jurisdicional, precisam ser examinados nos estudos e pesquisa sobre Processo Constitucional. ⁷⁶

4. A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional.

A proclamação que advinha da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem”, em seu artigo 16 (as sociedades em que a separação de poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos, carecem de Constituição), torna-se cada vez mais importante para os dias de hoje.

A recepção dos direitos fundamentais, pelas Constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes.

(76) DRAN, M. *Le controle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 1968; RIVERO, J. *Libertés publiques*. Presses Universitaires de France, Paris, 1973; LUÑO, A. E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984; RIVERO, Jean. *Cours Constitutionnelles européennes et Droits Fondamentaux*, Paris, 1982; VILLALÓN. *Constitución y proceso de Trabajo*, em VII jornadas Andaluzar de Derecho del Trabajo y Seguridad Social; BLASCO, García. *El Derecho procesal laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985; *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Obra Coletiva. Director da Edição Antonio López Pina. Contribuições de: Ernesto Benda, Angel Antonio Cervati, Louis Favoreau, Miguel Fremont, Pedro Häberle, Pablo Kirhhof, Alejandro Pace, Juan-Pedro Schneider, Enrique Alonso García, Perfecto Andrés Ibáñez, Gerónimo Arozamena, Pedro Cruz Villalón, Luis Díez-Picajo, Jesús Fernandez Entralgo, Laudelino Lavilla, Antonio López Pina, Miguel Rodriguez Piñero. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.991, 1ª edição. RUIZ MIGUEL, Carlos. *La Configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1.995; idem *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas. Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1.994; HERRERO - TEJEDOR, Fernando. Honor, *Intimidad y Propia Imagen*, Prólogo de M. Jiménez de Parga, Editora Colex, Madrid, 1.994; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; BIDART CAMPOS, German J. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993; P. HABA, Enrique. *Tratado Basico de Derechos Humanos I*. Conceptos Fundamentales, com especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y

Os direitos fundamentais e as liberdades públicas, com o surgimento da Teoria da Liberdade e a Teoria geral das liberdades públicas, partem de considerações de ordem geral, sobre os direitos naturais e sua positivação.

Teoricamente reconhecia-se aos cidadãos direitos fundamentais, que eram inexistentes na prática, desde que sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior, por não serem autoaplicáveis. A própria prática dos poderes públicos impossibilitava o exercício real dos direitos fundamentais.

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornam eficazes.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional. O bloco garantista consagra mecanismos variados, alguns têm caráter abstrato. Certos instrumentos ou previsões constitucionais não estão vinculados a uma vulneração real e concreta de um direito fundamental, mas são condições e requisitos, de caráter geral, para atuação dos poderes públicos ou que limitam sua atuação.

al Derecho Internacional. Examen realista-crítico. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1986; BIDART CAMPOS, German J. *Los Derechos Del Hombre*. Filosofía. Constitucionalización. Internacionalización. Ediar, Buenos Aires, 1973; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1.992, trad. de Carlos Nelson Coutinho; PEREZ LUNO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1.988, 3ª edição; AGUIAR, Luis. Las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución española. *Revista de Derecho Político*, num. 10, 1981; LINDE, E. Protección de los Derechos Fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978, *Revista Gen. de Legislación y Jurisprudencia*, num. 5, 1981; FERNANDEZ VILLAVARDE, L. Frigial. *La protección de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento español*, Madrid, 1981; DIAZ, Varela. La idea de deber constitucional REDC, 1982; IRUJO, Embid. El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado, REDA, 1980; SALCEDO, Quadra. *El recuso de amparo y los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares*, 1981; VILLALON, Pedro Cruz. *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Madrid, 1978; MORELLI, Gerardo. *La sospensione dei diritti dei diritti fondamentali nello Stato Moderno*, Milão, 1966; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1.993, 2ª edição, revista e actualizada; BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Società editrice il Mulino, Bolonha, 1984, p. p. 287 e ss; p. p. 313 e ss; FIX-ZAMUDIO. *Los Problemas Contemporaneos del Poder Judicial*. Grandes Tendencias Políticas Contemporaneas. Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinación de Humanidades. México, 1986; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco.

Os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e a própria jurisdição, como direitos diretamente aplicáveis. É nesse sentido que a jurisdição em suas distintas instâncias, em razão das normas constitucionais, está obrigada à imediata aplicação dos direitos fundamentais. As interpretações de uma norma ordinária não pode desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental. Em princípio as instâncias dos tribunais ordinários estão submetidas ao juízo de verificação do Tribunal Constitucional, no que se refere à suficiente aplicação dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional, nas suas potencialidades controladoras, examina se a jurisdição ordinária aplica corretamente os direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico-fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional.

Escritos Sobre y Desde El Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.993; RUIZ MIGUEL, Carlos. La Tercera Generacion de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), Num. 72, abril, junho, Madrid, 1.991; SAGÜES, Néstor Pedro. *El Habeas Data: Su Desarrollo Constitucional*; AYALA CORÃO, Carlos M. El Derecho de los Derechos Humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XXXV, 1994, Obra Coletiva. Antonio Augusto Cançado Trindade (Editor). *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional. Perspctivas Brasileiras*, IIDH - Instituto Internacional de Derechos Humanos. Friedrich - Naumann - Stiftung San José da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1.992; BADIA, Juan Ferrando. *Estructura interna de la Constitución*, Tirant Lo Blanche, Valencia, 1988; COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, Dalloz, Paris, 1975, 5ª edição; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980; Obra Coletiva. *La Interpretación Constitucional*. UNAM. Instituto de Investigações Jurídicas, México, 1975; LINARES QUINTANA, Segundo V. *La Constitución Interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1960; GARCIA MORILLO, Joaquin. *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanche, Valencia, 1994.

A efetividade prática dos direitos fundamentais está ligada às questões da jurisdição constitucional, conforme atestam o “modelo europeu de justiça constitucional” ou pelo “judicial review” norte americano da constitucionalidade das leis por juizes ordinários. A tarefa pode ser objeto de um Tribunal único e especializado, com função principal e fundamental, do controle concentrado da constitucionalidade das leis, instrumento de consolidação e garantia do sistema democrático. É nesse sentido que Rivero afirma que os Tribunais Constitucionais converteram-se em um dos componentes do Direito público comum europeu.

Dentro dos princípios do Processo Constitucional examina-se os procedimentos e as técnicas de proteção dos direitos fundamentais, com análises dos objetivos de sua efetivação e seus efeitos, dando-lhe certa amplitude conceitual e processualística.⁷⁷

O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do Processo Constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegíveis pelos remédios constitucionais; objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem.

A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais vem recebendo diversos complementos para a sua concepção moderna, inclusive no que se refere à ampliação de seu conteúdo e as possibilidades de sua eficácia e eficiência, através de mecanismos processuais, com base na Teoria da Constituição e da Teoria Geral do Processo, com referências ao sentido político e jurídico da Constituição, através de concepções sobre supremacia e supralegalidade constitucional.

Dentro do Processo Constitucional evidencia-se aspectos da dogmática e da teoria jurídica dos Direitos Fundamentais. Referindo-se a Constituições contemporâneas, a doutrina menciona a vontade garantista dos constituintes, com o destaque dado ao tema dos direitos e liberdades públicas fundamentais, com amplo elenco de controles e garantias que asseguram a eficácia desses direitos.

(77) SEGADO, Francisco Fernandez. *La Dogmática de los Derechos Humanos* (A propósito de la Constitución Española de 1978), Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1.994; CANTOR, Ernesto Rey. Rodríguez R., Ma. Carolina, *Acción de Cumplimento y Derechos Humanos*, Editorial Temis S. A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1.997; FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984.

Rubio Llorente, falando sobre a função do recurso de amparo, afirmou que ele serve de instrumento para precisar, definir e quando necessário redefinir continuamente, o conteúdo dos direitos fundamentais ou conflitos de competências (REDC, num. 4, 1982).

Afirma que ocorre a judicialização do ordenamento, nos termos da tradição jurídica anglosaxona. A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais permite a elaboração de uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Analisando-se o conteúdo da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, no que se refere aos direitos constitucionais, a jurisprudência destaca o princípio da igualdade e as garantias processuais. Retira-se da jurisprudência constitucional, temas básicos para o Processo Constitucional: capacidade processual para ativar o processo de garantia dos Direitos Fundamentais, referindo-se em concreto à titularidade desses direitos; o Tribunal espanhol admitiu que são sujeitos dos direitos fundamentais não apenas os espanhóis, mas, também, os estrangeiros, as pessoas morais e jurídicas, bem como os sindicatos; a doutrina e a jurisprudência esforçam-se em construir novas categorias explicativas da natureza jurídica dos preceitos constitucionais reguladores dos direitos fundamentais.

O âmbito de vigência dos enunciados constitucionais têm sido examinados pelo Tribunal Constitucional espanhol, com algumas orientações: a noção de que a Constituição goza de eficácia imediata, pelo que é geradora dos mesmos direitos subjetivos; a eficácia imediata em certa medida, é retroativa; a eficácia imediata, não tem necessidade de mediação legislativa, nem reinterpretação de princípios gerais do ordenamento.

A Teoria dos limites dos Direitos Fundamentais tem entendido que eles não são direitos absolutos, pelo que estão sujeitos a limites. Discute-se a natureza e alcance desses limites. A Constituição, ela própria estabelece limites dos direitos fundamentais, em certas ocasiões. Normalmente, o limite deriva da própria Constituição, de maneira mediata ou indireta, desde que há sempre de justificar a necessidade de proteger ou preservar os direitos constitucionais, bem como outros bens constitucionalmente protegidos. É nesse sentido que se examina, também, a natureza e regime legal da suspensão geral dos direitos fundamentais e os limites que lhe são impostos.

As análises sobre os Direitos Fundamentais, em suas várias acepções, mereceram de Jorge Miranda minucioso exame sobre sua problemática, seu sentido formal e material. Além de apontar aspectos relevantes de seu significado, destaca a proteção interna e a proteção internacional dos direitos do homem.

Sua fundamentação, os sistemas técnico-jurídicos dos mesmos, os conceitos afins e categorias, ao lado das garantias institucionais e dos direitos de personalidade, mostram nesse trabalho a repercussão de sua teorização e das práticas que daí decorrem.

As categorias de direitos fundamentais, comuns ou particulares, promovem a classificação desses direitos, quanto à sua titularidade (*status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*).

Ressalta Jorge Miranda a abertura para novos direitos, desde que a Constituição portuguesa reconhece que os direitos fundamentais não são apenas aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam, são ou podem ser também os provenientes de outras fontes, em uma perspectiva mais ampla da Constituição material. É nesse sentido que, referindo-se ao art. 16º, nº 1, fala de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais.

No Processo Constitucional, como instrumento básico de efetivação dos direitos fundamentais e processuais, devemos destacar:

- o direito de ação e de defesa judicial: são assegurados a todos os indivíduos, de modo completo, por uma série de normas constitucionais que configuram o *due process of law*.

O Processo Constitucional pode ser assim esquematizado:

a) O direito de ação e o direito de defesa são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de *due process of law*, processo que deve ser justo e leal.

b) Reconhece-se a todos a garantia constitucional do direito de agir em juízo. Todos podem recorrer em juízo para proteger ou tutelar os próprios direitos e interesses legítimos.

c) Consagra-se a garantia do direito inviolável à defesa, em qualquer órgão ou grau de procedimento. A defesa é um direito inviolável de cada cidadão.

d) As partes são iguais perante o juiz.

e) Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Consagra-se a naturalidade e não a extraordinariedade do juiz. Não podem ser instituídos juizes extraordinários ou juizes especiais, a não ser secções especializadas para certas matérias.

f) Garante-se a legalidade da pena e da medida de segurança. Pesa sobre a sentença de provimento sobre a liberdade pessoal, o controle da legitimidade, mediante recurso. Ninguém pode ser punido senão por força de uma lei que tenha entrado em vigor, após o cometimento do delito. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos em lei.

Todas as medidas judiciais devem ter motivação.

g) A tutela jurisdicional do direito e do interesse legítimo contra atos da Administração pública é essencial. Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa.

Como afirma Paolo Barile, esse rico acervo de normas constitucionais tende a estabelecer a paridade dos recursos das partes.

A garantia efetiva do direito de defesa é essencial no Processo Constitucional, exclui os atos singulares de caráter discricionário, preconstituído o juízo.

Héctor Fix-Zamudio, em estudo dedicado à função judicial em nossa época, afirma que ela assumiu crescente complexidade, desde que o que se havia concebido de maneira tradicional, como atividade puramente técnica de resolução de conflitos judiciais, transformou-se em um dos serviços essenciais do Estado contemporâneo, no qual penetrou-se um conjunto de fatores sociais, econômicos e culturais.

Preferindo falar em Poder Judicial, em lugar de “administração da justiça”, traça os lineamentos estabelecidos pela Constituição. Tem a convicção de que nos encontramos em nova etapa dos estudos científicos do Processo Civil. Na fase atual dos estudos jurídicos, vincula-se o Poder Judiciário com as normas fundamentais, cristalizando disciplinas limitrofes. É nesse sentido que menciona o Direito Processual Constitucional, ramo mais novo da ciência do processo. Essa vinculação de Constituição e Processo levou à necessidade do estabelecimento de instrumentos processuais específicos para tutela das disposições constitucionais, inclusive com o aparecimento de jurisdição especializada, as Cortes ou Tribunais Constitucionais.

A defesa dos direitos fundamentais e liberdades públicas, ao lado da resolução dos conflitos constitucionais, tem levado, para o Processo Constitucional antigos e novos temas que procuram aprimorar seus mecanismos de instrumentalização (in dubio pro réu, livre apreciação da prova, presunção de inocência, atividade probatória, culpabilidade, ao lado das garantias constitucionais e do papel do Poder Judiciário, da Jurisdição constitucional e dos Tribunais ou Cortes Constitucionais.⁷⁸

(78) GORDO, Alfonso Pérez. *El Tribunal Constitucional y sus Funciones*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1.985; ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y Division de Poderes*. Temas Clave de la Constitucion Española, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1.988.

As novas perspectivas sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais e seu relacionamento com o Processo Constitucional, tem levado diversos autores a examinar o perfil contemporâneo de toda essa temática, sendo que Juan Ferrando Badia, ao tratar da parte dogmática da Constituição, realiza detida análise do nascimento e da extensão das “Declarações” no direito positivo.

Esse aperfeiçoamento dos instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos, conduzem ao levantamento de suas instituições tutelares, com grande proveito para a elaboração do Processo Constitucional. Nessas formulações, pelo significado que têm para flexibilizar e ampliar o alcance da própria Justiça Constitucional, deve-se ressaltar o significado da Interpretação Constitucional.

As garantias abstratas, a direta aplicabilidade dos direitos fundamentais, as cláusulas interpretativas, a defesa do conteúdo essencial, as garantias concretas, a tutela judicial ordinária e a proteção específica dos direitos fundamentais, com os processos e procedimentos constitucionais consolidaram o Processo Constitucional, fornecendo-lhe conteúdo adequado e efetivo.

A diversidade de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais é examinada, no que se refere a proteção, através da compreensão do papel do Poder Judiciário ordinário e pelos Tribunais e Cortes Constitucionais.

A definição do desenho constitucional da proteção judicial específica, os sujeitos protegidos, o âmbito material da proteção, o sujeito da proteção, fornece dados essenciais para a composição desses estudos.

Não se pode deixar de destacar, mais uma vez, as características do Processo Constitucional, quando a própria Constituição define as notas distintivas e peculiares desse processo.

Nas análises da natureza do Processo Constitucional são legados ao mesmo certas particularidades, referentes ao mecanismo de natureza processual, com destaque para uma espécie de procedimento especial, caracterizado pela preferência e sumariiedade. Esse procedimento especial de proteção dos direitos fundamentais caracteriza-se pelo caráter alternativo, a respeito dos procedimentos ordinários.

O direito à tutela judicial efetiva decorre da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, como de qualquer outro direito ou interesse legítimo. Pode inspirar-se nos procedimentos para cada caso, previsto pelas leis processuais ordinárias.

As peculiaridades do Processo Constitucional especial, de proteção judicial de defesa dos poderes públicos demanda, primeiramente, dos requisitos prévios, dos prazos, interposição, admissão e tramitação (delimitação do direito

presumidamente vulnerado, invocação do direito defensável, menção ao preceito constitucional, identificação do direito, autonomia do direito fundamental vulnerado, compatibilidade ou não do processo de proteção judicial, com o ordinário, a suspensão do ato impugnado, tramitação do procedimento, conclusão do processo (conteúdo e efeitos da sentença), recursos, custas do processo.

A proteção judicial de determinados direitos fundamentais, através de proteção especial, pode utilizar-se de medidas rápidas, com a proteção da liberdade pessoal mediante habeas corpus, bem como de outros instrumentos que objetivam defesa rápida e completa de todo o elenco dos direitos fundamentais.

A constitucionalização expressa da ação de habeas corpus leva-nos a repensar os objetivos dessa instrumentalização normativa, bem como a valiosa doutrina em torno do tema e a interpretação jurisprudencial desta ação especial. Fruto de longa elaboração jurídico política tem três instancias básicas:

- a) no direito romano, com o interdito “de homine libero exhibendo”;
- b) no direito aragonês, com o “juicio de manifestación”;
- c) no direito inglês, com o writ de “habeas corpus ad subiciendum”.

Esse simples e vital procedimento, com natureza de garantia constitucional, transformou-se em peça chave do Estado de direito. É considerado como o “grande mandamento”, o “palladium” das liberdades, no ocidente. Destaca-se pelo bem jurídico que tutela substancialmente, a liberdade ambulatoria. Como garantia fundante, possibilita a obtenção da liberdade corporal, necessária à prática das restantes liberdades humanas.

A dimensão institucional do “habeas corpus” apresenta certas categorias:

- habeas corpus reparador, trata-se do habeas corpus clássico, programado para terminar como detenções violatórias de cláusula constitucional;
- habeas corpus preventivo, em decorrência de ameaças de prisão;
- habeas corpus restringido, secundário ou acessório, que protege o cidadão contra perturbações menores do direito, frente à liberdade física, onde não há configuração da privação total da liberdade, mas apenas certa espécie de restrição;
- habeas corpus corretivo, destinado a impedir vejames ou tratos indevidos a pessoas presas;
- habeas corpus de pronto despacho, para acelerar trâmites administrativos necessários para dispor de uma liberdade;
- habeas corpus por mora na trasladação, ideadi com o fim de lograr a

liberação do preso, quando o magistrado de outra jurisdição solicitou a captura, mas não a confirma.⁷⁹

5. TEORIA GERAL DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. NATUREZA E LIMITE DO USO JUDICIÁRIO DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria Geral da Justiça Constitucional, mencionada por Gustavo Zagrebelsky, ao tratar de seus fundamentos, parte da compreensão da relação entre Constituição e Justiça Constitucional. A defesa da Constituição ocupa lugar de destaque no tratamento da matéria, sendo que o tema é considerado como de aquisição recente do Direito Constitucional. Mesmo assim, não se deve esquecer que a exigência e tentativa de defesa da Constituição é antiga. A garantia da Constituição assenta-se na aspiração à estabilidade das regras de convivência política. Ela não se efetiva apenas pelo puro e simples sentimento e lealdade constitucional ou de seu equilíbrio espontâneo, mas da existência de instrumentos que a efetive. Nos vários exemplos de função da defesa da Constituição, podemos destacar:

- a defesa da Constituição como Direito constitucional abstrato (direito natural), em suas várias modalidades; norma constitucional escrita;
- a defesa da Constituição como situação constitucional concreta.

Nos dois contextos conceituais, sempre que se trata de garantia constitucional, os problemas que surgem são diferentes, pelo que são levantados a partir dos primeiros momentos em que podemos visualizar os seus primórdios.

(79) SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Proccsal Constitucional*. Hábeas corpus. Ley 23.098 comentada y concordada con la Constitución nacional y normas provinciales 4. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.998, 3ª edição; MORILLO, Joaquín García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blach Alternativa, Valencia, 1.994; PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.998, 3ª edição.

No primeiro tipo assola-se o tribuni da Constituição francesa do ano VIII (1799); o censori da Constituição da Pennsylvania de 1776, inspirado no sindaci, mencionado por Spinoza em seu *Tractatus politicus*. Na Itália surgiram propostas de outro gênero como: *censore delle leggi, gli efori, tribuni*.

No *Progetti di costituzione*, de Antônio Rosmini Serbati, ele procurou o conúbio do poder religioso e laico, projetando o Tribunale Supremo, que objetivava prevalecer a justiça sobre a Constituição e a lei. Desde que fosse aprovado um projeto de lei, que contivesse qualquer injustiça, antes de ocorrer ou não a sanção, poderia ser remetido à decisão do Tribunal Político Supremo. Se o Tribunal julgasse a lei injusta, ela não teria a sanção do príncipe. O projeto *La costituzione secondo la giustizia sociale* sugeria uma Suprema Corte di giustizia, eleita pelos cidadãos.

Outros exemplos mencionam os efori da Constituição espartana, como magistratura política.

A tentativa republicana de Cromwell imaginou dois colégios de sábios (*Conservators of the Charter* e os *Conservadores of Liberty*), com a finalidade de manter a garantia constitucional contra a restauração monárquica. Gustavo Zagrebelsky aponta como exemplos significativos da garantia política da Constituição, os diversos tipos de Senado, como assembléias moderadoras, chamado para estabilizar a vida política e evitar a tirania (destaca esse apelo ao Senado em *Oceano* e *Stephanus Iunius Brutus (Mornay du Plessis) Vindiciae contra tyrannos sive de principiis in Populum, Populoque in Principem, legitima potestate*, Edimbugo, 1579).⁸⁰

A própria expressão defesa da Constituição apresenta ambigüidades em sua própria noção, sendo que elas decorrem da definição de “defesa” (neutra ou política) ou de Constituição (norma ou situação). O trabalho de Gustavo Zagrebelsky, ao falar em Justiça Constitucional, explica que se trata de um tipo particular de defesa da Constituição, reservando essa denominação para a decisão judiciária, segundo a qual a norma constitucional positiva está acima das demais controvérsias políticas. Essa controvérsia pode ser de três tipos: tratando do ato jurídico em si e per si; da sua relação com o Direito constitucional

(80) ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988; Einaudi, M. *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d’America*, Giappichelli, Turim, 1931; LOMBARDI, G. *Note sul controllo degli atti del sovrano negli Stati sabandi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell’ Assolutismo*, em *Annali scuola speciale per archivisti e bibliotecari*, Univ. Roma, janeiro/junho, 1962, Giuffrè, Milão, 1962.

e seu comportamento perante a Constituição, frente as ameaças que surgem.

Essa garantia judiciária do Direito Constitucional positivo afirma-se, historicamente, quando se realiza, pelo menos, duas condições de ordem constitucional. A compreensão do significado, do poder e dos limites da Justiça Constitucional, não pode ser fundamentalmente conhecida, senão em relação com essa condição. Esse tratamento da Justiça Constitucional pressupõe um discurso preliminar sobre a Constituição como categoria geral, nas diversas fases do desenvolvimento do ordenamento estatal. É um discurso difícil de ser caracterizado em determinada época constitucional, em decorrência dos elementos típicos e do inevitável resíduo do passado e a antecipação do futuro.

São condições da Justiça Constitucional:

- 1 - as de caráter jurídico-formal; a Constituição como norma jurídica;
- 2 - as de caráter político substancial; o pluralismo da força constitucional.

A primeira é condição teórica da Justiça Constitucional; ao passo que a segunda é prática. As duas são importantes, nenhuma será suficiente, se estiver só, precisam articular-se.

Considerando a Constituição no mundo antigo, entendeu a doutrina da impossibilidade de ser ali localizada, qualquer forma de Justiça Constitucional.⁸¹

O pressuposto teórica da Justiça Constitucional realiza-se, com a Constituição revolucionária, americana e francesa. A Constituição passa a ter o significado de norma constitutiva e regulativa da vida política, operando-se em sua própria esfera objetiva, independentemente de relações de força proveniente de outros sujeitos constitucionais. Ela vem concebida, pela primeira vez, como norma jurídica capaz de influenciar na vida constitucional. A Constituição opera, como coordenadora das relações materiais. Desse entendimento deriva a possibilidade teórica de um sistema de garantia constitucional, no qual o órgão independente e dotado de força constitucional é chamado a resolver controvérsias, relacionadas com a aplicação do Direito Constitucional. A Constituição, como norma jurídica iminente, atua sobre os

(81) BLONDEL, A. *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*. Etude critique comparative: Etats Unis France, Sirey. Paris-Aix en Provence, 1928; CAPPELLETTI. Mauro. *Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milão, 1968.

atos, relações e o comportamento dos órgãos constitucionais, tornando possível, seu aperfeiçoamento lógico e interpretativo, através de um órgão da Constituição, chamado a defendê-la e aplicá-la, nos casos em que surgem controvérsias de Direito Constitucional.

Existe, assim, derivação lógica entre a Constituição escrita e a Justiça Constitucional. É essa a base dos dois grandes discursos fundadores da Justiça Constitucional, nos Estados Unidos e França, na época de suas primeiras constituições: a decisão da Suprema Corte, no caso *Madison versus Marbury* (1803), com a manifestação pretoriana de Marshall e a proposta do Abade Sieyès, de 1795.

A doutrina do Juiz Marshall entendeu que a Constituição é lei de suprema imodificabilidade, quando confrontada com lei ordinária. A lei que contraria a Constituição não pode ser assim considerada; qualquer ato legislativo contrastante com a Constituição é nulo. Se uma lei ofender a Constituição, o juiz tem o dever de desaplicá-la. A Constituição norte-americana não atribuía expressamente à Corte Suprema e ao Juiz, o poder de desaplicar leis contrárias à Constituição.

O abade Sieyès, tratando da garantia constitucional, salientou o significado da Constituição como um corpo de leis obrigatórias, que devem ser guardadas e respeitadas, por determinada magistratura. Entende que a lei, qualquer que seja a sua natureza, poderá ser violada. É nessa oportunidade que fala no acolhimento de recurso, contra a violação da Constituição. Ao mesmo tempo, pergunta se à magistratura civil poderia incumbir-se dessa alta missão. Entende que não, desde que não se deve desconhecer a importância do ato constitucional, que não pode ser reduzido ao que se encontra nos títulos do Código Civil. Insiste e demonstra a necessidade de freio constitucional, exercido pelo *Jury Constitutionnaire*. Por esse modelo, mantém-se, fielmente, o espírito constitucional; ocupa-se, por meio dele, de todos os mecanismos que possa servir ao aperfeiçoamento da Constituição; indica que as liberdades civis, em ocasiões graves, em que as leis de tutela dos direitos são descumpridas, predomina a sua garantia, através do *Jury Constitutionnaire*, como Tribunal de cassação, na ordem constitucional.

A proposta de Sieyès não se assemelha, em todas as conseqüências, à doutrina do juiz Marshall, base do sistema de controle judiciário da lei (*judicial review of legislation*): “Le ragioni del diverso esito attengono nou più alla premessa teorica della giustizia costituzionale, che si era realizzata in entrambi i contesti, sua alla premessa concreta, che esisteva negli Stati Uniti e non esistette per molto tempo né in Francia né negli altri stati europei

continentali”⁸².

A expressão Justiça Constitucional não aparece na doutrina constitucional inglesa e norteamericana, mas podemos, em torno do exame de suas especificidade, apontar alguns momentos em que as Cortes se aproximam, na efetivação de suas decisões constitucionais.

Ivor Jennings, como outros doutrinadores na Inglaterra, em capítulos dedicados às Cortes e à Constituição (The Law and the Constitution - The Courts and the Constitution The Law and the Courts), examina o assunto a partir da referência às Cortes e à Constituição escrita, dizendo que o texto fundamental, usualmente, estabelece uma Suprema Corte (Supreme Court). Nesses termos, o “judicial power” aparece investido nessas instituições. Tratando das Cortes no sistema constitucional inglês, acentua que ali ocorre dificuldades em defini-las, com precisão. Sabe-se que a High Court e a Court of Appeal são Cortes (We have no difficulty in asserting that the county courts are courts). Mas ao mesmo tempo, não se pode esquecer que a House of Lords é uma Corte, ocorrendo dificuldades para as suas funções.

As ordens de prohibition e certiorari, considerados os mais importantes instrumentos para anulação de atos administrativos das autoridades, quando não são autorizadas por lei, são apreciados apenas em inferior courts. Aponta as dificuldades da distinção entre suas funções e a função judicial, que não ocorre de maneira clara e definitiva. A High Court, a Court of Appeal, a House of Lords e o Judicial Committee of the Privy Council, têm como atribuições administrar as leis civis e criminais. Essas Cortes têm três características:

a) Em primeiro lugar é a sua subordinação à legislatura, pelo que agem igualmente como as autoridades administrativas. Essa configuração decorre da

(82) SIEYES, EMMANUEL. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Librairie Droz, Genève, 1970. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, ob. cit., p. 18; THAYER, F. E. Bradley. *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, em Legal Essays, Boston, 1908; *Civil Rights and Equality*. Introdução de Kenneth L. Karst. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution, Editado por Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst e Dennis J. Mahoney. Macmillan Publishing Company. New York. Collier Macmillan Publishers, London, 1989; IRONS, Peter. *The Courage of Their Convictions*. The Free Press. A Division of Macmillan, Inc, New York. Collier Macmillan Publishers. London, 1988; WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1979; BARRON, JEROME A. DIENES. C. THOMAS. *Constitutional Law in a Nutshell*. St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1986; HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States*. Its Foundation, *Methods and Achievements: An Interpretation*. Columbia University Press. New York e London. 1966; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Mineola, New York. Foundation Press, Inc, 1988.

supremacia do Parlamento. Elas não recebem seus poderes da Constituição, usam a common law. Os estatutos dão poderes à High Court, que por sua vez decorrem dos precedentes; ela exerce certos poderes derivados da common law e outros decorrem do estatuto. Diferem das Cortes dos Estados Unidos, da Austrália e da Irlanda. A primeira questão que deve ser respondida é a de se a legislação é válida para a Constituição.

b) A segunda característica das Cortes é a sua independência das autoridades administrativas. Os juizes das cortes superiores deliberam com independência.

c) Como terceira característica, encontra-se o método judicial. A Corte, normalmente, exerce atos públicos, nos quais as partes podem ser representadas por seus advogados. A evidência ocorre na Corte aberta, o processo é regulado por regras para tornar possível, de maneira razoável, a proteção de um inocente ou pessoa injuriada.

A importância da “open Court” efetiva-se pela compreensão de que membros pertencentes ao público, podem estar presentes nos julgamentos e a imprensa pode noticiar o caso em julgamento.

A evidência é outra característica do Processo Judicial inglês. Fatos podem ser provados por suas evidências, pois auxiliam a Corte a aproximar, de certa maneira, da verdade.

As Cortes, no que se refere às suas funções, têm dois grupos de atividades. Entre as primeiras, podemos destacar: “The first group contains the function which the courts administer, namely, ordinary civil and criminal justice”.⁸³

No segundo grupo de funções, está o controle judicial das autoridades

(83) JENNINGS, Ivor. *The Law and the Constitution*. University of London Press Ltd., Londres, 1956, 4ª edição; idem, *The British Constitution*. The Syndics of the Cambridge University Press, 1966; idem, Governo de Gabinete. Senado Federal. Brasília, 19/79, Tradução e Introdução de Lêda Boechat Rodrigues; *Bagehot, The English Constitution*, Oxford University Press, World Classics; *Pickthorn, Kenneth*. Some historical principles of Constitution, Cap. III, Philip Allan and Co., Londres; Low, Sidney. *The Governance of England*, Fisher Unwin; Dicey. *Introduction of the Study of Law of Constitution*; the Law of the Constitution, A Liberty Classics Edition, Liberty Fund, Indianópolis, 1.922. Jennings, Ivor. *Constitutional Interpretation. The Experience of Canada*, Harvard Law Review, Vol. II; idem. Judicial Process at its Worst, Modern Law Review, Vol. I; Anson, W. R. *Law and Custom of the Constitution*, 1911; E. Boutmy. E. *The Development of the English Constitution*, 1891; Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1908, 7ª edição; Jennings, Ivor. *A Constituição Britânica*. Editora Universidade de Brasília. Pensamento Político, 30, Brasília, 1981.

administrativas. Esse controle é exercido sobre algumas autoridades, através do apelo a uma Corte judiciária. Ele efetiva-se, também, sobre autoridades administrativas, no que se refere ao seu poder legal, podendo ocorrer uma injunction ou uma declaração de ilegalidade, (Jennings, Declaratory Judgment against Public Authorities in England, em Yale Law Journal, 51).

O terceiro método de controle consiste na utilização de remédios ordinários, por meio de procedimentos, quando a autoridade pública comete ato ilegal, ou injuria a uma pessoa particular ou pública (Crown Proceedings Act, 1947).

A Inglaterra só admite a justiça da Coroa, cujo princípio é a própria base da ordem pública. Essa justiça possui elevado grau para se fazer respeitar a si mesma e a liberdade, a propriedade e a pessoa do cidadão. A lei sobre a difamação (libel) protege o caráter do indivíduo, não permitindo que qualquer pessoa se arrogue o direito de antecipar à manifestação dos Tribunais, alargando ou substituindo as decisões. Vários dos direitos constitucionais dos cidadãos (liberdade do indivíduo - direito de reunião) têm suas origens em casos particulares, nos quais os Tribunais foram chamados a decidir. É nesse sentido que Dicey afirma que enquanto esses direitos, em outros sistemas, decorrem de uma constituição, na Inglaterra são consequência dos direitos individuais. Havendo prisão ilegal, o cidadão utiliza-se de três meios para obter justiça: a) pode solicitar um writ de habeas corpus; b) apresentar queixa por prisão ilegal contra o Tribunal que o condenou; c) apresentar queixa por vias de fato, contra aquele que o prendeu.

Na base da magistratura, está o juiz de Paz (the Justice of the Peace), instituído em 1327, como magistrado local, nomeado pelo soberano; é o guardião da paz na circunscrição que lhe foi confiada. Tem como tarefa mandar apresentar os delinquentes perante os tribunais; pode punir imediatamente, quando se trata de delitos de pequena gravidade. Suas atribuições sofreram modificações, com o Local Government Act, de 1888.

A justiça atua, desde que ocorra crimes ou desavenças, motivada por questões de interesses. São feitas críticas sobre os enormes encargos, quando os processos se arrastam nos Tribunais, principalmente quando são decididos em última instância, isto é, na Higher Court of Appeal of the House of Lords, através das intervenções de advogados (solicitors e barristers).

Processos menores são julgados por tribunal local, os County Courts, cujos magistrados são homens de leis (lawyers), advogados ou outros, que têm grande experiência, isto é, dez anos de prática, sendo nomeados pelo Lord Chancellor. Foram instituídos em 1846, em substituição ao Tribunal do sheriff,

que no século XIII tinha jurisdição limitada às questões de valor até 40 shillings. Nas 400 regiões, em cada uma delas funciona o County Court.

Quando é praticado delito ou crime, surge a intervenção da polícia. A polícia dos Condados (County police) tem o juiz do Tribunal de Polícia (Police Court), presidido pelo Police magistrate (juiz do tribunal de simples polícia ou correcional), que conforme os casos, absolve ou condena, com multa ou prisão. Quando o delito é grave, o magistrado envia o processo para tribunal superior, denominado Quarter Sessions, porque as sessões são trimestrais, foi criado em 1360. Os juizes são denominados County magistrates nas vilas e centros mais importantes, sendo que as funções são desempenhadas por um juiz municipal, denominado Recorder. Na ocorrência de um inquérito (inquest) é ele dirigido por oficial da polícia judiciária, denominado Coroner. Quando as suspeitas recaem sobre alguém, causador da morte, o Coroner manda expedir o mandado de captura contra essa pessoa (issue a warrant). Depois o processo é remetido à High Court of Justice.

Os processos passam pelos tribunais de simples polícia para o High Court of Justice. A High Court está dividida em três sessões ou Câmaras (divisions): a) A King's Bench Division, com competência para julgar matéria civil e criminal. O presidente é o Lord Chief Justice, assistido por 17 Juizes, nomeados por escolha, não por concurso. São recrutados entre os advogados que se distinguiram em sua carreira no Tribunal (They are raised to the Bench); b) A Chancery Division, julga processos relativos a bens e interesses pecuniários. O Presidente do Tribunal é o Lord Chancellor, assistido por seis juizes; c) A Probate, Divorce and Admiralty Division que cuida da validação dos testamentos, dos divórcios e questões marítimas.

Na composição da High Court existe, também, a Court of Criminal Appeal, acima dela existe, como último escalão, a Higher Court of Appeal of the House of Lords, equivalente ao Tribunal de Cassação da França. É presidido pelo Lord Chancellor, assistido por 6 Lords of Appeal in ordinary e por membros da Câmara de Lordes, que ocuparam funções na Magistratura. Para julgar recursos de causas que foram decididas pelos Tribunais dos Domínios, das Colônias e das Dependências existe o Judicial Committee of the Privy Council, desempenhado a função de Tribunal Imperial de Apelação.

Em 1908 foram criados tribunais de menores (juvenile courts), onde os juizes ocupam do bem estar e do futuro dos jovens delinquentes.

A Câmara dos Lordes é o Tribunal final de apelação do sistema judicial, para várias causas legais que surgem no Reino Unido. No ano de 1873 pretendeu-se abolir essa jurisdição. A Câmara dos Lordes para assunto judicial

é, na realidade, não em lei, órgão diferente da Câmara dos Lordes para assunto legislativo.

Estudos sobre Introdução Geral à Constituição, e Introdução ao Estado de Direito Constitucional, destacam o tema “A Justiça e a Rainha,⁸⁴ colocando entre as peculiaridades do constitucionalismo inglês, o entendimento de que embora os Tribunais tenham ficado sujeitos à autoridade do Parlamento, mantiveram grande prestígio. O Parlamento e os Tribunais, as leis escritas e o direito costumeiro (the statute law and the common law), realizaram aliança entre iguais, apesar de poder o Parlamento anular decisões dos Tribunais e as leis escritas suplantarem o direito costumeiro (the common law), convindo ressaltar que o alto prestígio dos juizes é peculiar aos sistemas jurídicos que procuram inspiração no modelo inglês.

O Parlamento e os Tribunais recebem sua autoridade do Rei, ao mesmo tempo que fizeram aliança contra ele. Court ou Tribunal, com o tempo, adquiriu, gradualmente, significado especializado, como uma reunião na qual os magistrados do Rei administram o direito em nome dele. A expressão o Rei held court (estava na Corte) referia-se ao seu aparecimento em público, quando discutia assuntos com seus cortesãos, apreciava petições e baixava ordens relativas as mesmas, decidindo disputas entre pessoas sujeitas à sua jurisdição. As funções, com o tempo, foram gradualmente diferenciadas. Algumas delas passaram para a High Court of Parliament (Alta Corte do Parlamento) outras para as Cortes de Justiça de sua Magestade e algumas para o próprio Rei, quando reúne a Corte (when she holds a court). A Alta Corte do Parlamento passou a ser a maior das Cortes; enquanto que as ordens do Rei ou da Rainha no Parlamento, denominadas Leis de Parlamento, obrigam os Juizes de sua Magestade e serão por eles executados nas Cortes de Justiça.

Em todas essas fases acentuam-se as preocupações com os direitos constitucionais (constitutional rights), com os abusos e os remédios constitucionais (constitutional wrongs and constitutional remedies). Ao lado da concretização dessas garantias constitucionais básicas, surge a formalização das regras de equidade. Os propósitos práticos do due process of law ou processo legal regular, interpretação, no século quatorze, do capítulo 29 da Magna Carta, transformou-se, posteriormente, no processo segundo a common law ou a equidade.

(84) JENNINGS, Ivor. *The British Constitution*. Cambridge University Press, 1951, 4ª edição.

No desenvolvimento do constitucionalismo, situam-se as preocupações em torno da Constituição Britânica, através da utilização dos métodos histórico, legal, analítico e crítico. Criou-se um sistema único e coerente de direito, conhecido como direito costumeiro (the common law of England). O common law, com sua insuperável autoridade, emanava do Rei e era aplicado por seus magistrados, em seu nome. Lêda Boechat Rodrigues ressalta a extensão em que as batalhas constitucionais foram travadas nas Cortes de Justiça, em casos padrão (in leading cases). Ao mesmo tempo, os juristas políticos (lawyer - politicians) tomavam conta dos debates no Parlamento e citavam, em grande profusão, os precedentes. Cooke, após sua demissão do cargo de Chief of Justice, Presidente da mais alta Corte de Justiça da Inglaterra, afirmava que a liberdade deveria ser assegurada pelos princípios derivados dos precedentes existentes na Common law. A importância da common law da Constituição não se consubstanciava em princípios teóricos da obrigação política, mas em princípios práticos de administração legal. Vários foram os conflitos entre as prerrogativas e o Parlamento, representativos muito mais das dissensões existentes sobre as prerrogativas das Cortes, o direito de tributar, a suspensão e isenção de leis, a prisão arbitrária, o julgamento pelo juri e o habeas corpus.⁸⁵

A Teoria da Constituição, na Inglaterra, nas palavras de Blackstone, Cook, Boutmy, Bagehot, Hallam, Hearn, Gardiner, Freeman, Stubbs, Todd e Dicey, entre os clássicos, ressalta as dificuldades particulares para comentar a Constituição da Inglaterra. Blackstone em seus "Comentaires", não fala, propriamente em Direito Constitucional. As questões que se assemelham a essa matéria, na maioria das vezes, são estudados sob a rubrica "Droits des personnes". Boutmy (Etudes de Droit Constitutionnel) apresenta como fontes do Direito Constitucional inglês: 1 - Os tratados, isto é, Atos de União; 2 - A common law; 3 - os acordos solenes (pactos) isto é, Bill of Rights; 4 - Os statutes.

Essa temática destaca o caráter e a natureza da soberania parlamentar, ao lado da autoridade legislativa ilimitada do Parlamento. Mesmo assim, referindo-se às Cortes de Justiça, Dicey afirma que grande parte do direito inglês é, em realidade obra dos juizes. Indica, para quem deseja compreender a natureza da legislação judiciária inglesa, deve ler a leitura do admirável ensaio de Pollock (Science of Case Law). A adesão dos juizes ao precedente, isto é,

(85) JENNINGS, Ivor. *Governo de Gabinete*. Tradução e Introdução de Leda Boechat Rodrigues, Senado Federal, Brasília, 1979.

o hábito de decidir um caso, seguindo um princípio ou um suposto princípio que decidiu um caso anterior, é a circunstância que leva os tribunais à formação gradual de regras determinadas, que são na realidade leis. A legislação judiciária, pode parecer, à primeira vista, inconciliável com a supremacia do Parlamento. Os juizes ingleses não exercem o poder de revogar um Statute, enquanto que os Acts do Parlamento podem constantemente influenciar no direito feito pelos juizes. A legislação judiciária é, em suma, uma legislação subordinada, colocada em vigor com o assentimento do Parlamento e sob seu controle.

Assegura-se a liberdade individual, na Inglaterra, não por proveniência de alguma disposição geral contida em documento escrito. Destaca-se o papel da Magna Chart (art. 39) assim redigido: *Nullus liber homo capiatur, vel per legem terroe*).

Esse texto deve combinar-se com as declarações do *Petition of Right*. A proclamação, em uma Constituição, do direito à liberdade individual ou mesmo qualquer outro direito, produz, por ela própria, uma garantia do direito, muito mais do que apenas sua existência nominal. O direito à liberdade individual, tal como é compreendido na Inglaterra, significa substancialmente, o direito que possui toda pessoa de não ser preso, maltratado ou submetido a toda espécie de coação física, sem justificação legal. Toda coação física, *prima facie*, é ilegal e não pode ser justificada. Os documentos legais fornecem, constantemente, a melhor explicação e ilustração dos princípios legais. No que se refere ao direito ao *Writ of Habeas Corpus*, ele surgiu na Inglaterra, há muito tempo, com a adoção em 1679, do *Habeas Corpus Act*. A história desse instituto demonstra a grande importância atribuída na Constituição inglesa aos remédios, isto é, aos procedimentos que asseguram o respeito de um direito legal, que se transforma de um direito simplesmente nominal, em um direito efetivo ou real. Os *Habeas Corpus Acts* são essencialmente os atos processuais destinados a regular o mecanismo legal, graças ao qual será sancionado o direito reconhecido a uma pessoa, de proteger sua liberdade individual. As obras legislativas (*Petition of Right - Bill of Right*), bem como o *Habeas Corpus Act* demonstram que a lei da Constituição inglesa, no fundo, corresponde ao direito feito pelos juizes (*Judge-made-law*).

As críticas à Constituição inglesa destacam os efeitos dos *Acts of Habeas Corpus* para garantir a liberdade dos cidadãos.

A relação entre o direito da Constituição e as Convenções da Constituição constitui tema significativo do constitucionalismo britânico. Existe diferença essencial entre a lei da Constituição, aquela que compõe as regras sancionadas e reconhecidas pelos Tribunais, formada por um corpo de leis, no significado

exato da palavra, e as Convenções da Constituição, composta de costumes, práticas e máximos ou de precedentes não sancionados, nem reconhecidos pelos Tribunais, formado não um corpo de leis, mas um corpo de moral constitucional ou política. Discute-se, no que se refere às sanções das Convenções da Constituição, como elas se caracterizam, para de maneira definitiva assegurar a observância das mesmas. Admite-se que essas Convenções constitucionais não são leis. Diversas convenções ou máximas da vida pública são factíveis até certo ponto, algumas delas são rigorosamente obedecidas.⁸⁶

O sistema legal inglês, no que se refere às Leis e as Cortes, configura-se pela Cammon law, pela equity e pelo statute law.

O Queen's Bench Division da High Court supervisiona a administração da justiça nas Cortes inferiores (magistrates' courts, administration tribunals e subordinate tribunals), esse papel destaca-se, principalmente nas ordens de: a) mandamus; b) prohibition; c) certiorari e d) declaratory judgement.

A justiça inglesa apresenta particularidades que a distingue de outros sistemas constitucionais judiciais.⁸⁷

No constitucionalismo norteamericano vamos encontrar a idéia de uma Constituição, como guardião institucional, materializado em um grupo de magistrados, no artigo 78 do The Federalist, escrito por Alexander Hamilton. Sob a denominação dos juizes como guardiões da Constituição, aparece a análise do Poder Judiciário do governo proposto. A maneira de organiza-lo compreende vários tópicos: o processo de nomeação dos juizes; o período durante o qual eles deveriam ser mantidos nos cargos; a repartição da autoridade pelas diferentes cortes e as relações entre elas. Pelo projeto apresentado pela convenção, deveriam ser mantidos em seus cargos, enquanto bem se conduzissem. A integral independência das Cortes de Justiça é essencial em uma Constituição. No que se refere à competência das Cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, desde que contrários à Constituição, tal

(86) DICEY, A. V. *Introduction a L'E'tude du Droit Constitutionnel*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1902. Tradução francesa de André Batut e Gaston Jèze. Prefácio de A. Ribot; BARKER, ERNEST. *Essays on Government*, At The Clarendon Press, Oxford, 1951, 2ª edição, AGESTA, LUIS SANCHEZ. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Editora Nacional, Madrid, 1968, pp. 126 e ss.

(87) PADFIELD, Colin F. *British Constitution Made Simple*. Made Simple Books. W. H. Allen, Londres, A Howard & Wyndham Company, 1972, pp. 188 e ss.

prática foi entendida como superioridade do Judiciário ao Legislativo.⁸⁸

Antes do caso Marbury estava delineada a idéia de um poder independente, que garantisse a Constituição, como norma fundamental. Para Hamilton, os juizes seriam intérpretes da vontade popular, ao aplicarem a Constituição. Com Marshall, no caso Marbury vs. Madison, estabeleceu-se o marco doutrinário sobre o princípio da constitucionalidade e as tarefas de fiscalização da conformidade das normas inferiores perante a Constituição. A Suprema Corte pode efetuar a revisão judicial, dos casos que envolvam as diferentes manifestações judiciárias, agindo como magistratura nacional unificadora. Ela possui jurisdição obrigatória, nos casos de conflitos entre os Estados federados, essa tarefa é considerada como de original jurisdiction. Aprecia casos de declaração de inconstitucionalidade de lei do Congresso, quando o governo é parte; aprecia casos de declaração de inconstitucionalidade de lei federal pelo Supremo Tribunal de um Estado; casos de aplicação de lei considerada inconstitucional por tribunais estaduais, bem como anulação de lei estadual por tribunal federal, quando há arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

O Sistema Nacional de Cortes ou a distribuição do poder judiciário, nos Estados Unidos, tem sido problema, desde os dias de criação e primeira implementação da Constituição. No Artigo III, a Convenção definia os tipos de casos e controvérsias que o poder judiciário dos Estados Unidos deveria apreciar, mantendo a existência de uma singular e nacional Suprema Corte. A Suprema Corte, com o correr do tempo, adquiriu dupla imagem. Uma popular, refere-se à imagem de expectativas públicas. Essa Corte harmoniza as relações entre os segmentos do governo; protege os direitos civis e liberdades, além de salvaguardar os direitos das pessoas e a propriedade. A Corte alertou o povo norteamericano sobre os valores da Constituição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em sua concepção e em suas funções, é peculiarmente norteamericana, devendo pouco às instituições judiciais anteriores, a não ser a tradição do direito e dos procedimentos judiciais anglo-saxões. A administração federal da justiça era parte fundamental, na concepção de um governo nacional do tipo federal, pelo que necessitava de um Tribunal que interpretasse a legislação. A convenção pronunciou-se pela criação de um Tribunal Supremo, pelo que o Comitê redigiu o seguinte artigo: O Poder Judicial

(88) HAMILTON, Alexander. Madison, James. Jay, John. *O Federalista. Pensamentos Políticos*, n. 62. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1984. Introdução e Notas de Benjamin Fletcher Wright. Tradução de Heitor Almeida Herrera, pp. 575 e ss.

dos Estados Unidos residirá em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores.⁸⁹ Estabeleceu-se a jurisdição da Suprema Corte, como tribunal independente e exclusivamente judicial. Desde o início, a Corte limitou-se à tarefa judicial de resolver pleitos reais. Era essa a intenção constitucional, desde que estabelecia expressamente que a Corte conhecia de “casos” e “controvérsias”. Outro princípio entendia que a Corte não deveria apreciar questões que fossem consideradas como de natureza puramente política e não judicial. A Corte não deveria decidir questões sobre validade constitucional da legislação, a menos que essas questões sejam colocadas e tenham que ser necessariamente resolvidas. Pelo que a Corte deve considerar, no caso de uma lei ser razoavelmente susceptível de duas interpretações distintas, uma das quais é inconstitucional e outra válida, deve adotar a interpretação que preserva a sua constitucionalidade. Sendo a lei susceptível de duas interpretações, uma das quais provoque questão constitucional duvidosa, a Corte deverá pronunciar-se pela que é correta. Dentre esses princípios figura o de que a Suprema Corte não se ocupa de revisar questões de política legislativa, pelo que ela não inquire sobre os motivos que levaram o Congresso àquele procedimento.

O trabalho da Corte, sua organização e método estão ligados à Lei de Administração da Justiça, de 1789, que dispunha sobre a criação da Suprema Corte, composta por um magistrado presidente (Chief Justice) e outros cinco magistrados (Associate Justices). Esse número foi aumentado para seis em 1807, oito em 1837 e nove em 1863.

O princípio da separação de poderes, a revisão judicial dos atos legislativos e a declaração da supremacia da Constituição como lei, nos Estados Unidos assumem particularidades. A mencionada Lei Judicial de 1789, em seu artigo 25, passando por cima da omissão da Constituição, autorizou expressamente à Suprema Corte examinar, em apelação, as decisões dos Tribunais estaduais. Para Story, pelo Artigo III, da Constituição, o poder da Suprema Corte estendia-se a todos os casos, sendo que seria o caso e a Corte que determina a jurisdição. A jurisprudência entende a importância e a necessidade da uniformidade das decisões, em todos os Estados, sujeitos à Constituição federal. Juizes, em diferentes Estados, podem interpretar diferentemente uma lei ou um tratado dos Estados Unidos, regidos sob a mesma Constituição. Daí decorre a

(89) FRANKFURTER, F. *Some Observations on the Nature of the Judicial Process of Supreme Court Litigation*, 98 Proceedings of the American Philosophical Society 233 (1954).

necessidade de uma autoridade revisora para controlar as decisões discordantes, procurando harmonizá-las, através da uniformidade. A Constituição foi feita para o benefício igual e comum a todo o povo dos Estados Unidos, sem essa determinação, as leis, os tratados e a própria Constituição nunca teriam a mesma força construtiva, a mesma obrigação ou eficácia em cada Estado. A interpretação da cláusula do “devido processo”, da Emenda XIV, como as de número XIII e XV tinham o objetivo de proteger e assegurar a liberdade.

Entre as atribuições da Suprema Corte, no que toca à interpretação da Constituição e das leis, desde que as Constituições usam geralmente linguagem ampla, é a sua exata compreensão que leva ao entendimento de seu sentido, através da interpretação judicial. Algumas cláusulas são mais precisas, deixando pouco espaço à interpretação, enquanto que outras são mais ambíguas ou indefinidas.

A Constituição norteamericana consagra govêrno de poderes separados e bem delimitados, apesar de não fixar linha bem tangível de separação. Existem setores em que dois ou mais poderes atuam, sendo que em certas ocasiões a atuação dos mesmos se sobrepõe, podendo ocorrer choque inevitável. A Suprema Corte é chamada a intervir, quando rompe o equilíbrio entre os poderes Executivo e Legislativo. Questiona-se, nessas ocasiões de conflito, o problema do juízo de legitimidade ou a validade dos atos de um dos segmentos do governo. A Suprema Corte, no exercício de suas funções, trata de adaptar os preceitos constitucionais às novas realidades. Nas suas relações com o executivo, submete-se qualquer ato de um funcionário público à juízo, sendo consideradas como normas típicas dessas apreciações: a) Writ of Mandamus; b) Injunction ou Writ of Prohibition; c) Habeas Corpus; d) Declaratory judgment.

A igual proteção das leis e o devido procedimento legal consubstanciam-se nas práticas das liberdades cívicas, sendo que as Dez primeiras emendas à Constituição consubstanciaram o que se denominou de Bill of Rights (Declaração de Direitos). A Suprema Corte passa a interpretar as diversas formas de concretização da liberdade, seja ela religiosa (“Reynolds v. U. S”, 1879 - “New v. U. S”, 1917 - “Torcaso v. Watkins”, 1961); liberdade de palavra e de imprensa (“People v. Crosswell”, 1804 - “a liberdade de imprensa e o direito de publicar com impunidade a verdade, com bons motivos e fins justificáveis, mesmo que se critique o governo, magistrados ou indivíduos, da doutrina de Hamilton); direitos de reunião e de petição, tratados pela Suprema Corte como equivalentes à livre expressão (“Cox v. Louisiana”, 1965); direito de associação (“U. S. v. Cruikshank”, 1876); sindicalismo (“Adair v. U. S”, 1908 - “Coppage v. Kansas”, 1915); ameaça do comunismo (“Dennis v. U. S”, 1951); liberdade contratual

(Slaughter House Cases, 1873); direito à subsistência (“Steward Machine Co. v. Davis”); direito à segurança (“Olmstead v. U. S.”, 1928); direito à nacionalidade (“Pérez v. Brownell”, 1957); direito a passaporte (“Kent V. Dulles” - “Briehl v. Dulles” e “Dayton V. Dulles”, 1958); integração racial (“Brown V. Board of Education of Topeka”); direito à defesa (“Powell v. Alabama”, 1932); direito à igual representação (“Rapportionment Case”); direito ao voto (“Minor v. Happersett”, 1875).

Várias cláusulas constitucionais tiveram amplo alcance, não podendo privar qualquer pessoa do direito à vida, à liberdade e à propriedade, “sem o devido processo legal”.

A Suprema Corte, abrangendo os mais diversos temas, em numerosos casos, não encontrava lei ou precedente para resolver uma disputa. Como exemplo, cita-se a opinião de Cardozo, em “New Jersey v. Delaware”, em que se viu obrigado a examinar vários documentos antigos e interpretá-los à luz da Common Law, sem encontrar solução para o caso, pelo que recorreu, então ao Direito Internacional, através de decisões da Corte e de textos de autoridades reconhecidas, sem dar, ainda, uma regra positiva aplicável. Dizia Cardozo que o Direito Internacional ou a lei que rege as relações entre os Estados, tem as vezes, como o Common Law, existência indefinida, durante a qual é difícil distinguir os conceitos gerais de moralidade e justiça, até que um Tribunal imprima sua qualidade jurídica. Conclui-se que, em certas circunstâncias, a Corte está autorizada, debaixo da cláusula do poder de revisão judicial, a aplicar fórmula consoante com a justiça e as necessidades políticas e sociais de um sistema internacional ou inteestatal. A Suprema Corte não encontrando qualquer jurisprudência aplicável, teve que criá-la, à luz da experiência e do direito, em situações mais ou menos similares.⁹⁰

O Poder Judiciário, nos Estados Unidos, é o poder de decidir “casos” e “causas”, de conformidade e com a lei e os métodos estabelecidos pelo costume e pelos princípios de direito. Ele implica certos atributos incidentais ou inerentes, como a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com autoridade que obriga constitucionalmente, os segmentos do governo. Ao lado desses atributos, profere decisões finais. O controle judicial ocorre através dos casos surgidos sob a Constituição, nos quais a validade de uma lei do Congresso, de um tratado ou

(90) GALLAND. *Le Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Paris, 1932 (tese).

de lei ou disposição constitucional ou de qualquer ato oficial que se pretenda baseado diretamente na Constituição, é questionada em face dela. Essa cláusula vincula-se à cláusula da supremacia (art. VI, 2), amparando a garantia constitucional do controle judicial (judicial review). Hamilton, em o *Federalista* (78), considerando a Constituição, entendia que a interpretação das leis é a função própria e peculiar dos tribunais. A Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental. A base constitucional do controle judicial, decorrente da Convenção Federal, via nesse mecanismo um modo de assegurar a conformidade das leis e das Constituições estaduais com a Lei Suprema do Estado, compreendendo a Constituição e as leis do Congresso feitas em obediência ao texto fundamental. O controle judicial é efetuado em conexão com a decisão de casos, com a finalidade de encontrar o direito aplicável ao caso. A Corte anuncia certas máximas de auto-restrição, enunciadas em virtude do reconhecimento extraordinário do controle judicial.

O estudo da jurisprudência da Corte Suprema, mostra o papel que ela teve na configuração do sistema jurídico e constitucional dos Estados Unidos. A repartição de competências entre o Estado Federal e os Estados-membros, a regulamentação do comércio, o poder dos Estados Unidos sobre os serviços públicos e os territórios federais, o respeito recíproco das competências entre os Estados Membros, o controle da constitucionalidade das leis federais, os direitos do homem e as liberdades individuais, garantias do processo administrativo, a boa administração da justiça, controle do direito e do processo em matéria penal,⁹¹ segregação racial, liberdade de consciência e culto, liberdade de expressão, direitos políticos, constituem temas que foram objeto de revisão judicial pela Corte Suprema.⁹²

(91) Due Process. Criminal Penalty for drug addiction is cruel and unusual punishment, 47, *Minnesota Law Review*; Punishment for drugs addiction held cruel and unusual, 51, *California Law Review*; Bator. Finality in Criminal Law and Federal "habeas corpus", 76 *Harvard Law Review*, 1963.

(92) JUILLARD, Patrick. *Jurisprudence Constitutionnelle de la Court Suprême des E'tats - Unis (1961-1963)*. Direção e Prefácio de Roger Pinto. Presses Universitárias de France, Paris, 1965; BAUM, LAWRENCE. *A Suprema Corte Americana*. Forense - Universitária, Rio de Janeiro, 1987; CORWIN, EDWARD S. *A Constituição Norte-Americana e o seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1986; GAVIOLA, CARLOS A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Tipografica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965; SWISHER, CARL BRENT. *Decisões Históricas da Côte Suprema*, Forense, Rio, 1964; HUGHES, CHARLES EVANS. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Fondo de Cultura Economica, México, 1946; FRIEDRICH, CARL J. *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y America*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 2 vols.

de lei ou disposição constitucional ou de qualquer ato oficial que se pretenda baseado diretamente na Constituição, é questionada em face dela. Essa cláusula vincula-se à cláusula da supremacia (art. VI, 2), amparando a garantia constitucional do controle judicial (judicial review). Hamilton, em o Federalista (78), considerando a Constituição, entendia que a interpretação das leis é a função própria e peculiar dos tribunais. A Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental. A base constitucional do controle judicial, decorrente da Convenção Federal, via nesse mecanismo um modo de assegurar a conformidade das leis e das Constituições estaduais com a Lei Suprema do Estado, compreendendo a Constituição e as leis do Congresso feitas em obediência ao texto fundamental. O controle judicial é efetuado em conexão com a decisão de casos, com a finalidade de encontrar o direito aplicável ao caso. A Corte anuncia certas máximas de auto-restrição, enunciadas em virtude do reconhecimento extraordinário do controle judicial.

O estudo da jurisprudência da Corte Suprema, mostra o papel que ela teve na configuração do sistema jurídico e constitucional dos Estados Unidos. A repartição de competências entre o Estado Federal e os Estados-membros, a regulamentação do comércio, o poder dos Estados Unidos sobre os serviços públicos e os territórios federais, o respeito recíproco das competências entre os Estados Membros, o controle da constitucionalidade das leis federais, os direitos do homem e as liberdades individuais, garantias do processo administrativo, a boa administração da justiça, controle do direito e do processo em matéria penal,⁹¹ segregação racial, liberdade de consciência e culto, liberdade de expressão, direitos políticos, constituem temas que foram objeto de revisão judicial pela Corte Suprema.⁹²

(91) Due Process. Criminal Penalty for drug addiction is cruel and unusual punishment, 47, Minnesota Law Review; Punishment for drugs addiction held cruel and unusual, 51, California Law Review; Bator. Finality in Criminal Law and Federal "habeas corpus", 76 Harvard Law Review, 1963.

(92) JUIILLARD, Patrick. *Jurisprudence Constitutionnelle de la Court Suprême des E'tats - Unis (1961-1963)*. Direção e Prefácio de Roger Pinto. Presses Universitárias de France, Paris, 1965; BAUM, LAWRENCE. *A Suprema Corte Americana*. Forense - Universitária, Rio de Janeiro, 1987; CORWIN, EDWARD S. *A Constituição Norte-Americana e o seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1986; GAVIOLA, CARLOS A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Tipografica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965; SWISHER, CARL BRENT. *Decisões Históricas da Côte Suprema*, Forense, Rio, 1964; HUGHES, CHARLES EVANS. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Fondo de Cultura Economica, México, 1946; FRIEDRICH, CARL J. *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y America*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 2 vols.

A Côrte tem apreciado as maiores controvérsias sobre o alcance do poder governamental e a delegação de poderes particulares, no Governo nacional e nos outros níveis de governo.

A tutela da Constituição vincula-se ao problema da revisão judicial, sendo que para ser mantida, precisa de guardião. Essa preocupação já estava em Benjamin Constant (*Reflexions sobre las Constituciones y sus garantias*), ao propor converter o monarca em árbitro neutro, acima do equilíbrio dos poderes.

O *due process* é, em muitos casos, o exemplo mais característico do trabalho da interpretação constitucional, quando se adotou a Constituição em seu significado mais processual. É nesse sentido que a doutrina entende que a linguagem da Constituição é mais precisa em certas cláusulas do que em outras. Os Tribunais, em muitos casos, tomaram a orientação para conhecer melhor a intenção dos que redigiram a Constituição.

Bernard Schwartz, ao tratar do papel mutável da Corte Suprema, lembra o Professor Friedmann, quando em 1948, chamou a atenção para as mudanças fundamentais da ideologia legal refletida na jurisdição daquela instituição julgadora, durante os dez últimos anos (Friedmann, "Book Review", 64 *L. Q. Rev.* (1948). Lembra a expressão de Corwin (*Constitutional Revolution Ltd*, 1941), feita para ressaltar o caráter e o significado de tais mudanças. Muitos reconhecem que a mais notável característica do sistema constitucional norteamericana é a doutrina da Supremacia Judiciária. Rememora, ainda, Lorde Bryce (*The American Commonwealth*, Vol. I) ao apontar a curiosidade, no espírito europeu, causadora de tanta discussão e admiração, para os direitos atribuídos à Corte Suprema e às funções por ela desempenhadas na guarda da Constituição. Pela doutrina, a supremacia judiciária, por meio da Côrte Suprema americana, tem decidido os conflitos entre os atos do Governo e a Constituição, fazendo-o por meio de formalidades técnicas dos processos judiciais. Esses mecanismos (afirmou o Juiz Jackson da Côrte Suprema, em *The Stuggle for Judicial Supremacy*, 1941) são os instrumentos capitais do poder daquele sistema. Essa atuação do sistema americano tem configurado a expressão "Governo por ação judicial".

A doutrina da supremacia judiciária não entrou em vigor após a fundação da República americana, apesar de ter sido inicialmente enunciada no caso *Marbury V. Madison*, em 1803. No primeiro século de vigência da Constituição, questões importantes sobre o poder governamental foram resolvidas no Gabinete e no Plenário do Congresso, sendo que o controle judicial exercido pela Côrte Suprema só se tornou importante do poder legislativo, em 1890. O aumento do papel da Côrte deveu-se à aceitação da teoria do *laissez-faire* da função

governamental. O caso *Lochner v. New York* (198 U. S. 45 (1905)), que tratava de litígio sobre a constitucionalidade de um estatuto de Nova York, fixando horas máximas para os padeiros, ilustra o comportamento da Suprema Côrte, no período de 1890 a 1937, em casos envolvendo o controle judicial da ação legislativa.

Nesse caso, a função do tribunal era considerada simplesmente como a de interpretar a lei. No mesmo sentido, entendeu-se que a Côrte Suprema não subjuga a Constituição federal, mas unicamente a interpreta, como já dizia Lorde Bryce. Para esse autor, não se tratava de meio tecnicismo, ao mesmo tempo que salientava que os juizes americanos, como os europeus se inclinam a afirmar, não controlam o Legislativo, mas simplesmente interpretam a lei. A palavra controlam apresenta ambigüidades, desde que implicaria que a entidade ou pessoa, estaria exercendo vontade pessoal discricionária. A vontade que deve predominar é a do povo, expressa na Constituição promulgada. Os juizes devem descobrir nas leis elaboradas no Estado, qual a vontade do povo a ser aplicada. Lord Bryce, na concepção que demonstrou o papel constitucional da Corte suprema americana, entendia que esse posicionamento é demonstrado nos acórdãos proferidos por aquele tribunal, antes de 1937. A Suprema Côrte, em pronunciamento de 1936, dizia que não pretendia arrogar-se em dominar ou controlar a ação dos representantes do povo. Considera-se que a interpretação em questão, é errônea. A Constituição, como suprema lei do Estado, foi ordenada e estabelecida pelo povo, daí que toda legislação deve conformar-se aos princípios fixados por ela. Desde que uma lei do Congresso é contestada nos tribunais, por não se conformar ao mandamento constitucional, o ramo judiciário do Governo que apreciou a matéria, deve por o artigo da Constituição, que prevalece ao lado da lei que é contestado, decidindo se essa última está de acordo com o texto constitucional invocado. Destaca-se moderação como a Côrte Suprema Federal, trata as argüições de inconstitucionalidade, desde 1937. A grande característica da Côrte é a moderação, como ela exerce o poder de controle judicial, ao tratar das leis do Congresso. O Justice Frankfurter dizia que não competia inconstitucionalidade no que o Congresso aprova; mas deve-se procurar o caminho bem racional a fim de se evitar choque entre o Congresso e a Côrte Suprema. A declaração de inconstitucionalidade pela Côrte, pode acarretar conseqüências graves e profundas, que devem ser evitadas, a não ser que não haja outro remédio. Na prática, a Côrte Suprema federal abandonou, em grande parte, seu papel controlador do Congresso. No exercício de sua função constitucional, a Côrte Suprema deve atingir o equilíbrio entre a autoridade nacional e as estaduais, dentro do sistema federativo. A Côrte Suprema tem

grande destaque, como guardiã das liberdades civis. Nos julgamentos que envolveu as liberdades civis, a Cômte dedica-se à proteção dos direitos específicos, salvaguardados na Carta de Direitos e contidas nas oito primeiras Emendas à Constituição federal. Essa proteção das liberdades civis pela Cômte Suprema, reforça o critério do “perigo evidente e atual, do Juiz Holmes. Essa doutrina é aplicada como o processo de determinação de validade das violações da liberdades civis.

O papel da Cômte Suprema, na evolução do constitucionalismo americano, tem passado por várias alterações. Primou-se, em certa época, em ser a salvaguarda dos direitos de propriedade e preservação do sistema do *laissez-faire*. Mais tarde, passou-se a interessar, fundamentalmente, pelos direitos pessoais garantidos na Carta de Direitos, ao mesmo tempo, é árbitro do sistema federal. Essa modificação da competência da Cômte Suprema, reflete alterações na ideologia jurídica comuns a profissão jurídica nos Estados Unidos, em geral.⁹³

As bases constitucionais da Suprema Corte decorrem da Constituição de 1787. Foi o único Tribunal previsto especificamente, naquele texto. A Constituição estabeleceu que o Poder Judiciário dos Estados Unidos seria consagrado na Corte Suprema e nas Cortes inferiores que o Congresso, na época oportuna, ordenaria a estabelecer. Os juizes, tanto da Corte Suprema, como das Cortes inferiores, exerceriam suas atividades, com bom comportamento, recebendo por seus serviços, compensação que não poderia ser reduzida, enquanto permanecessem em suas atividades.

Os Atos Congressuais Básicos, pertencentes à primeira legislação, estabelecida pelo Congresso de 1789, são considerados como monumentais Atos Judiciários, sendo eles definidores do número das Cômtes federais, bem como de seus poderes. Dentre esses Atos, de maneira específica definiu-se que a Suprema Corte deveria constituir-se por um Chief Justice e cinco juizes associados.⁹⁴

No constitucionalismo americano destaca-se a posição doutrinária da teoria separação de poderes, nos moldes diferentes do constitucionalismo inglês, pelo que convém lembrar os dizeres de Walter Bagehot, ao afirmar que a estreita

(93) The Changing Role of the Supreme Court (O papel mutável da Cômte Suprema), em BERNARD SCHWARTZ, *American Constitucional Law*. At The University Press, Cambridge, 1955, pp. 207 e ss; WOLFE CHRISTOPHER. *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*, Editora Civitas, S. A., Madrid, 1.991, trad. de Maria Garcia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel.

(94) The Supreme Court, em Harold Zink, *Government and Politics in United States*, The Macmillan Company, New York, 1946, 3ª edição, pp. 446 e ss.

união ou quase completa fusão dos poderes legislativo e executivo, constituiu o eficiente segredo da Constituição inglesa.⁹⁵

Os termos “civil rights” e “equal citizenship” demonstram os esforços para a criação de maneiras tangíveis para efetivação no ideal de igualdade nas vidas dos povos subjugados, através da abolição da escravidão. Muitos escritores, usam “civil rights” para referir-se à igualdade civil, reservando “civil liberties” para as liberdades garantidas no Bill of Rights, incluindo as liberdades de falar, imprensa, reunião e religião. Incluem aí certo número de proteções, contra o abuso do processo criminal judicial.

A idéia de “civil rights”, inicialmente, incluía número limitado de direitos substantivos. Uma das maiores características dos direitos civis americanos foi a sua capacidade de expansão. Desde a Thirteenth Amendment (1865), abolindo a escravidão, constitucionalizando a Emancipation Proclamation (1863), várias conquistas foram atingidas.⁹⁶ Leis foram invalidadas, por futuras interpretações judiciais, chegando-se ao Civil Rights Act, de 1866.

Compreendeu-se que “civil rights” incluía direitos legais, tidos como básicos: movimentar-se, livremente, de um lugar para outro; ser protegido contra a violência privada; ser correto nas transações; fazer contratos; casar (to marry and be governed by ordinary family law). As Emendas e os diversos atos de Reconstruction, a doutrina política e constitucional, sofreu várias alterações. A promessa da igualdade civil, através de decisões judiciais, sofreu interpretações diversas. Duas decisões da Suprema Corte abrangeram a igualdade civil. Em Civil Rights Cases (1883), a Corte adotou a “state action”. O *Plessy v. Ferguson* (1896), tratou da segregação de passageiros.

Os anos seguintes à Segunda Guerra Mundial deram origem ao início de uma segunda etapa dos direitos civis. Após décadas, a nação iniciou outra fase pela efetivação da igual cidadania (equal citizenship). O Civil Rights Act, de 1964, proibiu a discriminação racial em empregos, no mesmo sentido, destaca-se o Voting Rights Act, de 1965. Em todos os momentos, a Suprema Corte teve papel destacado. No ano de 1970 iniciou-se outro movimento pelos direitos.

(95) BAGEHOT, Walter. *The English Constitution*, Londres, 1964; Piçarra, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra, Editora, 1989.

(96) KINOY, Arthur. *The Constitutional Right of Negro Freedom*, *Rutgers Law Review*, 1987, 21:387. civis, que foram ampliando os novos direitos. Ressalte-se os efeitos do Vietnam e Watergate.

A Suprema Corte realiza interpretações dos direitos civis dos estatutos e das garantias constitucionais, da igual proteção, reforçando-os mutuamente. As preocupações com os direitos, aparecem no Pregnancy Discrimination Act (1978). Em duas décadas Cortes e Congresso acrescentaram ao elenco dos direitos civis, um sofisticado corpo de leis sobre discriminação sexual. As novas formas da igualdade civil ampliaram e reconheceram os direitos constitucionais da mulher, no controle de seu próprio destino e das crianças. A questão do aborto passou a ser considerada como privativa ou o direito à vida, dando-se tratamento igual à mulher (civil rights-racial discrimination-equal protection of the laws - state action - racial equality from slavery to the Mid - Twentieth Century - slavery and the Mid - Twentieth Century - slavery and the Constitution - Abolitionist Constitutional Theory - - Roberts v. City of Boston 5 Cush. (mass.) 198 (1850), Education - Slavery in the Territories - Dred Scott v. Sandford (19 Howard 393 (1857); Abrham Lincoln (1809 - 1965) - Emancipation Proclamation (12 Stat. 68 (1863) - Thirteenth Amendment (Framing) - Thirteenth Amendment (Judicial Interpretation) - Civil Rights Act of 1866 - Civil Rights Act of 1866 (Judicial Interpretation) - Fourteenth Amendment - Fifteenth Amendment (Framing and Ratification) - Fifteenth Amendment (Judicial Interpretation) - Voting Rights - Poll Tax - Literacy Test - Badges of Servitude - micedgenation - Peonage - Strauder v. West Virginia (100 U. S. 303 (1880); Virginia v. Rives 100 U.S. 313 (1880); Ex Parte Virginia and J. D. Coles 100 U. S. 339 (1880) - Civil Rights Act of 1875 (18 Stat. 335) - Compromise of 1877 - Civil Rights Cases - Yick Wov. Hopkins (118 U.S. 356 (1886) - Segregation - Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537 (1896) - John Marshall Harlan - Separate But Equal Doctrine -Discrete and Insular Minorities - Japanese American.⁹⁷

(97) BLACK, Charles L. Jr. "State Action" - Equal Protection, and California's Proposition. 14. Harvard Law Review, 81:69 - 109; GRAHAM, Howard J. *Everyman's Constitution*. Madison: State Historical Society of Wisconsin, 1968; TEN BROEK, Jacobus. *Equal under Law*. COLLIER BOOKS, New York, 1965; BELZ, Herman. *Emancipation and Equad Rights: Politics and Constitutionalism in the Civil War Era*, Norton, New York, 1978.

NOTAS ACERCA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL HONOR, ASI COMO SOBRE LA PROTECCION DE DICHO DERECHO FRENTE A POSIBLES ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

(Reflexiones a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español en las Sentencias 139 y 183/95)

Eloy Espinosa-Saldaña B.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Si hay un aspecto que progresivamente se ha ido convirtiendo en una constante dentro de la labor de los diferentes Tribunales Constitucionales Europeos (como en su momento también resultó un aspecto a resaltar dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica) es el de la especial relevancia de las que aquí llamaremos libertades informativas (nombre con el cual se suele hacer una referencia genérica que envuelve tanto a la libertad de expresión como al derecho a la información ¹ dentro de la

(1) En este momento es necesario aclarar que el hecho que hayamos escogido usar la expresión "libertades informativas" solamente debe en principio entenderse como una opción metodológica en principio ajena a la ya conocida polémica existente tanto en España como en otros países entre las posiciones monistas y las posturas dualistas.

Como es de conocimiento general, se denominan posiciones monistas a aquellas interpretaciones que consideran al derecho a la información como una derivación o aplicación de un derecho con un ámbito de acción más amplio, la libertad de expresión (la postura al parecer amparada por varios textos internacionales sobre la materia) o viceversa (posición acogida en el caso español por el profesor Desantes). Esta última perspectiva, la del monismo defendido por el profesor Desantes, a pesar de su dificultad de compatibilizar con el texto expreso de la Constitución Española —en

configuración de todo moderno Estado de Derecho. En el caso español incluso se ha llegado a decir, con evidente acierto, que las libertades informativas son un verdadero presupuesto no solamente del surgimiento de una opinión pública libre, sino de la existencia misma del Estado de Derecho ².

adelante CE- vendría según algunos autores siendo aquella a la cual va acercándose la más reciente jurisprudencia del TCE sobre el particular. Al respecto, ver lo expresado por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio *El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en: AAVV *El derecho a la información* (Cuadernos Lucas Mallada N° 1). Zaragoza, Pórtico, 1995, p. 57

Muy a despacho de estas atingencias, lo cierto es que en buena parte de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional Español ha optado claramente por asumir una postura dualista, en tanto y en cuanto reconoce en la libertad de expresión (artículo 20.1 a) CE) y el derecho a la información (artículo 20.1 d) CE) dos derechos distintos. Ello tiene significativa relevancia porque, en función a cuál de los dos derechos antes mencionados haya sido alegado el TCE reiteradamente ha señalado que se producen consecuentemente jurídicas distintas, existiendo además importantes diferencias en los términos en que se plantean las relaciones de estos derechos con otros bienes jurídicos protegidos o incluso, con otros derechos fundamentales, derechos entre los que nítidamente destacan el honor, la intimidad y la buena imagen. Una buena explicación sobre este tema la encontramos en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio op. cit., p. 58

(2) En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Español en su STC 62/1982, del 15 de octubre, cuando –citando a la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Handyside (sentencia del 7 de Diciembre de 1976)- señala que: “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática”. Es sin embargo la STC 6/1971, del 14 de Marzo de ese año (y sobre todo en su fundamento jurídico tercero), el pronunciamiento donde tal vez con mayor claridad el Tribunal Constitucional Español apuntala la especial relevancia que concede a las diferentes libertades informativas al señalar, con consideraciones que nos hacen recordar lo manifestado en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 15 de Enero de 1958 sobre la libertad de expresión, lo siguiente: “[...] El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”

Posteriormente, y en base a una, en nuestra opinión errónea aplicación de teorías como de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales o la de la posición preferente de unos derechos sobre otros, se llegó en el caso español a una interpretación que incluso va a dejar de lado un necesario ponderación entre derechos para en la práctica terminar siempre amparando las libertades informativas y no proporcionar la debida protección a derechos como el derecho al honor. Esta postura afortunadamente ya ha venido siendo dejada de lado en las más recientes sentencias del TCE sobre el particular. Un interesante análisis al respecto lo encontramos en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio *El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 58

Sin embargo, el reconocimiento de la innegable relevancia de estas libertades informativas no debe ser obstáculo para admitir cómo bajo la invocación de su ejercicio se pueden cometer -y de hecho, se han cometido- abusos, amén de afectar el ejercicio e intentar vaciar de contenido a otros importantes derechos fundamentales. El ejemplo clásico de la situación que estamos describiendo es el de hacer referencia a una supuesta colisión entre estas libertades informativas y algunos derechos como el honor, la intimidad o a la propia imagen. La consecuencia cotidianamente admitida en este caso es la de la tan difundida postura de considerar a los tres derechos que acabamos de mencionar como límites al ejercicio de las libertades informativas, posición que incluso encontraría sustento en importantes documentos destinados a la protección internacional de los Derechos Humanos ³.

(3) Como acertadamente anota Fernando Herrero-Tejedor, el primer texto destinado a la protección internacional de los Derechos Humanos en que se reconoce explícitamente el derecho al honor es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de Mayo de 1948, en cuyo artículo 5 se señala que:

“[...] Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”

Es este el mismo tenor acogido unos meses después en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de Diciembre de 1948, cuyo artículo 12 dice a saber lo siguiente:

“[...] *Nadie será objeto de interferencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques*” (el subrayado es nuestro)

Texto muy similar a éste es el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de Diciembre de 1966, por solamente citar uno de los ejemplos más relevantes al respecto. Ahora bien, ya es expresamente en disposiciones como la del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) cuando se incluye a la protección de la reputación como uno de los fundamentos considerados válidos para limitar el ejercicio de estas libertades ha sido un tema abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias ante casos como “Lingens” (del 8 de Julio de 1986), “Barford” (del 22 de Febrero de 1989), “Oberschlick contra Austria” (del 23 de Mayo de 1991), “Castells contra España” (del 23 de Abril de 1992), “Thorgeir Thorgeirson contra Islandia” (del 25 de Junio de 1992) y “Schuwbe contra Austria” (del 28 de Agosto de 1992). Por otro lado, este mismo polémico tema se plantea en el caso español a través de sentencias como la STC 51/1989, del 22 de Febrero. Un completo análisis de los antecedentes y contenido de estos fallos lo encontramos en FREIXES, Teresa *Libertades Informativas e Integración Europea*. Madrid, Colex, 1996, p.34-39 y 56-57

En este punto de nuestra exposición cabe sin embargo efectuar una pequeña atinencia, vinculada al aparente riesgo de un uso excesivo de esta teoría. Resulta a nuestro parecer importante insistir en la necesidad de proceder a dilucidar cuál es el contenido propio de los diferentes derechos en juego (en este caso, alguna de las libertades informativas y el derecho al honor) como requisito previo para determinar si ha habido invasión a la esfera de otro derecho. Esta postura de

En este punto de nuestra exposición, se hace también necesario agregar que la existencia de aquello que podríamos considerar una difícil relación entre las libertades informativas y derechos como el honor, la intimidad o la buena imagen, adquiere un matiz de significativa relevancia en el caso del derecho al honor, derecho cuyo contenido y alcance -sobre todo en estos últimos años- ha sufrido radicales transformaciones. Dichos cambios indudablemente tendrán repercusiones de gran importancia si se está tratando de dar solución a aquellos complejos supuestos (o casos límite) en los cuales no resulta claro si nos encontramos frente a un comportamiento abusivo que intenta respaldarse en el ejercicio de las libertades informativas, o si más bien nos hallamos ante una indebida invocación al derecho al honor como pretexto para justificar verdaderos recortes o intromisiones en el contenido y alcances de la libertad de expresión o el derecho de la información.

En este sentido, justo es señalar cómo pocos temas han ido tan trabajados por la doctrina constitucional española ⁴ como el de la relación entre las libertades

aproximación a lo que en doctrina se conoce como la teoría de los límites internos y del contenido propio de los derechos (doctrina defendida entre otros por Ignacio de Otto y Remedio Sánchez Ferriz) parece ir siendo progresivamente acogida por el Tribunal Constitucional Español, a tenor de lo expresado, por solamente citar un par de ejemplos, en sus SSTC 15/93 (especialmente FJ 2º) y 336/93 (sobre todo, FJ 4º). Las referencias hechas a Fernando Herrero-Tejedor las hemos extraído de HERRERO-TEJEDOR, Fernando *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, Colex, 2a. edición, 1994, p. 46 y ss.

(4) Este es el tema al cual están principalmente dedicados, entre otros, trabajos como los de AGUILERA FERNANDEZ, Antonio *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*. Granada, Comares, 1990; O'CALLAGHAN, Xavier *Libertad de Expresión y sus límites; honor intimidad e imagen*. Madrid, Edersa, 1991; JAÉN VALLEJO, Manuel *Libertad de Expresión y delitos contra el honor*. Madrid, Colex, 1992; PLAZA PENADES, Javier *El Derecho al honor y la libertad de expresión*. Valencia, Tirant lo Blanch (Colección Privada), 1996; ROMERO COLOMA, Aurelia Ma. *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*. Barcelona, Serlipost, 1991; SORIA, Carlos *Derecho a la información y derecho a la honra*. Barcelona, A.T.E., 1981; y un largo etcétera.

Por otro lado, una interesante recopilación jurisprudencial sobre el particular la encontramos en SARAZA JIMENA, Rafael *Libertad de Expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Pamplona, Aranzadi, 1995; así como en el trabajo de RUBIO LLORENTE, Francisco y otros *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*. Barcelona, Ariel Derecho, 1995 [ver especialmente la parte dedicada a los criterios de ponderación que deberá usar el juez ante el ejercicio de las libertades de expresión (e información) frente a derechos como honor, intimidad y buena imagen]. Finalmente, son muchos y muy interesantes los aportes hechos al respecto en libros y artículos que abordan esta materia

informativas y el derecho al honor. La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (TCE) al respecto es también una buena prueba de la gran importancia dada a esta materia. Ahora bien, resulta muy significativo anotar también que la postura asumida por el Tribunal Constitucional Español sobre el particular ha ido sufriendo importantes transformaciones. Así pues, siguiendo la ilustrativa periodificación propuesta por la más calificada doctrina constitucional al respecto ⁵, podemos encontrar varias etapas dentro de la forma en la cual el TCE concibe cómo debe articularse la relación entre las libertades informativas y el derecho al honor, las cuales en principio serían las siguientes:

En primer lugar, se habría producido un momento inicial en el cual si bien se señalaba que tanto el honor como las libertades informativas son derechos fundamentales, en los hechos parecía bastar la acreditación de una vulneración del derecho al honor para dejar fuera de juego a las libertades informativas. Es en esta etapa de la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español, la de la llamada fase del régimen de exclusión ⁶, basada en una lectura más bien literal del artículo 20.4 de la Constitución Española de 1978 (CE), que se emiten pronunciamientos como los recogidos en los autos (AATC) 413/93 y 414/83, ambos del 22 de Septiembre; la Sentencia (STC) 120/83, del 15 de Diciembre; e incluso el ATC 480/86, del 4 de Junio de ese mismo año.

como tema vinculado a aquel asumido como central dentro de su publicación. En este sentido, y sin ánimo de efectuar una relación demasiado exhaustiva al respecto, son interesantes e importantes los alcances hechos por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio Op. Cit., sobre todo p.59 y ss.; HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit.; BALAGUER CALLEJON, María Luisa *El Derecho Fundamental al honor*. Madrid, Tecnos, 1992; LOPEZ GUERRA, Luis *La libertad de información y el derecho al honor*. en: *Poder Judicial*, número especial VI. Madrid, 1989, p. 286; o CREMADES, Javier *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, *La Ley Actualidad*, 1995. El interés y la dedicación puesto por la doctrina constitucional española en este tema resulta pues un dato con una validez incuestionable.

(5) La periodificación que aquí desarrollamos es, en líneas generales, la planteada por HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. cit. p. 111 y ss., con criterios que en buena medida han sido acogidos por muchos autores, entre los cuales podemos destacar a O'CALLAGHAN, Xavier Op. Cit., p. 15; o BALAGUER, María Luisa Op. cit., p. 158-159. Sin embargo, y por cuestiones suponemos que vinculadas a las fechas en las cuales concluyeron la redacción de estos trabajos, poco o nada dicen acerca de lo que aquí nos hemos permitido incluir como la última etapa de este proceso. En este punto resulta de gran utilidad revisar los comentarios hechos por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio Op. Cit, p. 6 y ss.

(6) Es en este sentido que se expresa HERRERO-TEJEDOR, Fernando, Op. Cit, p. 112-115 y O'CALLAGHAN, Xavier, Op. Cit. En ambos casos se incluye también una interesante referencia a varios pronunciamientos hechos en este mismo sentido por diferentes instancias de la judicatura ordinaria.

Esa postura jurisprudencial deja posteriormente paso a una nueva perspectiva sobre el particular, cuyo punto de partida está en el interesante caso Soria Semanal (STC 104/86, del 17 de Julio) ⁷. En esta sentencia, y sobre todo en su fundamento jurídico quinto, se aclara que el derecho al honor no solamente es un límite a las libertades informativas, sino que en sí mismo es un derecho fundamental. Por ende, en un caso donde el ejercicio de las libertades informativas pudiese perjudicar al derecho al honor, nos encontraríamos más bien ante un conflicto de derechos de igual rango, y frente al cual se hará necesaria una ponderación de cada situación en específico ⁸. Eso sí, se hace indispensable anotar aquí como en principio la ponderación a cargo del TCE es subsidiaria a la de la judicatura ordinaria: si es que los jueces ordinarios hubiesen efectuado dicha ponderación, al Tribunal Constitucional, de acuerdo con la lectura que en aquel momento se hacía de los artículos 117.3 CE y 44.1 b) LOTC, únicamente le quedaba respetar dicha ponderación.

Ahora bien, pronto esa etapa de la necesaria ponderación iniciada por la STC 104/86, fue dejada de lado por lo que se dió en llamar la fase del régimen de concurrencia normativa ⁹, en la cual, efectuándose una discutible importación de la teoría norteamericana de la *preferred position* (posición privilegiada) de las libertades informativas, va en la práctica a llevar a que en todos los casos de

(7) Al respecto, recomendamos revisar, HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p.- 116-118; JAÉN VALLEJO, Manuel Op. Cit., p. 88 y ss.; o BALAGUER, María Luisa – Op. Cit., p. 158. Para un análisis específico de la STC 104/1986 resulta de gran utilidad el trabajo de MUÑOZ MACHADO, Santiago *Acerca del caso Soria Semanal*. En: *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona, Ariel, 1988 (especialmente la p. 174).

(8) En este caso la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica es a todas luces indisimulable. La impronta del caso alemán, en donde su Ley Fundamental contiene una disposición muy similar al artículo 20.4 CE, se hace evidente en la especial relevancia que aquí se concede a las libertades informativas, constante en la jurisprudencia de este importante Tribunal desde la dación de la famosa (y ya citada en este trabajo) sentencia emitida para el caso “Luth”, sentencia del 15 de Enero de 1958. El aporte norteamericano se hace patente con una aplicación en este asunto en particular de la técnica del “balancing”, técnica frecuentemente utilizada por la judicatura de dicho país. Coinciden con esta nuestra apreciación en lo referente al caso alemán, JAÉN VALLEJO, Manuel *El desarrollo de la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. en: Boletín del ICAM, N° 4/87, p. 10; en lo vinculado con el aporte norteamericano, MUÑOZ MACHADO, Santiago Op. Cit., p. 148; y en ambos casos, HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p. 188

(9) Ver lo expuesto en este sentido por BALAGUER, María Luisa Op. Cit., p. 159; HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p. 188 y ss.; y O’CALLAGHAN, Xavier – Op. Cit. p. 15

posible conflicto de derechos prime la aplicación de estas libertades informativas (representantes de un interés público que en principio beneficia a toda la comunicación) frente a derechos como el honor (protector únicamente de intereses con un carácter más bien individual) ¹⁰. Este es el criterio que se apuntaba a partir de la STC 159/86 (ver especialmente su fundamento jurídico sexto), criterio seguido en otros fallos como las SSTC 107/88 ó 20/90, por solamente citar unos ejemplos. La ponderación antes exigida realmente se ha visto reducida a la comprobación de si las libertades informativas han sido ejercidas dentro del ámbito constitucional. La relevancia del derecho al honor pasa en estos casos a un discreto segundo plano.

Sin embargo, progresivamente se ha hecho patente la insuficiencia de estos requerimientos de ponderación para resolver controversias como las aquí reseñadas. Por otro lado, también comenzó a detectarse la insuficiencia de aquellas posturas que *a priori* optaban por la prevalencia de un derecho (o un conjunto de derechos) sobre otro (s), posiciones mediante las cuales muchas veces terminaba avalándose una paulatina desvalorización de importantes derechos fundamentales ¹¹.

Y es que lo más grave de todo era apreciar como en muchas ocasiones se perdía la verdadera perspectiva de las cosas, pues aunque el TCE invocaba la realización de una ponderación o la aplicación de ciertos criterios interpretativos para hacer frente a un conflicto de derechos cuando en realidad no existían dichas controversias, en los hechos frecuentemente estábamos más bien ante la alegación de un derecho que no se tenía o frente al abusivo desarrollo de ese

(10) Ahora bien, la importación de esta doctrina de la preferred position a ordenamientos jurídicos como el español ha merecido también muchas y muy merecidas críticas, entre las cuales merece destacarse las de FREIXES, Teresa *Constitución y Derechos Fundamentales*. Barcelona, PPU, 1992, p. 109; y SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio Op. Cit., p. 66-67

(11) Una significativa y oportuna llamada de atención fue en este sentido la formulada por el magistrado Díaz Eimil en su voto particular a la STC 121/1989. En aquella ocasión el magistrado antes mencionado hace notar como si bien se señala que existe y se efectúa una ponderación en estos casos, en los hechos únicamente se viene amparando a las libertades informativas y restándole relevancia al derecho al honor, a pesar de que es tan derecho fundamental como puede serlo la libertad de expresión o el derecho a la información.

Se inicia entonces lentamente un proceso de clarificación conceptual que finalmente llevará a que hoy el TCE muestre una mayor preocupación por efectuar una previa delimitación de los derechos supuestamente implicados, tema que luego volveremos a abordar con mayor detalle. Un completo análisis sobre el particular lo encontramos en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio Op. Cit. p. 60 y ss.

derecho, sobrepasándose abiertamente al ámbito constitucional previsto para estos casos. Ante este estado de cosas, afortunadamente se ha podido ir apreciando una paulatina matización en la referencia al valor o posición preferente de las libertades informativas y una mayor preocupación por efectuar una previa y necesaria delimitación de los derechos supuestamente implicados, pasando así a lo que en nuestra modesta opinión es una muy conveniente aproximación a la teoría de los límites internos y del contenido propio de los derechos ¹². Para mayor abundamiento, anotamos aquí como algunos de los pronunciamientos del TCE que parecen ir en esa misma línea de pensamiento a las SSTC 15/93 (FJ 2º) o 336/93 (FJ 4º). Inciden en esta perspectiva incluso con mayor claridad los AATC 109/1995 y 268/1996 y las SSTC 170/1994 y 42/1995.

Son justamente dos de los importantes temas que aquí hemos intentado reseñar: el de los cambios en la comprensión de los alcances del derecho al honor (con una especial mención de uno de los elementos centrales de este como de cualquier otro derecho, el de la titularidad del mismo), así como el de las modificaciones surgidas en la forma de comprender la siempre compleja relación entre las libertades informativas y el derecho al honor, los temas centrales abordados en las SSTC 139 y 183/1995, temas cuyos alcances y repercusiones pasaremos a comentar. Es por ello que en primer lugar intentaremos explicar brevemente la evolución doctrinaria y jurisprudencial existente en el tema del derecho al honor (y muy especialmente en lo referente a la titularidad de este derecho), entendiendo que nuestras referencias al otro importante aspecto también abordado en las dos sentencias que empezaremos a analizar (el de la relación libertades informativas-derecho al honor) podrán en líneas generales ser más fácilmente seguidas luego de la explicación que acabamos de efectuar sobre el particular en este mismo apartado del presente texto. Ojalá entonces nuestros comentarios al respecto estén a la altura del difícil objetivo que nos hemos propuesto alcanzar.

(12) El planteamiento de Ignacio de Otto al respecto, también asumido en el caso alemán por autores tan importantes como Peter Haberle, está recogido en MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid, Cívitas, 1988, especialmente p. 137 a 146. Por otro lado, una opinión favorable a la aplicación de esta doctrina en el caso español la encontramos en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio Op. Cit., p. 67. Finalmente, otro análisis interesante al respecto, el cual también parte de la determinación de los límites internos de cada uno de los derechos supuestamente en juego la encontramos en VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal, Parte Especial* (vol. I), trabajo dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, p. 673 y ss.

II. NOTAS SOBRE LA EVOLUCION DE UN DERECHO ACTUALMENTE SOMETIDO A SIGNIFICATIVAS TRANSFORMACIONES: EL DERECHO AL HONOR

Un derecho con un contenido cambiante.

La primera anotación que podemos efectuar sobre el derecho al honor seguramente estará relacionada con las evidentes dificultades existentes para dar un concepto jurídico preciso y exacto de dicho derecho¹³. Es más, resulta evidente como incluso las aproximaciones más bien generales que puedan efectuarse sobre el particular han estado fuertemente marcadas por las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico específico. En este sentido, es oportuno apuntar cómo en la antigüedad y hasta el siglo XIX no existía un criterio uniforme y referido a todas las personas sobre lo que debía entenderse por honor, sino diferentes comprensiones de este concepto, comprensiones representativas de diversas clases de prestigio personal y social. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, el honor podía perderse (o eventualmente ganarse) en función con el grupo social con el cual se tenía contacto o se lograba pertenecer, asumiéndose la existencia de sectores de la población a los cuales se les consideraba sin ningún honor que defender¹⁴.

Afortunadamente de manera progresiva va abandonándose la idea del honor como un concepto que es patrimonio de una o algunas clases sociales, para así ir asumiéndose como válida una noción con alcance general aplicable a todas las diferentes culturas y clases sociales. Todo ello dentro de un proceso que algunos denominan de “democratización”, y otros de “objetivización”, “socialización” o “generalización” de este derecho¹⁵. El concepto de honor

(13) Afirmación con la cual en España no solamente coinciden autores como O'CALLAGHAN, Xavier, Op. Cit., p. 38 o BAJO FERNÁNDEZ *Protección del honor y de la intimidad*. en. *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1982, Tomo I, P. 124, sino el mismo Tribunal Constitucional Español, el cual, tal como veremos más adelante, ha tenido que señalar en uno de sus fallos el carácter “hábil, fluido y cambiante” del contenido de este derecho (ver al respecto al STC 223/1992)

(14) En este mismo sentido opina LÓPEZ DÍAZ, Elvira, Op. Cit. p. 43. Un clásico ejemplo de un sector social considerado carente de todo honor dentro de esta concepción era el de las prostitutas, a las cuales no se les reconocía el derecho a esgrimir ninguna pretensión sobre el particular.

(15) En este sentido son interesantes los alcances que al respecto hacen, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Libertad de expresión y derecho al honor*. criterios

hoy pues nada tiene que ver con los postulados de corte aristocrático que antes lo impregnaban, lo cual, entre otras cosas, ha motivado un necesario redimensionamiento de las pautas normativas y criterios jurisprudenciales a seguir al respecto ¹⁶.

Dentro del proceso de democratización que aquí hemos empezado a reseñar, adquieren especial importancia los aportes de la doctrina alemana de inicios de este siglo, con la sucesiva formulación de conceptos como los de honor fáctico, honor subjetivo u honor objetivo ¹⁷. Actualmente nadie discute en Europa el encontrarse en este caso frente a un derecho con dos dimensiones: una subjetiva, asociada a la valoración de que cada persona hace de sí misma al sentimiento de nuestra propia y personal dignidad (el elemento de la inmanencia, siguiendo los términos usados por la sentencia del Tribunal Supremo Español

jurisprudenciales para la resolución de conflictos. en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría.* Madrid, Cívitas, p. 893; ESTRADA ALONSO, Eduardo – *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de Mayo.* Madrid, Cívitas, 1988, especialmente p. 35; BALAGUER CALLEJÓN, Ma. Luisa Op. Cit., p. 129 y 190; y LÓPEZ DÍAZ, Elvira Op. Cit., p. 44-45.

(16) Ahora bien, esta modificación ha sido paulatina. Inicialmente se hacía una comprensión del derecho al honor como un derecho patrimonial incluido dentro de los derechos de la personalidad. Posteriormente, y de la mano del desarrollo de los llamados derechos de la personalidad en forma autónoma al derecho a la propiedad privada (o dicho de otra forma, cuando el reconocimiento de derechos para toda persona deja de estar condicionado al hecho de que éste sea o no propietario de algunos bienes), va consolidándose un proceso de inclusión del derecho al honor. Tanto en los textos de protección internacional de Derechos Humanos como en las diferentes cartas constitucionales y legislaciones de prácticamente todos los países. Una buena explicación de este proceso, con especial énfasis en el caso español, la encontramos en BALAGUER CALLEJON, María Luisa Op. Cit., p. 107 y ss. (especialmente p. 108)

(17) Y es que ya desde inicios del presente siglo, importantes sectores de la doctrina alemana hacían mención al llamado honor fáctico, concepto en el cual se privilegiaba a la reputación o valoración social de las diferentes cualidades atribuidas a una persona, el llamado honor objetivo. El honor subjetivo, o la valoración que uno mismo tiene sobre esas mismas cualidades era visto como una derivación de este honor objetivo. Ahora bien, sobre todo a partir de la década de los cincuenta, con la consagración de los llamados “concepto normativo” o “concepto normativo-fáctico” del honor (concepción en la cual se sintetiza los denominados “honor subjetivo” y “honor objetivo”), se pasa a una postura en la cual se considera al honor como una parte de la dignidad de la persona, en la que se consideran comprendidos valores éticos y sociales. Una buena explicación de este proceso la encontramos en AGUILERA FERNANDEZ, Antonio – Op. Cit., p. 45. Anotaciones interesantes al respecto las encontramos también en ROMERO COLOMA, Aurelia Ma. – Op. Cit., p. 18; y desde una perspectiva más bien crítica, en ESTRADA ALONSO, Eduardo - Op. Cit., p. 25 y ss.

(STS) del 23 de Marzo de 1987]; y otra objetiva, vinculada más bien a la consideración ajena sobre nuestras diferentes cualidades, al reconocimiento de nuestra dignidad por los demás [el elemento de la trascendencia o exterioridad, de acuerdo con la ya mencionada STS del 23 de Marzo de 1987). El fundamento de estas dos dimensiones, y por ende, de todo este derecho, sería el de la dignidad de la persona, tal como lo han reconocido buena parte de los más destacados constitucionalistas europeos y alguna jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de dichos países ¹⁸.

La evolución de este tema en España no ha estado entonces muy lejos de las pautas generales aquí señaladas. Y es que ya a través de su STS del 6 de Diciembre de 1912, frente a la existencia de una falsa noticia propagada por un medio de comunicación social (caso María Josefa M. contra “El Liberal”), el Tribunal Supremo Español reconoce la necesidad de proteger el derecho al honor mediante la aplicación del artículo 1902 del entonces Código Civil vigente. Ahora bien, ese reconocimiento del honor encuadra a ese derecho como uno de carácter patrimonial comprendido dentro de la órbita de los derechos a la personalidad, comprensión que se mantendrá hasta que se consolide un desarrollo autónomo de los derechos de la personalidad al del derecho a la propiedad privada. Sin embargo, es justo admitir cómo no es recién sino hasta la aprobación de la Constitución Española de 1978 que el honor será reconocido como un derecho fundamental (hasta ese entonces, el honor era visto como un derecho civil -postura con fuertes resabios de la posición patrimonialista antes

(18) En el caso español a nivel doctrinario recomendamos ver, por ejemplo FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco *El Sistema Constitucional Español*. Madrid., Dykinson, 1992, p. 127 y ss.; CARRILLO, Marc *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*. Barcelona, PPU, 1987, pp. 34 y 35; LÓPEZ DÍAZ, Elvira Op. Cit., p. 27; SÁNCHEZ AGESTA, Luis - *Sistema político de la Constitución Española*. Madrid Nacional, 1981, p. 106; ROMERO COLOMA, Aurelia Ma. Op. Cit., p. 9; o BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *Honor y libertad de expresión*. Madrid, Tecnos, 1987, p. 50. En el ámbito jurisprudencial, resulta muy interesante revisar entre otras a la STC 214/1992, del 11 de noviembre, y muy especialmente a lo expresado en su fundamento jurídico primero.

Cabe asimismo aclarar que en el caso peruano el Séptimo inciso del artículo Segundo de la Constitución de 1993 proporciona el rango de derechos fundamentales aparentemente independientes entre sí al honor (entendiéndose como honor a lo que en estricto apela solamente a la dimensión subjetiva del mismo) y a la buena reputación (la dimensión objetiva del honor en el Derecho Comparado). Ello tendrá particular relevancia en nuestro trabajo, pues la aplicación de lo aquí afirmado al caso peruano solamente sería invocable a este concepto de buena reputación y no al estricto concepto de honor que parece manejarse en nuestro actual Texto Constitucional.

mencionada- o como un elemento a proteger ante la comisión de situaciones en ese momento consideradas como ilícitos penales). Actualmente, y a pesar de las dificultades existentes para elaborar un concepto definitivo sobre el particular, son pacíficamente aceptados como propios del derecho al honor buena parte de los elementos ya aquí mencionados, tema que abordaremos con mayor detalle cuando analicemos la jurisprudencia emitida por el TCE al respecto ¹⁹.

El complejo problema de la titularidad del derecho al honor y las diversas posturas asumidas en el Derecho Comparado y en la doctrina jurídica española al respecto

Llegados a este punto de nuestra exposición resulta oportuno resaltar como no ha sido el aspecto del contenido el único que ha sufrido significativos cambios. Ello también lo constatamos en lo referente a quien o a quienes se les reconoce legitimados para ejercer este derecho. Esta determinación se encuentra muy lejos de ser una cuestión baladí, pues una comprensión más bien restrictiva de la titularidad de dicho derecho privaría a algunos colectivos o a cualquier persona jurídica de la posibilidad de intentar defender su honor cuando consideren que se les ha perjudicado en el ejercicio de este derecho, pretensión para la cual, en principio, no estarían legitimados. Por otro lado, un lógico desarrollo de la posición doctrinaria a la cual acabamos de hacer referencia únicamente nos permitiría en el caso de las personas jurídicas invocar la defensa de un prestigio o un buen nombre, valores que a pesar de su relevancia intrínseca aparecen sin duda con una significación bastante disminuida si se encuentran en una situación de aparente conflicto o colisión con un reclamado ejercicio del derecho fundamental a la información o la libertad de expresión.

Estamos entonces ante un tema que se inscribe dentro de un largo proceso sobre cómo se concibe la titularidad y la misma naturaleza de los Derechos Fundamentales. Y es que en un primer momento del proceso de positivación de los derechos, únicamente se reconocen como tales a aquellos que tienen un marcado corte individual, clara manifestación del pensamiento del constitucionalismo liberal vigente en aquel entonces. Incluso algunos derechos a los cuales hoy se les otorga una comprensión más amplia recibían un tratamiento indisimulablemente impregnado de una visión individualista de los

(19) Ver al respecto lo señalado en el segundo párrafo del fundamento jurídico quinto de la STC 139/1995, buena demostración de la veracidad de la aseveración que acabamos de efectuar.

mismos (así lo demuestran, por ejemplo, lo prescrito en las Constituciones Francesas de 1791 y 1795) ²⁰.

Esta especial comprensión sobre la titularidad de los derechos continuó siendo la dominante a lo largo de todo el siglo XIX y buena parte del XX, muy a pesar de los importantes efectos ocasionados por la democratización del Estado Liberal y el paso al Estado de Derecho primero (recordemos como incluso Jellinek, gran promotor del reconocimiento de los derechos como derechos públicos subjetivos, solamente parece admitir como derechos en estricto sentido jurídico a aquellos de carácter individual y político recogidos por el ordenamiento normativo de cada país)²¹ y al actual Estado Social y Democrático de Derecho después. En un escenario como este, difícilmente puede entonces concebirse una titularidad no individual de los derechos, y menos en el caso de los hasta hoy habitualmente denominados “derechos de la personalidad”.

Poco a poco esta situación comenzó a cambiar, pues de la mano con la nueva estructura y función reconocida a los derechos en el constitucionalismo contemporáneo ²² progresivamente va entendiéndose la conveniencia de dar a las personas jurídicas (instancias creadas por los diferentes individuos para la mejor protección de sus intereses) un rol más significativo frente al importante reto de preservar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Comienza entonces a admitirse la posibilidad de que las diversas personas jurídicas sean titulares de aquellos derechos fundamentales necesarios para alcanzar un cabal cumplimiento de los fines que motivaron la constitución de dichas entidades.

Es en este sentido que comienzan incluso a aparecer disposiciones constitucionales como la del artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, norma mediante la cual se reconoce que los derechos fundamentales en Alemania rigen para las personas jurídicas de aquel país en tanto y en cuanto, por su naturaleza, dichos derechos les resulten aplicables. En otros países, la opción constitucionalmente asumida ha sido la de reconocer un amplio catálogo

(20) A una reflexión similar sobre el particular es a la que llega FREIXES, Teresa *Constitución y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p. 14 y ss.

(21) Sobre Jellinek es recomendable consultar su “Teoría General del Estado”. Asimismo, es de gran utilidad la revisión del trabajo de DE LOS RÍOS, Fernando “La doctrina de Jellinek”, trabajo publicado como prólogo a la Traducción de *Allgemeine Staatlehre* y reproducido en *Estudios Jurídicos*. Buenos Aires, Ejea, 1959. Un punto de vista coincidente con la opinión que vertimos sobre el particular lo encontramos en FREIXES, Teresa – *Constitución y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p. 40

(22) Al respecto, recomendamos la lectura de lo expuesto en este tema por FREIXES, Teresa – *Constitución y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p. 85 y ss.

de derechos cuya titularidad se ha adjudicado a “toda persona”, sin hacer distinciones si estamos frente a personas naturales o personas jurídicas²³. En estos casos, será la propia naturaleza de los derechos en juego la que defina la mayor o menor extensión del número de sujetos legitimados para su ejercicio.

Sin embargo, es justo reconocer que todavía hay muchos países en los cuales priman actitudes reacias a reconocer que las personas jurídicas puedan ser titulares de derechos fundamentales, y muy especialmente de derechos como el honor, derecho al cual tradicionalmente se le había venido dando una connotación bastante individualista. Respetuosos de consideraciones diferentes a las nuestras, nos permitimos discrepar con quienes asumen estos criterios, pues parecen desconocer que para un cabal cumplimiento de sus fines, las personas jurídicas requieren contar con una buena consideración propia y ajena. Tienen entonces, en líneas generales, un honor (o por lo menos una buena reputación) que preservar; y es bueno que ello sea así, pues colabora al fortalecimiento de un clima social en el cual existe una mayor preocupación por la plena vigencia de los derechos fundamentales en una comunidad determinada.

Ahora bien, el tener una opinión bastante definida en esta materia no nos impide apreciar como nos encontramos pues ante un tema que sigue generando importantes controversias. Lo ocurrido en el caso español vuelve a resultar entonces un buen ejemplo de las dificultades existentes para abordar este asunto, y sobre todo, para encontrar posiciones consensualmente asumidas como válidas al respecto.

Y es que, en primer lugar, la Constitución Española (CE) no solamente no tiene una disposición similar al ya mencionado artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, sino que además configura varios de sus derechos únicamente para ser ejercidos en forma individual, pareciendo abogar por una comprensión de la titularidad de algunos otros en esa misma dirección. Sin embargo, es oportuno también anotar como la misma CE tiene expresamente previsto el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones²⁴. Con todo, un balance de lo plasmado en la normatividad Española sobre el particular nos lleva a considerar lo allí previsto como insuficiente

(23) Esta es la línea asumida por el texto constitucional peruano de 1993, el cual, copiando la técnica establecida por su antecesora, la Constitución de 1979, recoge en su artículo segundo una larga lista de derechos frente a los cuales en principio no se establece ninguna limitación para que las personas jurídicas pudiesen ser titulares de los mismos.

(24) Así, por solamente citar un par de ejemplos, el artículo 27 CE reconoce la libertad de educación a los centros docentes, públicos o privados; y el artículo 28.1 CE la posibilidad de que los sindicatos formen confederaciones.

e incompleto, resultando en este punto vital el aporte jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español para despejar cualquier duda al respecto. En esta línea, por ejemplo, tiene capital importancia lo recogido en la STC 23/1989, sentencia en la cual explícitamente se le ha reconocido la titularidad del artículo 14 CE (referido al derecho a la igualdad) a las personas jurídicas de nacionalidad Española. También es digna de resaltar la STC 52/1995, posteriormente citada como sustento de la construcción por la cual el TCE finalmente reconocerá la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas. En este caso el Alto Tribunal reconoce a la empresa Amalka S.A., empresa dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a la libertad de expresión, derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1 a) CE. La labor efectuada por el TCE al respecto ha resultado en este y otros muchísimos casos vital para consolidar una cada vez más generalizada percepción de admisibilidad de la titularidad de las personas jurídicas en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

Ello sin embargo no ha resultado tan sencillo en el caso del derecho al honor. El principal reparo existente al respecto ha sido el encuadramiento de este derecho dentro de los “derechos de la personalidad”, derechos considerados como esencial y exclusivamente vinculados a las personas físicas. Este ha sido un aspecto tradicionalmente anotado por importantes sectores doctrinarios²⁵, pero que también ha encontrado numerosos detractores²⁶. Concedores entonces de la existencia de tan relevante discusión doctrinaria, consideramos en este punto de nuestro análisis vital el reseñar cuál ha sido la postura asumida primero por la judicatura ordinaria española y luego por el TCE al respecto, tema en el cual centraremos nuestra atención de inmediato.

(25) Esta es la concepción asumida, por PLAZA PENADÉS, Javier *El Derechos al honor y la libertad de expresión*. Op. Cit., p. 61; LÓPEZ DÍAZ, Elvira Op. Cit., p. 77; BALAGUER, María Luisa Op. Cit., p. 144; O'CALLAGHAN, Xavier Op. Cit., p. 70 y ss, entre otros. Por otro lado, parecen acoger como propia la postura personalista asumida por el Tribunal Constitucional Español en sus SSTC 107/88 y 5/8 (tema acerca del cual hablaremos posteriormente con mayor detalle) autores como AGUILERA, Antonio Op. Cit., p. 47.

(26) Es más, de acuerdo con lo regido por LÓPEZ DÍAZ, Elvira Op. Cit., era esta la perspectiva doctrinaria y jurisprudencialmente dominante en España sobre el particular hasta la dación de la Constitución de 1978. En esa misma línea han estado posiciones cronológicamente más recientes como las de HERRERO TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p.283-284; BELLO LANDROVE, F. *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*. En: *R.G.L.J.*, mayo 1996, p. 730; SALVADOR CODERECHE, Pablo En: SALVADOR CODERECHE, Pablo y otros “¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo. Madrid, 1987, p. 40: o LÓPEZ JACOISTE, J.J. “Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil”. en: *Homenaje a J.B. Válet de Goytisolo*. Madrid, 1989, vol. IV, p. 580; por solamente citar a algunos autores defensores de esta postura.

La postura asumida por la judicatura ordinaria española en el tema de la titularidad del derecho al honor.

En pocos temas como en éste se han notado tantas y tan radicales modificaciones a nivel jurisprudencial en España. Conocida es, por ejemplo, la existencia de pronunciamientos del Tribunal Supremo Español tendientes a reconocer la existencia de un “honor comercial” en las personas jurídicas, honor que de sufrir algún menoscabo daba la posibilidad de recibir algún tipo de indemnización. Así lo demuestran sentencias como las del 31 de Marzo de 1930 y del 25 de Junio de 1949(27), sentencias que perfilan una tendencia que va a mantenerse dentro de ese Supremo Tribunal incluso hasta después de la publicación y puesta en vigencia de la Constitución Española de 1978, tal como lo acreditan resoluciones como el ATS del 2 de Mayo de 1980 ²⁸.

Es recién luego de la promulgación de leyes como la LO 1/1982 (Ley Orgánica para la protección del Honor, la intimidad o la buena imagen), unida al influjo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español en este tipo de temas (materia que analizaremos posteriormente), que el Tribunal Supremo de dicho país va a asumir una postura bastante variable al respecto, con sentencias de sentido contradictorio entre sí, como pueden ser por un lado, las SSTS del 28 de Abril de 1989 y del 15 de Abril de 1992 (fallos favorables a admitir la titularidad del derecho al honor a favor de las personas jurídicas) frente a lo prescrito en sentencias como las que conviene destacar a las SSTS del 6 de Junio de 1992 y del 26 de Marzo de 1993 (sentencias en las cuales se descartaba dicha

(27) Interesantes referencias a estas sentencias (sobre todo de la de 1930, pues en líneas generales el fallo de 1949 se limita a reproducir los principales argumentos ya expresados en lo resuelto diecinueve años antes) las encontramos, entre otros textos, en los trabajos de PLAZA PENADÉS, Javier *El Derecho al honor y la libertad de expresión*. Valencia, Tirant lo Blanch (Colección Privada), 1996, p. 62-63; DE COSSIO, Manuel *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*. Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 1993, p. 81-82; o HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p. 277 (donde además menciona otros fallos en este mismo sentido, como el del 4 de Junio de 1962).

(28) En este auto la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español no solamente le reconoce la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas privadas (sin efectuar mayor distinción entre ellas), sino también a las “instituciones, clases del Estado u organismos públicos o privados”. A todas ellas el TS les hace extensivo el tratamiento que considera aplicable a las personas jurídicas en esta materia, y todo ello en consonancia -según entendían los magistrados que respondieron esta resolución - con lo previsto en el texto de la CE. Un completo análisis crítico de este auto lo encontramos en DE COSSIO, Manuel Op. Cit., p. 82-84

posibilidad)²⁹.

Ante la disparidad de criterios doctrinarios al respecto, elemento fundamental para comprender esta situación es indudablemente el de la paulatina evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español al respecto, materia que a continuación empezaremos a abordar.

III. LA POSTURA ASUMIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN LA POLÉMICA SOBRE SI LAS PERSONAS JURÍDICAS PUEDEN O NO SER TITULARES DEL DERECHO AL HONOR

Ya desde sus primeros pronunciamientos se hacen evidentes las dificultades del TCE para dar soluciones a problemas como el del contenido y la titularidad del derecho al honor.

En lo referente al contenido de este derecho, pronto se aprecia una preocupación de alejar al honor de todas las connotaciones elitistas y aristocráticas que pudo haber tenido en otro tiempo. Ahora bien, ello es condición necesaria más no suficiente para despejar todas las incógnitas existentes al respecto. Es por ello que el TCE va progresivamente asumiendo una labor aclaratoria sobre el particular, la cual incide, por un lado, en anotar la existencia de una serie de situaciones que por sí mismas no afectan al honor, tarea que incluso no ha abandonado en algunos pronunciamientos suyos bastante más recientes³⁰; y por otro, en el que a pesar de reconocer que si bien estamos

(29) Un tratamiento más detallado de este tema lo encontramos, por ejemplo, en FELIU REY, M.I. *¿Tienen honor las personas jurídicas?*. Madrid, Colección de Jurisprudencia Práctica Tecnos, 1990, p. 23 y ss., así como en PLAZA PENADES, Javier Op. Cit., p. 63, por solamente citar dos casos. Por otro lado, cabe anotar que de la lectura de la LO (Ley Orgánica) 1/1982 parece desprenderse una visión individualista del derecho al honor, pero también se hace necesario añadir como al no efectuarse una mención expresa descalificando la posible titularidad de este derecho por las personas jurídicas, existen autores que apuntan la inexistencia de inconvenientes para la aplicación de la LO 1/82 a las personas jurídicas en lo que fuese compatible con su naturaleza. Coincide con esta nuestra opinión, entre otros, HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p. 277

(30) En este sentido están, por ejemplo, el ATC 46/80, en el cual se aclara que no es lesivo al honor la depuración del ejército por razones políticas; el ATC 12/81, el cual llega a la misma conclusión en lo referente a la prisión provisional; la STC 50/83, donde se afirma que: “[...] ni la Constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”; o la STC 16/81, en el que se descarta un carácter lesivo del honor en todo aquello que sea consecuencia objetiva de una sentencia. Tampoco se considera exista un perjuicio al

frente a un derecho con un contenido “lábil, fluido y cambiante” (STC 223/92), y dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 185/89 y 223/92), procede a vincularse al honor con el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación (ATC 106/80³¹), conceptos que como bien anota la ya citada STC 223/92, hacen referencia “a la opinión que uno mismo y las gentes tienen de una persona”. Dentro de esta perspectiva, el honor sería un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás³², y las normas que describen cuál es el sentido que corresponde a conceptos como “deshonor”, “deshonra” o “difamación” tendrían como elemento central para su comprensión el de la existencia de un desmerecimiento en la consideración propia o ajena³³.

Pero si el efectuar precisiones sobre el contenido del derecho constitucional al honor era ya una tarea compleja, también en lo referente a la titularidad de este derecho el TCE ha tenido una delicada labor no exenta de importantes cambios de criterio sobre el particular.

Y es que a pesar de los esfuerzos de algún autor por encontrar en el TCE una postura proclive al reconocimiento de la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas³⁴, lo cierto es que muchos de los

honor de aquel contra el cual se hayan tramitado expedientes disciplinarios o procesos judiciales seguidos con todas las garantías (ATC 137/92), o el hecho que se declare que una persona no reúne la condición de jurista de reconocida competencia (ATC 544/89).

(31) Auto donde se recoge con claridad la distinción entre el sentido objetivo y el sentido subjetivo del derecho al honor. En ese mismo tenor podemos encontrar, entre otros, al ATC 13/1981.

(32) Cita extraída de SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio Op. Cit., p. 64.

(33) En similar sentido, la STC 223/1992.

(34) Ver al respecto HERRERO-TEJEDOR, Fernando Op. Cit., p. 70-71. Allí hace referencia a tres fallos: el ATC 106/80 y las SSTC 120/83 y 214/91. En el primero de los tres casos, sin embargo, el TCE elude pronunciarse sobre si cabe reconocerle a las personas jurídicas la titularidad del derecho al honor, pues señala que éste no es tema propio del litigio puesto bajo su conocimiento, y se limita más bien a señalar que una cosa es que el derecho al honor pueda ser patrimonio de las personas jurídicas y otra que sea posible hacer objeto de amparo constitucional a cualquier ofensa al honor. Por otro lado, la STC 120/83 no contiene ninguna referencia específica al respecto, pero la lectura de sus fundamentos jurídicos permite a inferir a Herrero que todos los razonamientos allí usados por el TCE carecerían de sentido si no se asume que el centro educativo implicado en este caso es titular del derecho al honor. Finalmente, la STC 214/1991, si bien no aborda directamente el tema de si las personas jurídicas pueden o no ser titulares del derecho al honor, resulta –como luego veremos con más detalle– un hito importante en ese sentido, en la medida en que con ella el TCE empieza a dejar de lado una visión estrictamente individualista de dicho derecho, postura que había venido siendo una constante en sus anteriores fallos sobre esta materia.

primeros fallos del Tribunal Constitucional sobre el particular parecen acreditar precisamente lo contrario. La impronta de una comprensión de los derechos fundamentales como derechos individuales que solamente tienen a la persona como sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo mantenía significativa presencia dentro de la primera jurisprudencia emitida por el Alto Tribunal; y no ello solamente en lo referente al derecho al honor, sino también en lo relacionado con la titularidad de otros derechos fundamentales, a tenor de lo expuesto en sentencias como la STC 64/88, del 12 de Abril. Habrá que esperar recién a 1989 para encontrar sentencias -algunas de ellas ya mencionadas aquí anteriormente³⁵ - con postura diferente en este delicado tema.

Sin embargo, resulta innegable como la resistencia al cambio es mayor en el caso de los llamados “derechos de la personalidad”, derechos entre los cuales suele encuadrarse al honor. Una clara síntesis del que en ese momento era el sentir del TCE al respecto lo encontramos en su conocida STC 107/88, del 8 de Junio, y sobre todo en su fundamento jurídico segundo, en donde explícitamente se señala lo siguiente:

“[...] el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental [...]”.

Ahora bien, este criterio -mantenido por el Tribunal Constitucional Español en su STC 51/1989 (ver al respecto especialmente su fundamento jurídico segundo, casi un calco de lo planteado en el también fundamento jurídico

(35) En la STC 64/88 parece partirse de la idea general de que Derechos Fundamentales como el del artículo 24 CE no serían de aplicación a las personas jurídicas de Derecho Público. De acuerdo con Jaén Vallejo (citado por DE COSSIO, Manuel Op. Cit., p. 85), apreciación que suscribimos, dicho razonamiento tendría como base el considerar que los Derechos Fundamentales son derechos individuales, los cuales tienen a una persona como sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo. Para mayor abundamiento de su posición, dicho autor anota como en este caso hubo incluso algún voto particular que denegaba toda posibilidad de considerar al Estado o a la Administración Estatal como titular de un derecho fundamental. Por otro lado, las sentencias a las cuales aquí hacemos referencia son las SSTC 23/1989 y 52/1995, fallos de los cuales ya hemos efectuado algún comentario en otros apartados de este texto.

segundo de la STC 107/1988)- pronto será confrontado con los vientos de cambio ya imperantes en el Derecho Comparado sobre el particular. Una sentencia clave en este punto será la STC 214/1991, emitida en el caso comúnmente conocido como “Violeta Friedman”. Allí, a pesar de insistirse en el carácter personalista del derecho al honor, textualmente se señalará luego que:

“[...] lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de la lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente a la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de las personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”³⁶.

Aquí nos encontramos entonces frente a una sentencia que si bien formalmente intenta no entrar en mayores confrontaciones con la tradicional comprensión que se le había dado a este tema, consagra en los hechos una verdadera revolución al respecto, pues pone entredicho la noción personalista que se había venido manejando, aun cuando dentro de ciertos condicionamientos³⁷. Justamente por ello, la consideración plenamente individualista del derecho al honor sustentada en fallos como el de la STC 107/1988 parecía de allí en adelante ya no poder sostenerse más.

(36) Ver al respecto la STC 214/91, FJ 6º b).

(37) El cuidado tenido por el TCE en la STC 214/1991 para no romper definitivamente con sus anteriores postulados individualistas a ultranza, ha permitido a muchos autores considerar que no estamos frente a una posibilidad de atribuir la titularidad del derecho al honor a algún

Faltaba, sin embargo, otro hito más que alcanzar para culminar con el proceso que tuvo como resultado final a la STC 139/1995. Y es que frecuentemente ya se venía admitiendo la actuación de las personas jurídicas en este tipo de controversias, pero desafortunadamente esa actuación únicamente solía justificarse en defensa de un interés legítimo (en el sentido de lo previsto por el artículo 162.1 b) de la CE ³⁸). De allí la importancia de otro pronunciamiento del TCE, la STC 52/1995, sentencia en la cual al abordarse el caso “Amaika”, y muy a pesar de estar referida a un derecho fundamental diferente al honor, se establece que la actuación de las personas jurídicas en defensa y cumplimiento de sus fines sociales no responde al ejercicio de un mero aunque de todos modos respetable interés legítimo, sino que es la consecuencia lógica y natural de haberseles adjudicado la titularidad de algunos derechos fundamentales ³⁹. Una perspectiva netamente individualista como la antes deducida para el grueso de estos derechos era entonces prácticamente dejada de lado, aunque todavía había que esperar algunos meses para ver como se plasmaban esta serie de transformaciones en el tratamiento del derecho al honor, tema al cual nosotros abordaremos de inmediato.

colectivo, sino de proporcionar una vía apta para proteger el honor de los individuos ante la lesión colectiva al honor de varias personas. Dicha vía quedaría habilitada si los grupos presuntamente afectados carecen de “órganos de representación” a los cuales el ordenamiento jurídico para atribuir la protección de su honor colectivo; y además, cuando la lesión al honor la sufren sin excepción todos los miembros de dichos grupos únicamente por el sólo hecho de ser identificados como parte de esas agrupaciones por todo el resto de la sociedad. Esta es la línea de pensamiento expresada, entre otros, por DE COSSIO, Manuel Op. Cit., p. 87.

(38) En este artículo de la CE se establecen que están legitimados para interponer amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Esta noción de interés legítimo, es para el Tribunal Constitucional Español una noción que aún siendo más amplia que la de interés directo (en este sentido, STC 60/1982, FJ 3º), debe siempre caracterizarse por constituir un interés en sentido propio, cualificado o específico (ver al respecto las SSTC 257/1988-sobre todo FJ 3º - y 25/89)

(39) Ver al respecto como en el fallo emitido en esta causa se reconoce *el derecho de la actora* (la empresa “Amika S.A.”, propietaria de las revistas “Papillón”, “El Cuervo”, “Party” y “Harakiri” *a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones*). En este sentido el primer apartado del fallo de la STC 52/1995, del 23 de Febrero, aclarando que el subrayado y el paréntesis aquí incluido son nuestros.

IV. EL CASO *LOPESAN* O LA CONSAGRACIÓN DE UNA NUEVA PERSPECTIVA NO SOLAMENTE ACERCA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL HONOR, SINO TAMBIÉN SOBRE LAS RELACIONES ENTRE ESTE DERECHO Y LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

Luego de la dación de las ya mencionadas SSTC 214/1991 y 52/1995, objetivamente ya estaban presentes las condiciones necesarias para poder asumir una comprensión más amplia de la titularidad de derecho como el derecho al honor dentro de la jurisprudencia del TCE. Sin embargo, habrá que esperar a la STC 139/1995 para recién ver consagrada esta saludable rectificación de lo que había venido siendo la postura de tan importante Tribunal al respecto. Nos corresponde entonces efectuar una breve reseña de este caso, para luego realizar algunos comentarios que consideramos pertinentes acerca de ésta como de algunas otras novedades incluidas con este interesante fallo.

Breve reseña de los antecedentes y las pretensiones en conflicto ante el TCE en este caso

En el número 611 de la Revista *Interviú* (número correspondiente a la semana ubicada entre el 27 de Enero y el 2 de Febrero de 1988) se recogía un reportaje titulado “Cesados fulminantemente altos responsables de la Guardia Civil de Tráfico por presunta corrupción. Cobraron ilegalmente más de doce millones de pesetas”. En dicho reportaje, luego de hacerse referencia a algunas situaciones de corrupción en que habrían incurrido varios responsables de la Guardia Civil de Canarias (situaciones que incluso motivaron la formación de una comisión especial dentro de la misma Guardia Civil para investigar las denuncias efectuadas hasta ese momento sobre el particular), se incluye entre las empresas investigadas como autoras de sobornos a la compañía mercantil *Lopesan Asfaltos y Construcciones S.A.*, empresa sobre la cual se señala que:

“[...] Según las investigaciones del General Millán Herrador (presidente de la Comisión Especial de la Guardia Civil a la cual ya hicimos referencia), sólo la empresa de *Lopesan, S.A.*, ha dejado de pagar multas por un valor superior a los 1.000.000.000 de pesetas. Informes confidenciales a los que ha tenido acceso “*Interviú*” señalan que “en cinco años no fue multado ni uno solo de los más de cien camiones de *Lopesan* ni en una sola ocasión”. Pero en el caso de *Lopesan* las cosas pueden ir pronto a la vía penal e incluso puede solicitarse la cárcel para

todos sus responsables, toda vez que han estado sobornando a la Guardia Civil para transitar sin permiso y sin tarjetas, para extraer arenas de las dunas y para encubrir todas las actividades ilegales, numerosas, en sus empresas". (El paréntesis es nuestro).

La respuesta de "Lopesan S.A." ante este conjunto de afirmaciones no se hizo esperar, pues interpuso una demanda dentro del procedimiento especial de protección jurisdiccional civil del derecho al honor⁴⁰ contra "Ediciones Zeta S.A.", propietaria de "Interviú", así como contra los señores José Luis Morales Suárez (autor del artículo que implicaba a "Lopesan") y Basilio Rogado Adalia.

"Lopesan", en las alegaciones que presentase ante el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Barcelona, entendía que en el artículo del señor Morales publicado en "Interviú" se hacían una serie de afirmaciones absolutamente falsas, las cuales implicaban una intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la (buena) imagen, derechos reconocidos incluso a nivel constitucional por el artículo 18 de la CE. Los demandados se opusieron a la demanda alegando, entre otras cosas, la falta de legitimación activa de la entidad actora y la inadecuación del procedimiento, al entender que las personas jurídicas no pueden acogerse a la protección del derecho al honor dentro de las pautas ya previstas por el artículo 18 CE. A pesar de estas aseveraciones, mediante sentencia del 16 de Noviembre de 1989 el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Barcelona estima en parte la demanda, al considerar que el artículo del señor Morales incluye por lo menos un párrafo (aquel que hemos transcrito líneas arriba) mediante el cual se ha efectuado una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la empresa demandante, al no haberse probado los hechos allí relatados.

La sentencia de Primera Instancia (sentencia que debía ser íntegramente publicada en "Interviú", y que además obligaba a los demandados no solamente a abstenerse de repetir o volver a publicar las informaciones objeto de este proceso, sino que también les imponía el pago de una indemnización) fue apelada por los demandados ante la Audiencia Provincial de Barcelona, insistiéndose en la falta de legitimación procesal activa de "Lopesan", así como en la veracidad de la información proporcionada. Sin embargo, con fecha 26 de Octubre de

(40) En España, por lo menos hasta la dación de la Constitución de 1978, la protección del honor había recibido una tutela orgánica en el derecho positivo, pero solamente en materia penal (la protección a nivel civil se daba en base a una referencia a "los principios generales", o aplicando el artículo 1902 del Código Civil de aquel entonces). Sin embargo, con la dación de la LO 1/82, Ley Orgánica de Protección Civil al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, se instituyeron varios procedimientos en la vía civil para cumplir con dicha finalidad.

1990, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, fallo en el cual se señala que: 1.- nada obsta para que, desde un punto de vista constitucional, la titularidad del derecho al honor pueda ser invocada por las personas jurídicas, 2.- que en cambio el derecho a la imagen también reclamado por “Lopesan” sí exige una titularidad que no puede ser atribuida a las personas morales; y 3.- no puede aceptarse la veracidad de una información que incluye imputaciones en contra de “Lopesan” que no han podido luego ser probadas por los actualmente demandados.

Esta decisión judicial es a su vez recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, cuya Sala Primera, mediante STS del 9 de Diciembre de 1993 declaró no haber lugar el recurso. Es entonces buscando la nulidad de esta última sentencia que Ediciones Zeta y los señores Morales y Rogado interponen amparo constitucional o amparo ante el Tribunal Constitucional Español. Para ello aducen la vulneración del artículo 18.1 CE por parte de las tres sentencias emitidas por la judicatura ordinaria en esta controversia, por cuanto extienden a las personas jurídicas de derecho patrimonial la titularidad del derecho fundamental al honor, cuando en estos casos lo más adecuado es hablar en términos de dignidad, prestigio y crédito mercantil, bienes jurídicos que merecen una tutela jurisdiccional mediante vías diferentes a aquellas que se han venido utilizando (la apelación aquí a la concepción personalista del derecho al honor efectuada en la STC 107/88 es a todas luces indisimulable).

Para mayor abundamiento en esta posición se dice además que el conceder la titularidad del honor a las personas jurídicas trae como inconveniente adicional, al permitir se pueda solicitar una indemnización por daños y perjuicios a través de un procedimiento privilegiado, la posible configuración de condenas sobre presuntos daños morales no demostrados. Es en mérito de toda esta argumentación que «Ediciones Zeta» y los señores Morales y Rogado reiteran su pretensión de que el TCE anule la sentencia del Tribunal Supremo de 1993, reconociéndose expresamente que en este caso se produjo no solamente una violación del derecho constitucional al honor, sino también del derecho a la información recogido en el artículo 20.1 d) CE.

La opinión del Ministerio Fiscal

Frente a la argumentación de quienes demandan el amparo (ausencia de legitimación activa para ejercer el derecho al honor de “Lopesan”, y por ende, falta de necesidad de efectuar una ponderación pues solamente permanece uno de los derechos en conflicto, la libertad de información de los deman-

dantes del amparo), el Ministerio Fiscal (equivalente del Ministerio Público existente en la mayoría de países latinoamericanos), al ser consultado sobre el caso, dirá que detrás de toda persona jurídica (sin importar si es de substrato personal o patrimonial) hay personas individuales que no solamente la dirigen y constituyen un cuerpo social, sino que también tienen y son titulares del derecho fundamental al honor.

Se daría entonces una personalización del quehacer de la persona jurídica, en mérito a que son los socios o directivos de ésta quienes responden por sus actividades. En este sentido habría indudablemente una conexión entre el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica de las personas morales y las personas individuales integrantes de esas personas morales. Es pues en mérito a estos razonamientos que el Fiscal considera que la STS impugnada no vulnera el artículo 18.1 CE al reconocer la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas; y tampoco viola el artículo 20.1 d) CE, ya que la ponderación aquí hecha entre la libertad de información y el derecho al honor fue respetuosa de ambos derechos fundamentales. El amparo planteado aquí debería entonces, en opinión del Ministerio Fiscal ser desestimado.

La fundamentación jurídica y las conclusiones a las cuales llega el TCE en este caso

Puestas en conocimiento del Tribunal todas las pretensiones en juego, y emitidas las opiniones del Ministerio Fiscal, el TCE, luego de efectuar algunos acertados reparos sobre la manera en la cual fue formulada la cuestión a debatirse en la presente demanda ⁴¹, no entrará a analizar directamente si los de-

(41) Los demandantes de amparo alegan que la Sentencia del Tribunal Supremo que impugnan viola los artículos 18.1 (derecho al honor) y 20.1 d) (libertad de información) de la Constitución Española vigente. Ahora bien, y en la misma línea de lo ya anotados por el Ministerio Fiscal, el TCE acertadamente señala como ni "Ediciones Zeta" (o en su defecto, los señores Morales y Rogado) eran aquí titulares del derecho al honor ni estaban vinculados por un interés legítimo a dicho derecho en este caso. Es más, que si lo que intentaban cuestionar era una aplicación irrazonable o no fundada en derecho de un precepto constitucional (el recogido en el artículo 18.1 de la CE), dicha pretensión debió ser reconducida a alegar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), alegación ausente tanto en la demanda como en los escritos posteriores de los demandantes (ver al respecto lo expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo de la STC 139/1995). Como lógico desarrollo de este razonamiento, el único derecho cuya violación es denunciada por los demandantes que resultó analizado por el Tribunal Constitucional en este caso fue el derecho a la libertad de información, análisis cuyos alcances conoceremos a continuación.

mandantes de amparo actuaron dentro del ámbito que les habilita el derecho a la información recogido por el artículo 20.1 d) CE (tema que abordará luego y al que nos referiremos posteriormente), sino que pasará a señalar su punto de vista sobre la posible titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas, materia a la cual considera la cuestión básica del presente proceso ⁴².

El razonamiento del TCE parte de señalar que la Constitución Española no contiene pronunciamiento alguno sobre la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, añadiendo que en el ordenamiento jurídico español no hay norma constitucional o legal destinada a impedir que las personas morales pueden ser sujetos de los derechos fundamentales (FJ 4º primer párrafo). Es más, anota cómo existen casos en los cuales la CE contiene un reconocimiento expreso y específico de la titularidad de algunos derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones ⁴³, fuera de los supuestos en los que puede inferirse la existencia de un reconocimiento implícito de dicha posibilidad.

En síntesis, se concluye que la CE configura ciertos derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual, pero también consagra algunos otros propiciando su ejercicio de forma colectiva. Siendo el objetivo y la función de los derechos fundamentales la protección de las personas individual o colectivamente consideradas, resulta entonces lógico que las organizaciones creadas por las personas naturales para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto dichos derechos sirvan para tutelar los fines que motivaron su constitución (el subrayado es nuestro). Este es el razonamiento gracias al cual en una anterior sentencia del TCE, la ya aquí

(42) Como expondremos posteriormente, modestamente creemos que eran dos las cuestiones centrales a dilucidar en este proceso. Sin embargo, resulta innegable como aquí los miembros del TCE —y especialmente el ponente en este proceso, el magistrado Jiménez de Parga, decidido defensor del reconocimiento de la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas— no quisieron dejar la ocasión para consagrar una modificación en lo que había sido la línea jurisprudencial de este alto tribunal sobre el particular, modificación que como habíamos señalado con anterioridad, ya venía esbozándose tras los fundamentos jurídicos esgrimidos en las SSTC 51/1989 y 214/1991.

(43) En este sentido la misma STC 139/1995, en su fundamento jurídico cuarto, hace mención de una serie de casos en este sentido, entre los cuales se encuentran el reconocimiento de la libertad de educación a los centros docentes (artículo 27 CE), la posibilidad de los sindicatos de fundar confederaciones (artículo 28.1 CE), la habilitación para el ejercicio de la libertad religiosa por las asociaciones de ese carácter (artículo 16 CE) o el respeto al derecho de la propia existencia de las asociaciones (artículo 22.4 CE)

citada y analizada STC 52/1995, se había reconocido a entidades como la empresa Amaina S.A., institución dedicada a la difusión de publicaciones, la titularidad del derecho recogido en el artículo 20.1 a) de la Constitución Española de 1978.

Lógica consecuencia de este razonamiento es la que el mismo TCE explícita a continuación: la necesidad de que se extienda a las personas jurídicas la titularidad de aquellos derechos fundamentales considerados indispensables para proteger su propia existencia e identidad, derechos cuyo objetivo es el libre desarrollo de la actividad que les ha sido encomendada. Obviamente ello será posible solamente en los casos en los cuales la misma naturaleza de los derechos invocados así lo permita ⁴⁴. Es entonces luego de esta toma de posición, y dentro de ciertos parámetros como los aquí ya reseñados, que el TCE pasará a apreciar si la postura antes descrita es también aplicable al derecho al honor.

El Tribunal Constitucional Español constatará entonces nuevamente las dificultades de elaborar un concepto incontrovertido y permanente sobre este derecho, dificultad que ya había anotado en otros de sus fallos ⁴⁵. Sin embargo, ello no le impedirá efectuar algunos importantes alcances al respecto,

(44) En este mismo sentido se pronuncia el quinto párrafo del fundamento jurídico cuarto STC 139/1995, cuando señala lo siguiente:

“Ciertamente es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que proteja –como decíamos– su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas”.

(45) Ya el mismo TCE había señalado la imposibilidad de encontrar una definición del derecho al honor dentro del propio ordenamiento jurídico español (en este sentido STC 223/1992), conformándose a calificarle como un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 185/1989), concepto que, por lo tanto, puede sin dificultad ser considerado como un concepto jurídico indeterminado (en este punto revisar nuevamente la STC 223/1992). Estas dificultades no le impiden, sin embargo, encontrar rasgos básicos propios de este concepto, elementos que ya hemos anotado en otro apartado de este mismo trabajo, pero que también están enunciados en el fundamento jurídico quinto de la sentencia que venimos analizando.

vinculados a lo que denomina un concepto objetivista del honor ⁴⁶. Anotará a continuación como si bien en algunos de sus anteriores pronunciamientos sobre el particular el mismo TCE había apuntalado la existencia de una comprensión en clave personalista del tema de la titularidad de este derecho (la referencia a la STC 107/88, y sobre todo, a su fundamento jurídico es aquí inevitable), dicha postura comenzó a ser matizada desde la STC 214/1991, sentencia que resuelve el conocido caso Violeta Friedman. En esta sentencia, como ya mencionamos en otro apartado de este texto ⁴⁷, el Alto Tribunal afirma que el significado personalista atribuido constitucionalmente al derecho al honor no puede traducirse en que los únicos ataques o lesiones a este derecho susceptibles de protección constitucional sean aquellos que estén necesaria, perfecta y debidamente individualizados *ad personam* (STC 214/191, FJ 6°).

El TCE justifica este cambio de postura señalando que sostener su planteamiento original implicaría reconocer la legitimidad constitucional de todo ataque o intromisión en el honor de las personas que se haya realizado en forma innominada, genérica o imprecisa. Con ello no solo hizo posible la protección del honor colectivo o de una colectividad determinada (en este caso, el pueblo judío), sino también que desde ya dejó abierta la posibilidad de que cualquier persona jurídica pueda invocar la titularidad del derecho al honor si con ello

(46) Los rasgos básicos a los cuales hace referencia la STC 139/1995 (revisar al respecto su FJ 5°, y muy especialmente su segundo párrafo) están vinculados a la estrecha ligazón que habría entre el derecho al honor y la opinión que la gente puede tener de una persona. Es por ello que el elemento común a todos los ataques e intromisiones ilegítimas contra este derecho sería el del “desmerecimiento en la consideración ajena [...] como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fuesen tenidas en el concepto público por afrentosas” (STC 139/1995, FJ 5°, segundo párrafo). Ahora bien, calificar a la noción del honor aquí empleada únicamente como objetivista parece ignorar la dimensión subjetiva que ella misma encierra para la doctrina y jurisprudencia españolas, dimensión también reconocida en otros fallos de este Alto Tribunal.

(47) Como bien sabemos, la STC 214/91 resuelve un amparo interpuesto por la señora Violeta Friedman, miembro del colectivo judío existente en España que asume la defensa de la colectividad a la cual pertenece ante lo que considera una grava afrenta al honor de su pueblo. A pesar de que a la señora Friedman no le había sido otorgada mayor representividad o legitimidad para tomar dicha iniciativa, el TCE finalmente ampara su pretensión, lo cual, como ya hemos anotado en otro apartado de este trabajo, abre una comprensión del contenido del derecho constitucional al honor en España radicalmente distinta a la postura personalista-individualista recogida incluso en importantes fallos del mismo Tribunal Constitucional Español, postura cuya fundamentación está inmejorablemente recogida y sistematizada en la aquí tantas veces citada STC 107/1988.

preserva su buena reputación, y ,sobre todo, si así puede asegurar el cumplimiento de los fines para los cuales fue creada. Es este el razonamiento que finalmente le permitirá afirmar en su STC 139/1995, sentencia que ahora estamos analizando, que «Lopesan S.A.», a pesar de ser una persona jurídica privada, estaba plenamente legitimada como titular del derecho al honor, derecho que en mérito al artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (del 5 de Mayo) podía invocar sin necesidad de probar el ser víctima de un daño patrimonial, bastándole solamente el constatar la existencia de una intromisión ilegítima en este su derecho (ver al respecto lo expresado en el FJ 6º del fallo que venimos analizando).

Pero aquí no queda lo señalado en esta interesante sentencia: en el segundo párrafo de su fundamento jurídico sexto el TCE hace una importante distinción sobre cuando corresponde la aplicación de los límites constitucionalmente previstos para el ejercicio de algunos derechos fundamentales, concluyendo que dichos límites solamente operan si aquellos derechos a los cuales se les aplica ese tipo de restricciones vienen siendo ejercidos dentro del ámbito que el mismo texto constitucional les reconoce. El Tribunal procede entonces a efectuar un análisis sobre si estamos frente a un ejercicio constitucionalmente protegido de la libertad de información, el cual, como bien sabemos, debe ceñirse a pautas de veracidad de lo afirmado. Nos encontramos claramente entonces ante la aplicación de la teoría, en su momento brillantemente defendida en España por Ignacio de Otto, de los límites internos y el contenido propio de los derechos, teoría que el TCE cada vez emplea con mayor frecuencia (así lo demuestran resoluciones como las ya mencionadas SSTC 170/1994 o 42/1995, entre otras), dejando la posibilidad de efectuar una ponderación de los dos derechos constitucionales como una materia a tramitarse eventualmente *a posteriori* ⁴⁸.

La aplicación de esta construcción doctrinal al caso «Lopesan» en particular nos demuestra que la información propagada en su momento por los hoy demandantes en amparo no es veraz, pues el artículo publicado en «Interviú» hace importantes afirmaciones supuestamente extraídas del informe elaborado por la Comisión Especial encabezada por el General Millán Herredor, afirmaciones que no solamente no puede acreditar, sino que en algún caso incluso van contra la evidencia proporcionada por la actuación de la prueba documental

(48) Ver al respecto la nota doce del presente trabajo.

practicada en este proceso ⁴⁹. No se demuestra entonces la diligencia suficiente para corroborar la veracidad de lo que se sostiene, lo cual obviamente no puede ser amparado a nivel constitucional, máxime si con ello se configura una intromisión ilegítima en el honor de «Lopesan».

No encontrándonos entonces frente a un ejercicio constitucionalmente amparado de la libertad de información, el TCE considera que deviene en innecesario efectuar cualquier ponderación al respecto, pues queda claro que únicamente estamos frente a un comportamiento abusivo con el cual se lesiona el pleno ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido. Si a ello le añadimos que, como se ha señalado con anterioridad, «Lopesan» contaba con plena legitimidad y legitimación para proteger su derecho al honor ante la judicatura ordinaria, podemos presumir fácilmente como la conclusión de la STC 139/95 apunta a denegar el amparo solicitado, por considerarse que el derecho invocado por «Ediciones Zeta» y los señores Morales y Rogado, el derecho a la información, fue ejercido transgrediendo el campo de protección que la CE le reconoce ⁵⁰.

Nuestro punto de vista sobre el particular

La STC 139/95, independientemente de algunas cuestiones de detalle con las cuales se puede discrepar, es en líneas generales una importante puesta a tono de la jurisprudencia del TCE con posturas bastante más favorables a la configuración de un escenario donde se encuentre más difundida y respaldada la plena vigencia de los Derechos Fundamentales, elemento capital para la consolidación de todo Estado de Derecho que se precie de serlo.

(49) Dos hechos son los que convencen al TCE de una ausencia de prueba de la veracidad de la noticia en este caso. El primero de ellos es que ninguna parte del informe de la comisión encabezada por el General Millán Herredor se menciona o hace referencia alguna a «Lopesan». El segundo es que, según se desprende de la prueba documental practicada, es falsa la afirmación hecha en el artículo de «Interviú» cuando se decía que los camiones de «Lopesan» no habían sido multados en los últimos cinco años. Para mayores precisiones al respecto, recomendamos revisar lo señalado en el octavo fundamento jurídico de la sentencia que venimos analizando.

(50) Recordemos como la pretendida invocación de una supuesta violación del derecho al honor había sido descartada por el TCE en base a consideraciones recogidas en el segundo fundamento jurídico de la sentencia que estamos comentando, consideraciones cuya pertinencia analizamos a su vez en la nota número 41 de este mismo trabajo.

Y es que en primer lugar, y con el cada vez más complejo nivel de organización que demanda la participación ciudadana en las diversas facetas de la vida económica y social en cualquier país del orbe, la necesidad de reconocer y fortalecer la labor de las personas jurídicas se hace insoslayable. Este reconocimiento y fortalecimiento pasa entonces indudablemente por admitir la posibilidad de que puedan invocar la titularidad de aquellos derechos cuyo ejercicio es vital para asegurar se alcancen los objetivos buscados con la conformación de estas instituciones. No otorgarle esa posibilidad a las personas jurídicas podría llevarnos a escenarios en los cuales algunos de sus derechos estarían completamente desprotegidos (o por lo menos, insuficientemente tutelados al apelarse a estrategias de protección individual asumidas por separado por los diferentes integrantes de estas entidades, con el riesgo adicional de la inseguridad jurídica que puede crear la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre el particular), con los evidentes perjuicios que ello podría ocasionar.

Por otro lado, resulta de singular relevancia dentro de los sistemas jurídicos en los cuales no se establecen *a priori* primacías o prevalencias entre los derechos fundamentales, el abandonar concepciones que definitivamente responden a contextos completamente distintos, correspondiendo en estos casos más bien el pasar a insistir en una postura destinada a la mejor definición de cada derecho en particular. Y es que en realidad, las situaciones de posible conflicto entre derechos (si éstas realmente existen) son las menos: lo que suele producirse son conductas abusivas -y por ende, casi siempre vulneradoras de algún derecho fundamental- a las cuales se trata de legitimar aduciéndose estar actuando en el ejercicio de otro derecho fundamental.

La necesidad de una mayor y mejor delimitación de los contenidos propios de cada derecho se nos presenta entonces como incuestionable, máxime cuando vivimos en una época de profundas transformaciones en la comprensión de los alcances de algunos de dichos derechos, pues un escenario de significativa indefinición conceptual puede llevarnos entonces a que se produzcan situaciones de total inseguridad jurídica que a nada bueno conducen. Por otro lado, el apelar en estos casos al fácil expediente de que estamos frente a un conflicto de derechos en el fondo resuelve muy poco, pues si previamente no se han fijado con claridad cuáles son los elementos que están en controversia rápidamente puede optarse por el uso de “ponderaciones” únicamente destinadas a disimular preferencias de carácter subjetivo; o lo que es peor, a establecerse artificiales jerarquías ente los derechos, categorías que lejos de resolver problemas concretos muchas veces imponen una solución ya previamente configurada,

soluciones que frecuentemente están desvinculadas de los requerimientos propios de la realidad concreta que dice querer enfrentar, y precisamente por ello, usualmente sean generadoras de situaciones de indefensión o de franca injusticia.

Fallos como la STC 139/95 permiten entonces ser claros en este tema, colocando tanto a las situaciones de conflicto entre derechos como al mecanismo aplicable al caso español para resolverlos (el de la necesaria ponderación) en el espacio residual y excepcional que les corresponde. Si a ello le añadimos el mayor ámbito tuitivo que proyecta el reconocimiento de una titularidad más amplia para algunos derechos fundamentales, podemos concluir que la STC 139/95 acierta apuntalando algunos valiosos elementos para que la consolidación de una plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida social ciudadana sea algo más que buenas intenciones.

Ahora bien, los nuevos alcances que esta sentencia otorga a la titularidad de un clásico derecho de la personalidad como es el honor (tema que el TCE, en este caso, no solamente no quiere soslayar sino que además le otorga una especialísima relevancia⁵¹), generaron una serie de cuestionamientos al mismo. Es por ello que muchos creyeron que la STC 139/95 podía ser un fallo aislado, con criterios posteriormente dejados de lado en sus posteriores autos y sentencias. Sin embargo, pronto la realidad demostró que el Tribunal Constitucional Español sí estaba dispuesto a insistir con algunos de estos postulados, estableciendo ya lo que se podría considerar como una nueva perspectiva conceptual al respecto, por lo menos en lo referente al tema del reconocimiento de la titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas. Es en este sentido que resulta importante efectuar un comentario sobre lo planteado en la STC 183/95, tarea a la cual nos dedicaremos a continuación.

V. EL CASO “DISCOTECA LUXURY” (STC 183/95) O LA CONFIRMACIÓN DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA STC 139/95 EN LO REFERENTE A LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL HONOR

Los antecedentes del caso y la admisión de la demanda de amparo

Menos de tres meses después de emitida la STC 139/95, la misma Sala Primera del TCE elabora un fallo mediante el cual, en líneas generales, ratifica

(51) Es más, presenta este tema como el aspecto central de la STC 139/95, tal como lo demuestra una atenta lectura de dicho fallo.

la doctrina establecida tanto en lo referente a la titularidad del derecho al honor como en las pautas de interpretación a seguir necesariamente cuando se alega un supuesto conflicto entre alguna o todas las libertades informativas y el derecho al honor. Desafortunadamente lo mismo no se puede decir en el caso del uso de la teoría del contenido propio y límites internos de los derechos fundamentales, tema que también abordaremos posteriormente.

La materia discutida en este nuevo proceso (el cual dará luego origen a la STC 183/95, del 11 de Diciembre de ese mismo año), aún cuando los nombres y lugares cambian, es en esencia la misma que en la STC 139/95: estamos aquí nuevamente ante la publicación de un reportaje periodístico, publicación mediante la cual parece atacarse el honor de una persona jurídica, “Luxury S.A.” Ante el reclamo iniciado en vía judicial por “Luxury S.A.” frente a esta supuesta agresión a sus derechos, la sociedad anónima antes mencionada obtiene finalmente una sentencia del TS favorable a sus pretensiones, sentencia que es impugnada por la vía del amparo constitucional ante el TCE ⁵².

(52) Sin ánimo de efectuar aquí una descripción pormenorizada de los antecedentes de este caso, señalaremos que el mismo se inicia con la publicación en el “Diario de la Mañana” del 7 de Diciembre de 1987 de un reportaje en el cual se señala que diversos locales de diversión de la ciudad de La Seu d’Urgell (Lérida, Cataluña) se han convertido en el lugar donde los jóvenes del vecino Principado de Andorra se dedican al consumo de drogas, así como a la comisión de una serie de excesos. A modo de ilustración de este reportaje, se acompaña al mismo con una foto claramente definida de la fachada de la Discoteca “Luxury” (discoteca administrada por la empresa “Luxury S.A.”), aun cuando a lo largo del reportaje no se hace mención alguna a ese centro de diversiones.

Tanto “Luxury S.A.” como sus propietarios individualmente considerados consideran que la inevitable asociación que produce en el lector el ver la foto de su discoteca junto al reportaje publicado en el “El Diario de la Mañana” ha acarreado una vulneración del derecho al honor de la empresa administradora de este centro de diversión, así como de sus distintos componentes.

Es por ello que interponen demanda en defensa de sus derechos al honor y a la propia imagen. Las pretensiones que inspiran esta demanda son parcialmente estimadas (solamente se acogen las consideraciones referentes al honor) por el Juzgado de 1ra. Instancia N° 2 de Lérida, dejadas de lado por la Audiencia Provincial de Barcelona y finalmente acogidas por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual considera que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, señala que aquí se ha vulnerado el honor de “Luxury S.A.” (y con ello indirectamente el de sus propietarios), casa la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona y condena a los demandados por “Luxury S.A.” al pago de una indemnización y a la publicación de la parte dispositiva de este pronunciamiento judicial.

Es contra esta sentencia que “El Diario de la Mañana” y su director interponen amparo constitucional ante el TCE. En Líneas generales, y a pesar de los diferentes matices propios de cada situación en particular, las similitudes entre las situaciones inspiradoras de los procesos que motivarán las SSTC 139/1995 y 183/1995, así como entre los problemas jurídicos que encierran ambos casos, es entonces a todas luces evidente.

En este caso los demandantes de amparo, “El Diario de la Mañana” y su director, José Ramón Correal Modol, alegan que el reportaje efectuado y publicado en este periódico era un legítimo ejercicio de la libertad de información, destinado a dar a conocer un hecho evidente y notorio en La Seu d’Urgell (Lérida, Cataluña). El requisito de veracidad de la información se cumplía entonces plenamente. Por otro lado, la inclusión al azar de una foto de la fachada de la discoteca “Luxury” (discoteca administrada por “Luxury S.A.”) acompañando el ya citado reportaje, no implica ninguna imputación contra “Luxury S.A.” ni contra sus propietarios, y mal puede arguirse la vulneración de un derecho al honor (derecho que además es de carácter personalísimo, y por ende, con una titularidad no deducible a favor de las personas jurídicas) en este caso, máxime si ni “Luxury S.A.” ni sus propietarios ejercieron en su momento el derecho de rectificación que les asistía.

Finalmente, los demandantes de amparo alegarán que la sentencia del TS, al efectuar una interpretación excesiva sobre la efectividad del derecho al honor como límite a la libertad de información, ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva: no se incurre entonces aquí en el defecto de formulación de la demanda que habíamos anotado al analizar la STC 139/95⁵³. Es en base a todo este razonamiento que el TCE admite a trámite la demanda y corre traslado de los actuados del proceso al Ministerio Fiscal para así conocer su opinión al respecto.

La opinión del Ministerio Fiscal

Mediante escrito del 1 de Noviembre de 1994, el Ministerio Fiscal pide la denegación del amparo solicitado por no considerar que haya existido violación de los derechos fundamentales invocados por los demandantes.

Añade además que en su parecer, el punto central a discutir en este caso es el de la valoración de los Derechos Fundamentales en conflicto, ya que

(53) Ya en la nota 41 del presente trabajo habíamos coincidido con el TCE cuando en el segundo fundamento jurídico de su STC 139/1995 dejaba de lado una pretensión de los demandantes de amparo destinada a buscar reparación a una supuesta vulneración de su derecho al honor. En estos casos, como bien lo anotó el Tribunal Constitucional Español, lo pertinente es reconducir estas pretensiones de amparo constitucional a la búsqueda de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Así lo entienden quienes interponen la demanda de amparo en el proceso que ahora estamos analizando aunque ello, como veremos más adelante, finalmente tampoco les acarrearán un fallo del TCE favorable a sus pretensiones.

la STS impugnada hace prevalecer el derecho al honor de una sociedad anónima frente al derecho a la información. Anota entonces que con este fallo podría irse contra la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 107/1988, sentencia en la cual considera al honor como un derecho fundamental únicamente referido a favor de las personas individualmente consideradas ⁵⁴.

Ahora bien, el Ministerio Fiscal pone especial énfasis en cómo esta postura del TCE ha sido matizada por la STC 214/1991 (y sobre todo en su FJ 6ºb), pues allí se ha admitido que una persona perteneciente a un colectivo puede estar legitimada para impugnar mediante amparo cualquier lesión al derecho al honor de la colectividad de la cual es parte. La STS hoy cuestionada únicamente apelaría a una extensión de esta argumentación, al achacar un perjuicio al honor de las personas jurídicas en la medida en que pueda darse un daño al honor de sus socios o componentes. Es por ello que en este caso no habría una ponderación forzada o inadecuada de los derechos fundamentales en juego, resultando entonces insostenible hablar de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

El fallo del Tribunal Constitucional y sus consecuencias

El TCE comienza a resolver explicitando lo que considera el núcleo del amparo puesto en su conocimiento: el planteamiento hecho por los demandantes de que aquí ha existido una ponderación incorrecta de los derechos fundamentales en conflicto (Libertad de Expresión *versus* Derecho al honor) en la STS impugnada, razonamiento hecho en base a que ni las personas jurídicas podrían ser titulares del derecho al honor ni se ha vulnerado en este caso dicho derecho ⁵⁵. Siendo este el problema central a abordar, el TCE pasa aquí a acoger la argumentación que formulase en la STC 139/95, fallo cuyos fundamentos considera deben tenerse aquí por reproducidos. El reconocimiento de la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas hecho por el Tribunal Supremo no introduciría entonces un límite ilegítimo al derecho de información, sino por el contrario, es consecuente con una interpretación constitucionalmente

(54) El dictamen fiscal es cronológicamente anterior a la elaboración de la STC 139/95, motivo por el cual era imposible incluirla dentro de la argumentación efectuada al respecto.

(55) Sobre el particular, ver lo consignado en el primer fundamento jurídico de esta sentencia, la STC 183/1995.

adecuada del alcance subjetivo del derecho al honor reconocido por el artículo 18.1 CE ⁵⁶

Por otro lado, la aplicación de la doctrina del TCE sobre el ejercicio constitucionalmente lícito del derecho a la información veraz conduce también a este Tribunal a desestimar los otros extremos de la demanda presentada, pues es conocido cómo en reiteradas ocasiones (por ejemplo, en las SSTC 6/1988 y 105/1990) ha exigido al informador un especial deber de contrastar la fuente de información en orden a comprobar la veracidad de los hechos que expone, empleando para ello la diligencia media exigible a un profesional. Esta exigencia habría sido dejada de lado en este caso, pues al acompañarse el reportaje con una foto de la fachada de la discoteca "Luxury", la cual reconocen los mismos demandantes de amparo no estaba directamente vinculada con lo dicho en su reportaje, se lleva a que el receptor de la información pueda asumir que la entidad objeto de la fotografía es la protagonista de los hechos relatados en el reportaje. Esta consideración (conclusión similar a la apuntada en la STS impugnada) convierte a una información posiblemente cierta en términos generales en algo falso al asociársele con la imagen de la entidad fotografiada.

El TCE confirma entonces la ponderación hecha por la STS impugnada, pues si bien el contenido de lo que se afirmaba en el reportaje no vulneró los límites constitucionales de la libertad de información (ya que en términos generales, ésta fue veraz y relevante), no puede predicarse lo mismo en lo referente a la incorporación de la fotografía al reportaje, por la convicción que genera en el lector una inevitable asociación entre ambos elementos (la convicción de que es un "Luxury" donde se producen los hechos denunciados) convierte en "inveraz la noticia y ocasiona un ilegítimo sacrificio al honor de "Luxury" y sus propietarios" ⁵⁷. La falta de diligencia en la selección del material gráfico que acompaña al reportaje ocasiona entonces una intromisión ilegítima en el honor ajeno, susceptible de ser reparada por la vía de la Ley Orgánica (LO) 1/1982. La ponderación hecha por el TS no es pues contraria al contenido de los Derechos Fundamentales aquí involucrados, por lo cual también en este aspecto la demanda de amparo ha de ser desestimada.

(56) Ver al respecto lo planteado en el fundamento jurídico segundo de la STC 183/1995.

(57) Cita textual extraída de la STC 183/1995, FJ 4º.

Breves apuntes sobre los aportes de la STC 183/1995 al tratamiento de los temas que aquí vemos analizando

Una rápida primera lectura de la STC 183/1995 puede llevarnos a pensar en que ésta es un calco de lo ya resuelto por el TCE en su STC 139/1995, y por ende, poco habría que añadir además de la constatación de que nos encontramos ante la reiteración de interesantes criterios de interpretación proclives a favorecer una mayor eficacia de los derechos fundamentales dentro de diversos ámbitos de nuestra vida social cotidiana. Sin embargo, esto solamente es parcialmente cierto, tal como veremos a continuación.

Y es que si bien en el tema de la titularidad del derecho al honor poco es lo que puede añadirse al respecto (la STC 183/1995 textualmente se limita a dar por reproducidos los argumentos de la STC 139/1995 sobre el particular, motivo por el cual se hace innecesario volver a insistir en esta materia), en enfoque asumido en lo referente a la supuesta relación entre los derechos invocados por los diferentes intervinientes en este proceso no es el mismo que el empleado en STC 139/95.

Recordemos como en las varias veces citada STC 139/95, luego de reconocer la legitimidad de “Lopesan S.A.” para acudir ante la jurisdicción ordinaria como titular de su derecho al honor, señalará que:

“[...] Si los ahora recurrentes en amparo, en ejercicio de su derecho a la libertad de información veraz, hubieran cometido una intromisión en el derecho al honor de la mercantil “Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A.”, constatada la misma, habría sido menester proceder a una ponderación entre ambos derechos para dilucidar si la intromisión en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 20.1 d) CE era o no legítima, al haber o no cruzado el límite que el derecho al honor, por imperativo constitucional, ha fijado [...]. Sin embargo, nada de ello es necesario en el presente caso, porque los límites que la Constitución impone al ejercicio de determinados derechos fundamentales sólo actúan si, al mismo tiempo, estos derechos se están ejerciendo dentro del ámbito que la Constitución les reconoce, pero no cuando éstos se ejercen fuera del mismo. En el presente amparo, es indiferente que el derecho al honor de la mencionada mercantil se constituya en límite externo al ejercicio de la libertad de información de los recurrentes, porque éstos, como ahora se verá, han ejercido el derecho a la información veraz más allá de su ámbito de protección constitucional”.

(STC 139/95, Fundamento Jurídico Sexto, último párrafo: el subrayado es nuestro)

Nos encontramos aquí entonces claramente frente a la aplicación de la doctrina de los límites internos y el contenido propio de los derechos, doctrina frente a la cual ya hemos expresado nuestra adhesión en otros apartados de este mismo trabajo. Habiendo sido ésta la alternativa asumida por el TCE en este caso, era de esperarse que en la STC 183/95 ocurriera lo mismo, dada la similitud de las situaciones analizadas en ambos procesos. Sin embargo, ello no sucede así en el fallo vinculado a “Luxury S.A.”, pues si bien allí también se reconoce que no ha habido un ejercicio constitucionalmente lícito del derecho a la información veraz, luego se confirma la ponderación hecha por la STS impugnada, ponderación que en nuestra modesta opinión (y como lógico desarrollo del razonamiento efectuado por el TCE) pareciera innecesaria.

Este aparente cambio de postura del Alto Tribunal busca justificarse en una diferente percepción de los elementos que estarían en juego en este caso, pues intentaría apuntalar una diferencia entre el contenido del reportaje (el cual, en términos generales, no habría vulnerado los contenidos constitucionales de la libertad de información, pues ésta sería veraz y relevante) y la incorporación de la fotografía de la discoteca “Luxury” al reportaje, fotografía que al generar en el lector la idea de que es en “Luxury” donde ocurrían los hechos denunciados, provocaba una ilegítima restricción del derecho al honor de “Luxury S.A.” y de sus propietarios. Nos permitimos sin embargo discrepar con esta perspectiva de sus los hechos materia de esta controversia, pues nos parece difícil poder efectuar esta separación de planos. Es más, el mismo TCE terminaría reconociendo esa imposibilidad cuanto en uno de los fundamentos jurídicos de la STC 183/1995, señala que es la fotografía de la discoteca “Luxury” la que convierte en “en inveraz la noticia”, reconocimiento de que dicha fotografía no puede entenderse como una entidad aislada, sino que forma, junto con el reportaje al cual está incorporada, un conjunto informativo frente al lector, el destinatario de la información transmitida.

Independientemente de las –en nuestra opinión– necesarias precisiones sobre el particular, lo cierto e innegable es que el mismo Tribunal reconoce que la noticia transmitida por “El Diario de la Mañana” no es veraz. Siendo la veracidad un elemento esencial del contenido del derecho o libertad de información en España, tal como lo resalta la misma CE y abundante jurisprudencia del TCE al respecto ⁵⁸, resulta indudable entonces anotar como

(58) La relevancia de esta veracidad, la cual debe ser entendida como la existencia de una razonable diligencia del profesional de la información en el desempeño de su labor (y fundamentalmente, en el tratamiento de las fuentes por él utilizadas), está abordada en diversos

aquí nos encontramos frente al ejercicio de un derecho fuera del ámbito que la Constitución le reconoce, o, para decirlo con mayor claridad, ante un comportamiento abusivo al cual busca convalidarse arguyendo estarse en el ejercicio de un derecho fundamental. De acuerdo con la postura asumida por el TCE en sus SSTC 170/94, 42/95 ó 139/95, así como en sus AATC 109/95 ó 268/96 (por solamente mencionar unos casos), la consecuencia lógica de lo expuesto sería reconocer la plena vigencia del derecho fundamental vulnerado (en el caso de la STC 183/95 el derecho al honor) sin tener para ello que recurrir aquí a ponderaciones de ninguna clase. Por lo tanto, la referencia aquí efectuada por el TCE en función a un supuesto acierto en la ponderación hecha por el Tribunal Supremo sobre el particular no solamente se nos presenta como innecesaria, sino también como inconsecuente con una postura que el mismo Tribunal Constitucional Español se ha preocupado en reconocer y aplicar⁵⁹.

VI. CONCLUSIÓN

En el mundo cambiante como en el que nos toca vivir, la aparición de importantes transformaciones en la comprensión de los elementos configuradores de los derechos fundamentales, así como en las técnicas empleadas para asegurar su mejor protección es algo que si bien conviene tomar con cautela, no puede ser desconocido ni rechazado de plano por quienes tienen importantes responsabilidades en las labores de defensa y desarrollo de los preceptos constitucionales. Lo que está aquí finalmente en juego es que, ante la constatación

pronunciamientos del TCE. entre los cuales podemos resaltar, entre otros, a las SSTC 6/88, 105/90, 171/90 ó 172/90. Por otro lado, sea esta la oportunidad para resaltar como en la STC 139/95 el TCE no solamente atiende a la veracidad de los hechos (que no se pudo probar), sino también si las afirmaciones hechas en "Interviú" estaban realmente vinculadas con lo que se estaba informando.

(59) Ahora bien, es justo resaltar como la idea de una necesaria ponderación ha sido y es un elemento hoy muy internalizado en el razonamiento de los más importantes operadores jurídicos españoles. Prueba de ello no solamente es lo señalado por el TCE en su STC 183/1995, sino también la alusión hecha a este tema en los dictámenes del Ministerio Fiscal que acompañan a los fallos que aquí hemos venido analizando. Nuestra intención no es pues la de desconocer la importancia de esta técnica de interpretación, sino más bien la de otorgarle el lugar que justamente le corresponde, para así no caer en los riesgos a los cuales hacemos referencia en el apartado "nuestro punto de vista sobre el particular", reflexiones ubicadas en la parte final del cuarto capítulo del presente trabajo.

de la insuficiencia del planteamiento inicialmente esbozado para definir el contenido, alcances y titularidad de los diversos derechos fundamentales (entendidos en un primer momento únicamente como derechos públicos subjetivos cuyo ejercicio solamente podía ser invocado por las personas naturales frente al Estado), instancias jurisdiccionales ordinarias o especializadas en materia constitucional van encontrando nuevas y mejores salidas para hacer frente a esta tan importante reformulación en un aspecto que es vital para la consolidación de cualquier Estado Democrático de Derecho. Es por ello que en nuestra opinión, pronunciamientos como los recogidos en las SSTC 139 y 183/95 resultan un interesante –y en líneas generales, acertado– esfuerzo del TCE por mantenerse en sintonía con ese proceso de cambios, máxime cuando este esfuerzo se produce de cara al cada vez más acuciante problema de los posibles abusos cometidos al amparo de un invocado ejercicio de las libertades informativas mediante el empleo de los medios de comunicación social. Ojalá iniciativas como ésta sigan siendo apoyadas, y proporcionen además a los juzgadores de nuestro país el impulso suficiente para así poder impulsar el enfrentamiento de nuevos y mayores retos tanto en éste como en otros campos de la vida social humana. La plena vigencia de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho en su conjunto así lo demanda.

LA OMISION LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL Y SU TRATAMIENTO JURIDICO

Juan Carlos Morón Urbina

SUMARIO: 1. MARCO TEÓRICO. 2. LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR COMO INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO. 2.1 La Constitución como propuesta política a desarrollar. 2.2. Conceptos de omisión y laguna del derecho. 2.3 Conceptualización de la omisión inconstitucional. 3. CARACTERIZACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. 3.1 Deber de legislar e inconstitucionalidad por omisión. 3. 2 Omisión inconstitucional y los silencios inócuos. 3.3 Omisión absoluta y relativa al deber de legislar. 3.4 Las posibilidades de la jurisdicción inconstitucional para controlar omisiones legislativas. 3.5 Tratamiento de las omisiones legislativas en el constitucionalismo nacional.

1. MARCO TEÓRICO

Entre las diversas formas de inobservancia del poder constituido al poder constituyente, considerando su extensión, generalidad y vinculación, reviste mayor gravedad la incurrida por el ejercicio indebido de la función normativa del Estado. La validez de esta función tiene como condición congénita a la letra y al espíritu de la Constitución, factores a los cuales debe sujetarse y del cual debe partir toda su voluntad y aspiración normativa.

Toda actitud normativa debe reconocerse como una voluntad jurídica libremente manifestada y actuante dentro de la órbita constitucional, pero carente de aptitud para olvidarse de ella y exceder los límites que le son impuestos. Esa relación de sujeción negativa existente entre la actividad legiferante y la Constitución, no es la única vinculación que interesa a un Estado de Derecho. Por otro lado, la actividad legislativa ocasional tiene la obligación de proyectar el modelo constitucional decidido con vocación de permanencia mediante la emisión de las disposiciones necesarias para desarrollar suficientemente los principios, derechos, instituciones y, en fin, toda otra decisión por el constituyente consagrada. Dentro de este contexto y atendiendo a sus características,

podemos afirmar que abordamos no sólo un control de la constitucionalidad de las normas, sino un sistema de control sobre la función legislativa.

Frente a esta realidad, un control jurídico eficiente requiere, en primer lugar, ser adecuado en relación a todos los supuestos o manifestaciones de tales inobservancias posibles; o, en otros términos, el sistema debe conocer con precisión todas las modalidades comprendidas dentro del ámbito del “vicio de inconstitucionalidad”, con anterioridad al diseño de sus mecanismos de control. Sólo así se evita el riesgo de insuficiencia en la estructuración de los mecanismos de control constitucional. Únicamente, cuando son identificadas las situaciones a tratar por medios nomofilácticos, se puede ingresar a una segunda etapa: estructurar un sistema de control constitucional adecuado según los vicios determinados por el propio sistema.

Para su utilidad, el control constitucional debe tener respuestas para todas las facetas del vicio que intenta solucionar. Esto es, la confiabilidad de la labor de control radica en gran parte en su integralidad, siendo contraproducente permitir un control fragmentario.

El tratamiento tradicional de la inconstitucionalidad, desde KELSEN, ha abordado preferentemente la modalidad del vicio incurrido positivamente mediante los actos legislativos concretos, a través del estudio de sus principales variantes: las inconstitucionalidades formal y de fondo.

Trascendiendo de esta concepción, encontramos que toda actividad de contenido constitucional, como parte del fenómeno de actos jurídicos en general, es concretada bien por acción (aspecto positivo consistente en causar un cambio en el mundo jurídico) o también por omisión (aspecto negativo, consistente en dejar sin variación el entorno). En verdad, emplear este criterio para una división no es nuevo en el campo del derecho sancionador, pues debemos recordar su existencia, por ejemplo, en el campo penal, donde se le emplea para clasificar los delitos, en el administrativo, para tipificar las faltas administrativas. Tampoco resulta novedoso en el propio constitucionalismo, pues basta recordar que la omisión estatal afectiva de derechos fundamentales (“mora de la administración”), ya es materia de solución a través de las acciones de garantía (art. 200º, inciso 2), y en el caso de inacción del legislador en promulgar la ley de presupuesto, el constituyente prevé una transferencia de competencia al Poder Ejecutivo quien lo promulga por decreto legislativo. (art. 80º)

De estas contrapuestas modalidades de actividad derivamos una doble posibilidad de actividad inconstitucional: aquellos contrafueros cometidos a través de la conducta positiva, estos es, mediante la dación de una norma (inconstitucionalidad por acción) y, por su lado, las efectuadas mediante el no

despliegue de la actividad normativa conforme fue visualizado por el constituyente (inconstitucionalidad por omisión).

Dentro de esta variedad ubicamos todas las “actitudes pasivas o negativas (no ejercicio de una competencia constitucional) que producen lagunas en el orden jurídico, ya por carencia de normas, órganos o actos, que dejan en suspenso indefinidamente la vigencia y eficacia de la norma constitucional respectiva”.¹

Lo característico de esta faceta no es solamente un vacío normativo -que viene a ser un estado jurídico- sino el incumplimiento meditado a una obligación de desarrollar los postulados materiales consagrados en la Carta.

En este caso, la transgresión es imputable al legislador ordinario por incumplir (en términos de la jurisprudencia alemana, “omisión absoluta”), su deber de dar desarrollo a un precepto constitucional que le dispone desplegar su función en determinado sentido. Distinto es el caso de la “omisión relativa” bautizada así por la jurisprudencia alemana que es configurada cuando al expedir una ley vía el desarrollo constitucional, el autor se abstiene de activar la potencialidad de algún extremo del precepto constitucional; porque en rigor no existe una actitud pasiva, sino un obrar insuficiente.

Para comprender plenamente esta manifestación del vicio de la inconstitucionalidad, resulta pertinente respondernos las siguientes interrogantes:

- 1) ¿las omisiones en el cumplimiento de las normas constitucionales descritas producen un vicio constitucional?, y
- 2) ¿las facultades asignadas tradicionalmente a los organismos de control constitucional permiten enfrentar apropiadamente esta variante o por el contrario requiere de nuevas atribuciones?²

Por el carácter supremo de la Carta es que desde ella debe descender, gradualmente, todo el sistema jurídico de un Estado, y recíprocamente, toda norma o acto público debe encontrar validez y justificación jurídica en la Constitución, gracias a una remisión directa o indirecta entre ellas. Las decisiones incorporadas a la Constitución, por ser embriones de programas socio políticos y jurídicos con vocación de permanencia, siempre exigen la emanación de

(1) SACHICA, Luis Carlos; *El control de constitucionalidad, sus mecanismos*, p. 151 Serie Monografías Jurídicas N° 09, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, Tercera Edición 1988.

(2) SACHICA, Luis Carlos; Op. cit., pág.151.

otras normas de nivel inferior, que la proyecten, precisen y viabilicen precisando sus diversas particularidades. Tales preceptos infraconstitucionales son denominadas genéricamente normas de desarrollo constitucional.

Cada Carta Constitucional demanda a los poderes constituidos un número determinado de actos normativos para que se llegue a dar operatividad al ideario que concibieron históricamente los miembros de la constituyente, sin contar con la necesaria actualización desde la perspectiva de la nueva orientación constituyente del contenido de lo normado con anterioridad.

Para tener presente la representatividad de estas omisiones constitucionales, señalaremos en términos generales, algunas de las disposiciones del Constituyente de 1993 cuyo incumplimiento consideramos acarrea la configuración del vicio omisivo: la legislación sobre partidos políticos (art. 35°), la ley sobre la publicación de ingresos de altos funcionarios (art. 40°), la ley sobre la publicación de declaración jurada de bienes y rentas (art. 41°), las leyes sobre las funciones jurisdiccionales que pueden ejercer las autoridades campesinas y nativas (art. 149°) y, la más precisa, sobre la normativa de descentralización que según el propio texto debió haberse dictado antes de finalizar 1995 (Octava disposición final y transitoria).

Ahora bien ¿estas perdurables carencias normativas configuran una transgresión de los mandatos del poder constituyente?

En concordancia con la esencia misma del constitucionalismo, esto es, que el poder constituido no pueda traspasar o desobedecer lo dispuesto en la Carta Fundamental sin violar el orden constitucional; la inacción legislativa que impide o dificulta la aplicación de una norma constitucional resulta un acto inconstitucional.

Aunque el desarrollo teórico de la omisión legislativa como omisión inconstitucional ha sido de reciente realización, el problema subyacente no ha estado ausente en el análisis constitucional tradicional, y por el contrario, ha sido visualizado en su magnitud por los antecesores. Como muestra de ello, BISCARETTI DE RUFFIA, nos manifestaba:

“(…) Debe observarse que respecto a las normas constitucionales el legislador ordinario deber emanar para dar plena ejecución a la Constitución. Tales normas, en efecto:

- a) A veces son requeridas directamente por aquella, que establece un término máximo de emanación.
- b) Otras son exigidas de modo explícito, y sin fijación de términos.
- c) Otras son, genéricas e implícitamente, requeridas por los artículos programáticos de la Constitución.

Ahora bien, si no hay (ni se puede configurar) procedimiento alguno jurídico para obligar al legislador ordinario a desplegar su actividad al respecto, está claro que cuando se abstiene de estatuir (especialmente en la hipótesis de los dos primeros casos citados), entonces por ese camino viene a violar gravemente la Constitución³.

La apertura a la omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad³ descubre desde una perspectiva de secuencia histórica, que del mismo modo como, en su inicio, las cartas constitucionales representaron un medio jurídico para debilitar al omnímodo poder real, luego, la adopción de una Constitución rígida sirvió para delimitar el margen de libertad de la acción legislativa, para finalmente avanzar a consagrarse como un medio para encausar, promover y organizar la acción legislativa.

De tal suerte, la evolución ha marcado que las normas constitucionales pueden tener variados contenidos en relación con el legislador ordinario, no sólo para disponer aquellos temas o aspectos que esta impedido modificar o derogar o aquellos que ejerce de modo exclusivo (mediante la reserva legal) sino también puede optar por promover la actividad normativa sobre una materia o siguiendo ciertos objetivos. Es precisamente en este último caso, que su vulneración nos permite hablar de la inconstitucionalidad por omisión.

Finalmente, contra la tesis de la inconstitucionalidad por omisión puede argumentarse: que al no indicar la Constitución un plazo preciso para la expedición de estas normas estaría tolerando tácitamente un arbitrio legislativo indeterminado. Pero estas afirmaciones no parecen consistentes. Por nuestra parte nos permitimos disentir de este parecer basados en las razones que pasamos a explicar:

Primero, porque sería admitir la existencia de una preeminencia congresional que le permite sobreponerse al poder constituyente, y definir la oportunidad en la cual alcanzan eficacia las decisiones constituyentes; lo cual, resulta inaceptable en un Estado de Derecho, máxime cuando mediante esta vía se produce afectación a los derechos ciudadanos.

Segundo, porque significaría admitir que la aplicación de normas fundamentales y jerárquicamente supremas aún siendo expresión soberana del poder constituyente, puedan quedar postergadas al infinito, por un acto omisivo

(3) MORON URBINA, Juan Carlos; *La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad*. en: Revista Jurídica del Perú. Año XXXIX, No. III-IV, Julio-Diciembre 1988.

consciente del poder constituido. Vale decir, sería permitir dejar en suspenso normas constitucionales y someterlas a la voluntad de un órgano del poder constituido, invirtiendo subliminalmente los alcances de la pirámide jurídica.

Tercero, porque a nuestra tradición constitucional le resulta adversa; recordemos los casos surgidos durante el régimen constitucional de la Carta de 1933 respecto a los Consejos Departamentales, cuya decisión político constituyente feneció sin ser desarrollada durante los cuarenta y siete años de vigencia de esa Carta Constitucional o de la garantía constitucional de la acción popular que a pesar de haber sido incorporados al cuerpo constitucional de 1933 necesitó el transcurso de treinta años para entrar en vigencia, dilación que permitió tolerar actos inconstitucionales, o la experiencia de la Carta de 1979, que fue cambiada sin llegar a cumplir sus mandatos efectivos.

Y, por último, debemos llamar la atención respecto a la necesidad de asegurar igual sujeción a la Constitución de la función normativa, con la asignada a otras funciones del Estado (administración y jurisdicción). En efecto, no obstante que la omisión del accionar estatal constituye un fenómeno posible durante el ejercicio de cualquier función pública; hasta la fecha, el derecho sólo ha previsto soluciones parciales al problema, como son, por un lado, el reconocimiento del silencio administrativo, el agotamiento de la vía procedimental o la acción de cumplimiento, cuando la omisión es producida por la función administrativa del Estado y, por otro lado, la penalización como delito de denegación de justicia, a la preterición dolosa incurrida por los encargados de la función judicial.

Por ello, afirmamos que entre las posibles omisiones estatales en el ejercicio de las funciones administrativa, judicial y legislativa, la única desprovista de algún remedio jurídico eficaz resulta ser la omisión legislativa.

Para la delimitación de este vicio a falta de un plazo constitucional para el pronunciamiento del Poder Legislativo sólo debe mediar un lapso inactivo razonable para que funcione el organismo contralor. Es decir, basta la existencia de una “demora apreciable” en su reglamentación. Pero ¿cuánto tiempo implica esa “demora apreciable”? En principio, todo plazo es arbitrario, por lo cual debemos convenir en la imposibilidad de precisar un plazo único al efecto.

La aceptación de la omisión como una forma de violación constitucional conlleva la necesidad de adoptar algún mecanismo para solucionar esa laguna en el ordenamiento. A este respecto, la legislación comparada y la doctrina, como FIX ZAMUDIO⁴ y SACHICA⁵, esbozan como alternativas de solución, las siguientes:

1) Que la función no ejercida sea transferida de pleno derecho a otro organismo;

- 2) Que el órgano de control integre el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo; (Decisión estimatoria aditiva concreta)
- 3) Que el órgano de control dicte directamente y con efecto general la norma omitida; (Decisión estimatoria aditiva impersonal)
- 4) Que el órgano de control intime al órgano remiso a dictar la reglamentación en un plazo que se fije. (Decisión estimatoria exhortativa)

SACHICA dice, con razón: “en buena lógica, la técnica más adecuada para suplir la inercia o falla de los órganos es la que aplica la Constitución cuando traslada a otro órgano la competencia no ejercida”.⁶ En efecto, parece ser lo más directo, efectivo y expeditivo, pero, merece analizar su conveniencia considerando que la citada transferencia de funciones legislativas priva al público de la etapa de debate y contraposición de ideas y, otorga rango de ley a actos públicos que en esencia no lo son.

En la práctica esta alternativa ha sido empleada con mesura por Cartas contemporáneas en el contexto del procedimiento de generación normativa, tal como dispone nuestra Constitución de 1993 cuando autoriza al Presidente del Congreso y, en su defecto, al de la Comisión Permanente para sancionar los proyectos de ley no sancionados en su oportunidad por el Presidente de la República (art. 108); cuando otorga competencia al Poder Ejecutivo para promulgar la norma anual de presupuesto no votada por el Congreso, dentro del término previsto (art. 80°); así como por el constituyente colombiano de 1991, cuando establece que la competencia se transfiera al Poder Ejecutivo (en materia de regulación del estatuto de funcionarios públicos, del régimen de la administración de los servicios públicos, del régimen de actividades de intermediación financiera y al reconocimiento de comunidades nativas).

Por la segunda alternativa el contralor mismo cobertura la inacción legislativa con una resolución *in casu*, siguiendo, para el efecto, los criterios de la analogía o los principios generales del derecho. Tal resolución debe ser supletoria a la voluntad legislativa, con carácter transitorio y derogable en el momento en que el órgano normativo dicte la medida de carácter general. BOREA ODRÍA nos la describe de la siguiente manera “Si por ejemplo, la Constitución ordena la formulación de un salario mínimo vital y su regulación cada año, si han pasado dos o tres años no se ha reajustado el mismo, cualquier sindicato podrá recurrir a la Corte para que se fijen estos salarios mínimos”.⁷

(4) FIX ZAMUDIO, Héctor; “*La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Portugués*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XVIII, N° 52, Enero-Abril.

(5) SACHICA, L.C., Op. cit., p. 152.

(6) Op. cit., p. 152

La precariedad de esta alternativa resulta por su alcance limitado al caso particular con relación a la esencia del control constitucional. De otro lado, afectaría la función contralora porque obliga al órgano competente, a emitir resoluciones que en el fondo no serían actos jurisdiccionales, sino verdaderos actos legislativos.

La tercera alternativa presenta parecidos caracteres, en tanto y en cuanto, significa el ejercicio de funciones legislativas por el organismo jurisdiccional. Constituyéndose en una transferencia de la competencia legislativa hacia un órgano que por naturaleza desenvuelve acciones jurisdiccionales.

Finalmente, la cuarta alternativa está constituida por la decisión declarativa del Contralor sobre la preterición inconstitucional (Sentencia estimatoria exhortativa), pudiendo adoptar la forma de una recomendación a la autoridad competente para elaborar la norma pertinente o, como ha impulsado Alemania, un acto intimatorio conteniendo el modo y condiciones como debe ser regulada la materia respectiva. Su eficacia se ve favorecida en la presión que la opinión pública puede ejercer sobre el legislador, luego de la decisión del órgano contralor, pues, por sus caracteres, la alternativa está dirigida a implantar la disposición constitucional, en vía oblicua o indirecta.

Como se aprecia la búsqueda del constitucionalismo contemporáneo por otorgar un tratamiento constitucional a las omisiones del poder constituyente y darles solución *constituye* una manifestación más de la preocupación del sistema jurídico por aunar a los valores ya acogidos, el de la eficiencia. Eficiencia, entendida como la posibilidad real que el bosquejo constitucional aprobado y consagrado concensualmente por la comunidad sea una vivencia real, y que no sólo no pueda ser controvertida o afectada por el poder constituido, sino también desatendida o diferida por éste.

Así como la regularidad del ordenamiento sirvió a KELSEN para sustentar el inicio del control constitucional ante afectaciones concretas de normas, ahora el valor eficacia constitucional exige incorporar al sistema, el control a las omisiones constitucionales del legislador. El sistema de control constitucional debe dejar de ser fragmentario, por atacar sólo las violaciones por acción, y desatender las infracciones por omisión que quedan sólo como faltas políticas sin tratamiento correctivo.

Dentro de este contexto, es de nuestro interés plantear en nuestra monografía, la manera como puede producirse y enfocarse la problemática de la inconstitucionalidad por omisión dentro del constitucionalismo contemporáneo.

(7) *El amparo y habeas corpus en el Perú de hoy*, p. 57, Biblioteca Peruana de derecho constitucional, Lima-Perú.

2. LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR COMO INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO

2.1 *La Constitución como Propuesta Política a Desarrollar.*

Se perciben como lejanas las palabras de HANS KELSEN descartando la posibilidad de articular el sistema de control de constitucionalidad para los casos de omisiones legislativas, cuando afirmaba que si bien:

“La Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, al prescribir o excluir ciertos contenidos”, (...) en ello, “sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería imposible enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito”.⁸

Igualmente lejanas a nuestro sentido constitucional se siente el parecer de BISCARETTI DE RUFFIA, para quien no obstante apuntar la gravedad de la violación que comporta la omisión legislativa, admite la inviabilidad de un control constitucional al efecto, del modo siguiente:

“(...) Debe observarse que respecto a las normas constitucionales el legislador ordinario deber emanar para dar plena ejecución a la Constitución. Tales normas, en efecto:

- a. A veces son requeridas directamente por aquella, que establece un término máximo de emanación.
- b. Otras son exigidas de modo explícito, y sin fijación de términos.
- c. Otras son, genéricas e implícitamente, requeridas por los artículos programáticos de la Constitución.

Ahora bien, si no hay (ni se puede configurar) procedimiento alguno jurídico para obligar al legislador ordinario a desplegar su actividad al respecto, está claro que cuando se abstiene de estatuir (especialmente en la hipótesis de los dos primeros casos citados), entonces por ese camino viene a violar gravemente la Constitución”.⁹

(8) KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pág. 234.

(9) Aún en nuestros días se suele argumentar como opiniones adversas a la inconstitucionalidad por preterición, alguna de las siguientes: que las normas programáticas de la Carta no obligan al legislador o que, por la concepción de separación de poderes cualquier órgano del poder constituido está imposibilitado para imperar sobre el legislador. Este mismo orden de ideas influencia en el profesor GARCIA BELAUNDE quien señala respecto a la preterición legislativa, que configura “únicamente una falta política sin sanción”. *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Tomo I. EDDILI, Lima 1989.

Desde esta época del constitucionalismo hasta la actualidad, se ha progresado de la mano con la teoría de la soberanía constitucional, de tal modo que la evolución ha marcado que las normas constitucionales puedan tener variadas actitudes en relación con el legislador ordinario, limitando su arbitrio legislativo. No sólo para disponer aquellos temas o aspectos que el Congreso está impedido de modificar o derogar, al señalarle límites, cuya transgresión hace que la norma sea materialmente inconstitucional; sino también para indicarle cuáles son las vías y requisitos procedimentales (reglas de deliberación, quórum y deliberación) para la generación de las normas (supuestos de inconstitucionalidad formal). Modernamente, también el legislador constituyente ha optado por avanzar en estas formas de relacionamiento limitando aún más el arbitrio legislativo mediante dos mecanismos: estableciendo en aquellos aspectos que debe ejercer de modo exclusivo el Congreso no pudiendo delegarlos (mediante la reserva legal) y también optando y promoviendo la actividad normativa sobre una materia o siguiendo ciertos objetivos, creándole el específico deber de legislar sobre algún aspecto y con ciertos contenidos. Es precisamente en, este último caso, que su vulneración nos ubica frente al presupuesto indispensable para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión.

Por otro lado, en esta evolución de la incidencia del constituyente sobre la libertad legislativa ha tenido participación la propia ideología predominante en el constitucionalismo como lo hace notar el jurista GOMEZ PUENTE ¹⁰ al señalar la correspondencia entre el liberalismo y la consideración de las inconstitucionalidades frente a decisiones positivas del legislador. Dicho autor expone:

“Dado que, conforme a la tradición liberal constitucionalista, la mejor garantía de la libertad individual era la menor intervención posible del Estado en las relaciones individuales y sociales, sólo frente a las acciones positivas de éste podían presumirse riesgos para el conjunto de valores y objetivos garantizados por la Constitución.

De manera que la tutela procesal de ésta se instrumenta básicamente sobre dichas acciones. Así, por el peso de esta tradición liberal, todavía hoy en la mayoría de ordenamientos constitucionales, los recursos constitucionales permiten revisar sólo actos legislativos ya producidos. Actos formales y concretos constituyen, pues, el objeto del proceso de declaración de inconstitucionalidad que lleva a la nulidad. De modo que, faltando el acto legislativo, dicho proceso

(10) GOMEZ PUENTE, Marcos; *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, p. 26.

no puede instruirse por falta de objeto”.

En tal sentido, el constitucionalismo triunfante frente al despotismo del siglo XVIII sólo conceptuaba como agresión a la Constitución los actos positivos del Congreso constituido, en la óptica de vedar de sus posibilidades de acción la transgresión a las decisiones fundamentales de los constituyentes, que básicamente consistían en la consagración de derechos y garantías como esferas autónomas liberadas de la acción del Estado. Pero es propio de este siglo que las Cartas constitucionales, no sólo respondan a tal noción sino también han servido de mecanismos para que sectores sociales mayoritarios de los Estados puedan imponer o pactar, según sus posibilidades, programas de acción, configurar el modelo de Estado, o determinar políticas permanentes de Estado cuyo alcance sea continuado en el tiempo por cualquier autoridad que sea electa, trasladando el tema de las mayorías eventuales al superior, de la soberanía constitucional, subordinando de este modo a las autoridades constituidas.¹¹ En este orden de ideas cobra sentido hablar de la creación de deberes legislativos por voluntad constituyente y de la omisión legislativa inconstitucional.

Dentro de esta concepción, las normas fundamentales contienen, implícita o explícitamente, una serie de encargos para el legislador post-constituyente,¹² tanto en aspectos de contenido material (ejms. derechos humanos) como en normas de tipo organizativo, cuya desatención por parte del legislador puede situarnos frente a una inconstitucionalidad por omisión o, en casos menos graves, frente a una omisión apática o inocua. En tanto se carezca de este desarrollo tales preceptos poseen eficacia, pero limitada, que se convertirá en una eficacia plena, cuando el legislador despliegue su actividad.

De tal modo que la actividad del legislador aparece organizada y predeterminada por el constituyente, no sólo atribuyéndola sino también señalando sus límites materiales y formales, a lo cual agregaremos ahora también la exigencia de actuación sobre determinados sentidos o materias.

En este último caso -conforme afirma FERNANDEZ RODRIGUEZ¹³

(11) No es casual que los sistemas jurídicos donde más ha preocupado la omisión legislativa inconstitucional para asignarle un tratamiento hayan sido en Estados y sociedades bajo circunstancias de convulsión ideológica y social o bien post-revolucionarias: Portugal, Brasil, Yugoslavia, Colombia, etc.

(12) “Mandato al legislador” según Rubio Llorente o “imposiciones constitucionales y ordenes de legislar”, según Gomes Canotilho y “obligacionales constitucionales impuestas al legislador” según Bidart Campos.

(13) FERNANDEZ RODRIGUEZ, José, Julio; “Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión”. (Separata de la *Revista Española de Derecho Constitucional*), Año 16, N° 48, set-dic.1996. CEC., Madrid.

la limitación a la actividad del legislador aparece caracterizada por tres notas:

“El legislador no es libre en cuanto al “an” de la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente; el “como” de esta regulación debe discurrir, claro está por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y fines; el “cuando” de tal normativa está en principio, sometido a la libertad del legislador, si bien ,éste no se puede dilatar de tal manera que suponga un fraude al concreto constitucional”.

2.2 Conceptos de Omisión y Laguna del Derecho.

Para delimitar con mayor precisión la figura de la inconstitucionalidad por omisión y asignarle un tratamiento adecuado, debemos vincularla con la simple laguna del derecho que ocurre a cualquier nivel del ordenamiento.

Con propiedad HERNANDEZ VALLE ¹⁴ nos indica la estrecha naturaleza que existe entre ambas categorías jurídicas, al afirmar que:

“el problema de la omisión del legislador se debe resolver en relación con el de las lagunas del ordenamiento. En efecto, si la omisión del legislador “es una situación caracterizada, por una lado, por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas legislativas de actuación), por otro lado, por un comportamiento concreto del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el precepto constitucional”, el resultado final es el defecto parcial o absoluto de una normativa en actuación de la disposición constitucional, y por tanto, en una laguna del ordenamiento”.

En igual sentido, LUIS CARLOS SACHICA¹⁵ aborda esta relación al establecer su correspondencia desde el mismo momento de conceptualizar a las omisiones como “actitudes pasivas o negativas que producen lagunas en el orden jurídico ya por carencia de normas, órganos o actos que dejan en suspenso indefinidamente la vigencia y eficacia de la norma constitucional respectiva”.

Acaso la única distinción que teóricamente pueda ser mantenida es la señalada por AHUMADA¹⁶ acerca del grado de conciencia que se requiere

(14) HERNANDEZ VALLE, Rubén; *Derecho procesal constitucional*, Editorial Juricentro 1995, San José, Costa Rica, p. 348.

(15) SACHICA, Luis Carlos; op. cit.; p. 151.

(16) AHUMADA RUIZ, María; ‘El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas’, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 08, p. 170. En igual sentido se pronuncia FIGUERUELO BURRIEZA, La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo, *Revista de Estudios Políticas* (Nueva época), N° 81, Julio-Setiembre 1993, CEC., p. 67.

para incurrir en una inconstitucionalidad por omisión, a diferencia de la laguna del derecho que es una consecuencia *ca ipsa*, a la cual no aporta ni afecta el grado de conciencia que su autor tenga al producirla. Sobre ello, afirma, nuestra autora que:

“(…) la omisión legislativa haría referencia a todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución. A diferencia de la laguna, la omisión sería siempre incumplimiento de una obligación y, en tanto que las lagunas pueden producirse de modo involuntario, las omisiones, al ser resultado de un acto de voluntad, podrían asimilarse a los casos de expresa disposición negativa”.

Este análisis sirve de apoyo para entender la existencia de una primera alternativa de tratamiento jurídico a las omisiones legislativas inconstitucionales deparándole el mismo régimen de las lagunas o vacíos del derecho, a través de la integración o interpretación jurídica en cada caso.

Tal es por ejemplo, la opción seguida por el constituyente uruguayo de 1997, cuando establece en su artículo 332°, lo siguiente:

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejan de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

Debemos anotar que la tesis de la proximidad entre la figura de la laguna del derecho y la inconstitucionalidad por omisión se ajusta al supuesto en que el deber de legislar impuesto por el constituyente ordena el desarrollo de algo nuevo creado por ella (institución, organismo, derecho, etc.), esto es, cuando consiste en un deber positivo de legislar con fines innovativos. Pero no olvidemos que el deber de legislar puede tener como contenido dirigirse a eliminar alguna situación normativa existente (deber positivo de legislar con fines depurativos), en cuyo caso el silencio conserva situaciones en el ordenamiento jurídico no queridas por la Constitución, pero no genera ninguna laguna en el sistema jurídico.

2.3 Conceptualización de la Omisión Inconstitucional

Como se aprecia la búsqueda del constitucionalismo contemporáneo por prever un tratamiento constitucional a las omisiones del poder constituyente y darles solución es una manifestación más de la preocupación del sistema jurídico por aunar a los valores ya acogidos, el de la eficiencia. Eficiencia,

entendida como la posibilidad real que el bosquejo constitucional aprobado y consagrado consensualmente por la comunidad sea una vivencia real, y que no sólo no pueda ser controvertida o afectada por el poder constituido, sino también desatendida o diferida por éste.

Así como la regularidad formal del ordenamiento sirvió al positivismo de KELSEN para sustentar el inicio del control constitucional ante afectaciones concretas de normas, ahora el valor eficacia constitucional exige incorporar al sistema, el control a las omisiones constitucionales de las autoridades, y en particular las del legislador. El sistema de control constitucional debe dejar su característica fragmentaria, por atacar sólo las violaciones por acción, y atender las infracciones por omisión que quedan sin tiempo como faltas políticas sin tratamiento correctivo.

Para ello es necesario identificar de modo operativo a la omisión legislativa inconstitucional por medio de sus principales elementos que la tipifican.

Para HERNANDEZ VALLE,¹⁷ las omisiones legislativas se suelen definir “como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales”, con lo cual sólo hace mención a la actitud de su autor mas no a los elementos del entorno y presupuestos que la hacen tangible. A su vez para, AGUIAR DE LUQUE¹⁸, la omisión viene a ser “la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito”, enriqueciendo el concepto con el segundo elemento del mandato constitucional específico. Desde esta misma perspectiva y casi con los mismos elementos AHUMADA¹⁹ establece: “con carácter general, la omisión legislativa haría referencia a todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución”.

Pero es FERNANDEZ RODRIGUEZ quien consideramos que logra una mejor caracterización de la variante al considerar diversos elementos previos y concurrentes que la configuran. Así nuestro autor afirma:

“(…) la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.²⁰

(17) Op. cit., p. 346.

(18) Citado por Hernández Valle; op. cit., p. 347.

(19) Op. cit. pág. 170, a quien le sigue Figueruelo Burrieza, op. cit., p. 67.

(20) FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio; *La inconstitucionalidad por omisión*, Editorial Civitas S.A., 1998, p. 81.

De este concepto podemos extraer que la omisión constitucional resulta calificada por la concurrencia simultánea o progresiva de cuatro elementos:

2.3.1 *Una exigencia constitucional impuesta al legislador para actuar positivamente.*

Es decir, la existencia de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador para adoptar medidas legislativas de concreción constitucional, que son afectados por la inercia.

En tales casos, la Constitución ordena o prohíbe la existencia de esa situación jurídica, respecto del cual, el silencio puede generar o conservar situaciones en el ordenamiento jurídico no queridas por la Constitución, bien creando una prohibida, bien impidiendo la existencia de una situación jurídica impuesta por la norma constitucional.

Es tan inconstitucional si el silencio crea como si conserva situaciones contrarias a la constitución.

2.3.2 *La inacción o abstención del legislador respecto de ese deber.*

La omisión que se requiere no es en modo alguno un simple no hacer aquello que el deber general de legislador le puede obligar, o aquello que el legislador le prevé como probabilidad de actuación sino no hacer aquello a lo que de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado. La omisión legislativa para configurar la inconstitucionalidad, se debe vincular, pues, con una exigencia constitucional de acción.

2.3.3 *El transcurso del tiempo que genera fraude constitucional.*

La voluntad constituyente de modo alguno puede haber estatuido un deber constituyente de legislar para su cumplimiento inmediato tan pronto entre en vigor la Carta constitucional. Mas bien el pensamiento constituyente se dirige a otorgar un espacio de tiempo al legislador para que analice el tema, prevea inconvenientes, debilidades, compulse diversos criterios, etc., pero en ningún caso eso admite la tolerancia *sine die* de la omisión. Por ello, el constituyente, por lo general acota ese transcurso de tiempo mediante la fijación de plazos o con la noción de progresividad (en cuya virtud el avance debe ser sostenido pero no regresivo).

Con propiedad aborda este aspecto de la configuración de la omisión

legislativa inconstitucional FERNANDEZ SEGADO ²¹ cuando afirma que “A la hora de valorar la importancia del período de tiempo al que se ha de extender la omisión, la doctrina ha expresado diversos matices, en sus posicionamientos, no exactamente coincidentes. Y así, para Miranda, el juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en el que debería ser elaborada la ley, pues ninguna omisión puede describirse en abstracto, sino sólo en concreto, esto es, acotada entre determinados hechos, con lo que ello deberá suponer que la ausencia de norma legal no pueda separarse de un determinado tiempo histórico, el que dependerá de la necesidad de la elaboración de la norma. A su vez Canotilho, precisa que el criterio decisivo para la determinación de la inconstitucionalidad por omisión no es el de los plazos o límites temporales -ni siquiera aunque estuviesen estipulados por el constituyente-, sino el de la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa para el cumplimiento y exigibilidad de la norma constitucional”. Sobre esta discusión académica nuestro autor muestra su preferencia por relevar este factor, ya que “el elemento decisivo debe ser el de la trascendencia de la mediación legislativa, pero no tanto por sí sola, sino en conexión con el elemento temporal, así entendido, habrá de ser el parámetro decisivo para precisar la razonabilidad del periodo de tiempo por el que se prolonga la inacción del legislador”.

Por ello, la doctrina ha dado por sentado que a falta de un término máximo que el legislador constituyente hubiere previsto, la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional, sino sólo a partir del transcurso de tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reprochable o que se verifique que la omisión está generando afectaciones a derechos humanos, ya que “aunque en un primer momento la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado una “situación constitucional imperfecta”, que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional. El devenir del tiempo, con la sistemática negativa a legislar, puede llegar a convertir esta situación de incumplimiento en una verdadera

(21) FERNANDEZ SEGADO, Francisco; La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?, *Themis*, Segunda época, Lima-Perú, p. 158. También publicado en *Estudios en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Editorial Civitas, 1994, pp. 4281-4308.

omisión legislativa inconstitucional, cuando dejara de ser razonable la inercia admitida hasta ese momento en base a la discrecionalidad política del legislador”²²

Los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del Constituyente. De no hacerlo, se incurriría en una inconstitucionalidad por omisión cuya gravedad puede medirse considerando los derechos individuales y sociales que en este caso sólo adquirirían “aplicabilidad inmediata” a partir de la adopción de la norma legal.

2.3.4 *La ineficacia de la voluntad constituyente.*

Esta es la consecuencia que finalmente intenta afrontar el sistema de inconstitucionalidad por omisión y obviamente debe entrar en su configuración, pues si el sistema jurídico prestara otra alternativa expedita que pese a la inacción legislativa permita eficacia general e indubitable al precepto constitucional, ocasionaría la inutilidad de la construcción del control constitucional ante omisiones inconstitucionales.

3. CARACTERIZACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

3.1 *Deber de Legislar e Inconstitucionalidad por Omisión.*

Hemos dado por establecido que contemporáneamente las Cartas constitucionales han desarrollado un avance delimitador del poder constituido, involucrando dentro de ellas a la libertad o arbitrio legislativo, impidiendo en algunos casos que delegue su ejercicio, y en otros, asumiendo un rol indicativo, promoviendo que el legislador ordinario cumpla con desarrollar algunos aspectos ya previstos embrionariamente en la Constitución, con lo cual se crea una nueva técnica de sujeción al poder legislativo.

De tal suerte, la evolución ha derivado en que las disposiciones constitucionales no sólo contengan aquellos temas o aspectos que está impedido el legislador ordinario de modificar o derogar, o indica aquellos aspectos en los

(22) FERNANDEZ SEGADO, op. cit., p. 158.

que el legislador ejerce atribución exclusiva (mediante la reserva legal); sino también puede optar por promover la actividad normativa sobre una materia o persiguiendo ciertos objetivos. Dicho direccionamiento de la actividad legislativa, alternativamente puede consistir en ordenar la creación de algo nuevo (deber positivo de legislar con fines innovativos) o puede dirigirse a que se elimine alguna situación normativa existente (deber positivo de legislar con fines depurativos), en cuyo caso el silencio del legislador, respectivamente, impide la existencia de una situación jurídica impuesta por la norma constitucional, o conserva situaciones del ordenamiento jurídico no queridas por la Constitución. Es precisamente en estos casos, que la vulneración nos permite hablar de la inconstitucionalidad por omisión, convirtiéndose en uno de los elementos para su configuración.

Por ello, la omisión, en efecto, no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo que esta normativamente predeterminado por el constituyente desde el propio texto supremo. Como afirma GOMEZ PUENTE²³ para su configuración se requiere:

“la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa. En otro caso estaríamos en presencia de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no sobrepasara los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo”.

Como técnica jurídica, el constituyente estatuye estos deberes cuando opta por diferir para el legislador ordinario la complementación de determinada materia, y decide sólo tomar una definición concreta en favor de la existencia de ese “algo” por ser sustancial para la sociedad o el Estado. Pero cabe anotar que las constituciones ideológicas son espacios propicio para emplear esta técnica normativa.

Al respecto, el jurista colombiano Luis Carlos SACHICA²⁴ afirma que el legislador ordinario puede incurrir en una omisión transgresora frente a tres tipos de disposiciones constitucionales:

- Aquellas normas constitucionales que condicionan su aplicación a la expedición de una norma posterior.
- Aquellas normas constitucionales que autorizan la creación, composición, o

(23) *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, MC. Graw-Hill, Madrid-España, 1997; Op. cit., p. 19.

(24) Op. cit., p. 151.

- designación de un organismo para que asuma determinado cometido público.
- Aquellas normas constitucionales que exigen adoptar decisiones de las cuales dependen gestiones estatales o derechos de los gobernados.

Como se puede apreciar una parte importante para delimitar la existencia de una omisión legislativa radica en la determinación de la presencia de los referidos deberes jurídicos que pesan sobre el legislador y en la precisión de sus contenidos, especialmente cuando no gozan de categoría positiva explícita en el ordenamiento²⁵.

En algunos casos pueden verse deberes expresos y concisos, cuando, por ejemplo, la Constitución establece el deber de legislar fijando un plazo para su emisión.²⁶ Pero estos son los menos. No siempre los deberes de legislar se expresan con tanta claridad. En la gran mayoría de casos la determinación y precisión del contenido de estos deberes ofrece a los operadores mayores dificultades, sin que por ello neguemos su existencia.

Pero superados los argumentos en contra de su configuración (tales como, la soberanía parlamentaria, la tesis de la falta política sin sanción, etc.) nuevos desafíos se erigen para debilitar los deberes de legislar que establece el constituyente. Nuestro constitucionalismo ha dado cabida a uno proveniente de la posibilidad financiera de dar cobertura de gasto a la implantación de las reformas constitucionales dispuestas, con la aprobación de la duodécima disposición final y transitoria, con el siguiente texto:

(25) Sobre esta transcendencia BIDART afirma "Para detectarla hay que examinar, en cada caso, si la obligación de "hacer" (comprensiva de la de dar) que impone la Constitución (por ejemplo legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente, o si esta condicionada, o si deja temporalmente librada la obligación a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber, etc. Por lo menos en las omisiones inconstitucionales que lesionan derechos subjetivos (por ejm. si no se reglamentan las cláusulas constitucionales programáticas que los reconocen) es menester divulgar la idea que sobre tales omisiones debe recaer el control de constitucionalidad que las subsane, en resguardo de la supremacía, y en beneficio del titular del derecho que por la misma omisión sufre perjuicio. (*La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Bs. As., Argentina, 1987", p. 100).

(26) A esta delimitación del deber de desarrollar los preceptos de la Carta puede llegarse de modo directo con la fijación de un término determinable para producirse la complementación de la decisión constitucional ya vigente, o en vía indirecta a través de la fórmula de la *vacatio legis*, tal como optó la Carta japonesa de 1946, aunque de un modo aproximativo aún, en su artículo 100 que establece: "La presente Constitución entra en vigor el día en que se cumplan los seis meses desde la fecha de su promulgación. Antes de la fecha señalada en el párrafo anterior podrá procederse a la promulgación de las leyes necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Constitución (...)".

“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Con disposiciones como estas se subvierte el orden: la decisión constituyente es sujeta a la progresividad que permita la economía, la cual como es obvio queda al arbitrio de la política financiera del poder constituido.²⁷

Finalmente, cabe concluir señalando que la existencia de este deber de legislar no deriva exclusivamente en la construcción de la inconstitucionalidad por omisión y por ende, en activar el sistema de control constitucional tradicional, pues algunos constituyentes han optado por otras técnicas que juzgan más eficaces ante la inacción tales como: la delegación automática de facultades a otro organismo o asignar la obligación de preparar el anteproyecto de norma a una Comisión u organismo ex professo con término preciso, quien lo promulga automáticamente si no es debatido por el Congreso, en el plazo previsto.

3.2 Omisión Inconstitucional y los Silencios Inocuos

No todos los silencios del legislador con respecto a la Carta constitucional son constitutivos de una omisión contraria a la voluntad constituyente. Existen inacciones legislativas que por su irrelevancia constitucional y jurídica son inocuos, y por ende para ellas el sistema carece de consecuencias normativas.

En algunos casos la Constitución de modo atributivo asigna al legislador competencia exclusiva para ser él quien tome una concreta decisión a la que el constituyente ha renunciado (caso, por ejemplo, de la reserva legal). Pues bien, en estos casos, el sigilo del legislador carece de virtualidad para ser asumido como contrario a la Constitución, precisamente porque el no ejercicio legislativo está constitucionalmente previsto y permitido por el texto constitucional; ejercerla

(27) Mucho más adecuada es la previsión del constituyente colombiano quien enfrentado a la disyuntiva entre el cumplimiento de los postulados constitucionales y las posibilidades de la política económica coyuntural, opta por la primera afirmando lo siguiente:

“Artículo transitorio 43.- Para financiar el funcionamiento de las nuevas instituciones y atender las obligaciones derivadas de la reforma constitucional que no hayan sido compensadas por disminución de gastos o traslados de responsabilidades, el Congreso podrá por una sola vez, disponer los ajustes tributarios cuyo producto se destine exclusivamente a la Nación.

Si en un plazo de dieciocho meses, contado a partir de la instalación del Congreso, éste no ha efectuado tales ajustes fiscales y es evidente que los esfuerzos de la administración para hacer mas eficiente el recaudo y para cubrir los nuevos gastos, el Gobierno Nacional podrá, por una sola vez, mediante decreto con fuerza de ley, realizar dichos ajustes”.

o no es, en principio, una decisión discrecional del legislador, que no afecta a la existencia jurídica de lo querido por la norma constitucional (la previsión existe sin necesidad de que el legislador regule su ejercicio).

Cuando la situación jurídica en cuestión es admitida como posible por el legislador constituyente, pues la Constitución ha dejado en él competencia del legislador para tomar esa decisión, el silencio legislativo es constitucionalmente irrelevante, inicu, o está permitido. Se trata de una posibilidad permitida por la norma constitucional que sólo establece competencias del legislador, atribuyéndole aptitud para hacerlo pero no le impone una conducta.²⁸

Otro supuesto de silencio inocuo tenemos en el caso previsto por FERNANDEZ SEGADO²⁹ bajo el nombre de “situación constitucional imperfecta” para referirse al supuesto de tránsito en el que se incumplen las exigencias constitucionales sin plazo constitucional previsto, donde si bien el legislador, en un primer momento, no realiza normativamente el mandato constitucional, todavía no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional por ser razonable la inercia admitida hasta ese momento en base a la discrecionalidad política del legislador. Sólo el devenir del tiempo, y la persistencia en la negativa a legislar, afirma Fernández Segado, puede llegar a convertir esta situación de incumplimiento en una verdadera omisión legislativa inconstitucional.

Pero distintos de estos supuestos es cuando la Constitución no sólo atribuye al legislador una competencia para hacer algo, sino que, además, lo hace de modo imperativo, o casos en los que es razonable pensar que el constituyente ha querido que exista una determinada realidad jurídica en el ordenamiento y le encomienda su concreción de su modo de existencia al legislador. Tales son los términos en los que se expresa la norma constitucional cuando establece el deber de legislar, por cuanto el constituyente quiere que competa al legislador y a sus normas con rango de ley, la organización de una determinada situación jurídica o su concreción en el ordenamiento jurídico.

La diferencia en ambas categorías no debe buscarse en la simple literalidad del precepto ni en la naturaleza de la competencia atribuida por la Constitución al legislador, sino en la disponibilidad o no que el constituyente

(28) Por ejemplo, los incisos 9) y 10) del artículo 2º de la Carta 1993 que establece como competencia de ley regular las excepciones a la inviolabilidad de domicilio por motivo de grave riesgo y la regulación para la interceptación telefónica.

(29) Op. cit., pp. 159.

concede al legislador acerca de la existencia de la situación jurídica constitucionalmente prevista.

3.3 *Omissiones Absoluta y Relativa al deber de legislar*

Las transgresiones al deber de legislar que el constituyente impone han sido identificadas por los estudiosos bajo las grandes especies de omisiones absolutas y relativas.

Coinciden los autores en señalar como pionero en el tratamiento del tema, a WESSEL, quien fue el que a su vez dotó por primera vez de entidad propia al concepto de “omisión del legislador”, admitiendo la posibilidad de que la vulneración de derechos individuales tenga origen en un “no hacer” del legislador”, y luego seguida en la doctrina italiana por MORTATI.

3.3.1. *La omisión absoluta al deber de legislar*

Existe consenso doctrinario y jurisprudencia en señalar que estamos frente a una inconstitucionalidad formalmente considerada, consistente en la pura y simple no emisión de norma por parte del legislador ordinario.

Por ejemplo, para HERNANDEZ VALLE³⁰ la inconstitucionalidad por omisión absoluta “se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar el precepto o principio constitucional. En este caso la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia normativa por parte del legislador para dar actuación al “mandato del legislador”. Con similares términos es conceptuada por FERNANDEZ RODRIGUEZ³¹ afirmando que consiste en “la total ausencia de cualquier normativa que dote de efectividad a las normas constitucionales que lo requieren”, y a su turno AHUMADA coincide con los anteriores pues síndica a esta especie como “absoluta en tanto que falta cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional”.³² El reciente trabajo de GOMEZ PUENTE³³ no difiere mayormente de estos conceptos, como podemos apreciar cuando vemos que lo define como la

(30) HERNANDEZ VALLE, Rubén; op. cit., p. 347.

(31) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Julio; *La inconstitucionalidad por omisión en Portugal*, Separata de: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Rio de Janeiro – Setembro 1995, p. 266.

(32) AHUMADA; op. cit., p. 172.

(33) GOMEZ PUENTE, op. cit., p. 26

infracción constitucional referida “a la no producción de la norma legal que el legislador esta, obligado a dictar”.

Por su lado, VILLAVERDE³⁴ aporta mayores elementos para su caracterización, al referirse a los silencios del legislador, afirmando que “son silencios totales (...) que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida en que conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Se trata de los casos en los que falta la norma legal que puede o debe regular una determinada situación jurídica permitida o mandada por la Constitución. El silencio del legislador se identifica fácilmente con las lagunas jurídicas”.

En esta definición advertimos la relación que hace VILLAVERDE entre el deber de legislar y la legislación preexistente a la cual debe depurar según el mandato constitucional y su omisión puede no generar lagunas sino mantener situaciones jurídicas no admitidas por el constituyente. Con este mismo fin, TROCKER subdivide las omisiones absolutas entre “impuras” y “puras” según haya habido o no una normación anterior de esa materia.

3.3.2 *La omisión relativa al deber de legislar*

La omisión relativa es un caso de inconstitucionalidad establecida a la consideración material insuficiente de una norma emitida, conforme al precepto constitucional respectivo.

HERNANDEZ VALLE³⁵ afirma que “(...) se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar un cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley. Es decir, en los casos de omisión relativa el legislador no está obligado actuar el precepto constitucional; sólo después de la intervención discrecional del legislador constitucional puede surgir posteriormente un problema de legitimidad constitucional en relación con el principio de igualdad, dado que la omisión relativa deriva de actuaciones que disciplinan una materia para algunas relaciones y no para otras análogas”.

En esa misma línea de pensamiento FERNANDEZ RODRIGUEZ³⁶, afirma que la omisión relativa es el caso “en la que la normativa de desarrollo

(34) VILLAVERDE MELENDEZ, Ignacio, *La inconstitucional por omisión*, Monografía – Ciencia Jurídica, Mc. Graw – Hill, 1997, p. 41.

(35) HERNANDEZ VALLE, op. cit., p. 347.

(36) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Julio; *La inconstitucionalidad por omisión en Portugal*, p. 266.

existe pero es insuficiente. Dentro de esta (...) especie destacan aquellos casos en los que se vulnera el principio de igualdad al contemplar a algunos grupos y no mencionar a otros, produciéndose así una conducta discriminatoria. Es lo que se llama en la doctrina alemana “arbitraria exclusión de beneficio”.

A su turno AHUMADA³⁷ señala que estas omisiones existen “(...) cuando la actuación del legislador ha sido parcial al emanar una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otros aun tratándose de supuestos análogos, con consiguiente lesión del principio de igualdad. Aun cuando ,este es el supuesto típico -violación del principio de igualdad a causa de omisión inconstitucional- en general se habla de omisiones relativas para referirse a los casos en que la regulación dada por el legislador es incompleta, defectuosa o no idónea para cubrir los hipotéticos supuestos que abarca la norma”. En parecido términos define GOMEZ PUENTE³⁸ a la omisión relativa, afirmando que en ella “(...) la norma legal se dicta; pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador (por ejemplo, no regula todos los aspectos previstos, reduce el ámbito de aplicación requerido, implica discriminación o arbitrariedad, etc.)”

Por su parte el argentino VICTOR BAZAN³⁹ afirma desde una óptica mas descriptiva que, “(...) la omisión constitucional relativa se produce en “los supuestos en que la medida existe, pero es impotente para vehiculizar *in totum* la norma programática. ¿Cuándo se configuraría el supuesto de las omisiones relativas? Se daría, por ejemplo, si el legislador u órgano competente (al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional) favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros. A nuestro juicio, las hipótesis podrán reconducirse en la siguiente fórmula: habrá omisión parcial toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (del tratado o de la ley), el órgano público encargado de efectivizarlo quiebre -en forma no intencional, pero produciendo un resultado arbitrario- la garantía de igualdad ante la ley”.

En síntesis, la omisión legislativa relativa deriva de una actuación parcial que disciplina sólo algunas de las relaciones o supuestos y no otras análogas,

(37) AHUMADA, op. cit., p. 172; y en igual sentido Figueruelo Burrieza, p. 67.

(38) GOMEZ PUENTE, Marcos; op. cit., p. 26.

(39) BAZÁN, Víctor; Un Sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva, en el colectivo *Desafíos de control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. – Argentina 1996, p. 229.

con la consiguiente lesión del principio constitucional. No todo se agota con la lesión a la igualdad, pues la omisión relativa del legislador, en ocasiones, significa por ejemplo, no regular todos los supuestos previstos, reducir el ámbito de aplicación requerido constitucionalmente o implica discriminación o arbitrariedad, etc.

El caso del silencio de la ley es aquél en el que hay una conducta del legislador que aparente o ingenuamente pretende cumplir con los mandatos de hacer previstos en la Constitución, sin embargo, su intento por hacer efectivo el mandato constitucional o es incompleto o es defectuoso. Tenemos, entonces, una norma legal que regula la situación constitucional prevista, pero con silencios sobre diversos extremos que la contrarían. Aquí lo que debe dilucidarse es cuando se está ante un auténtico silencio de la ley que genere una situación contraria a la Constitución.

¿Estamos frente a una inconstitucionalidad por omisión cuando la insuficiencia proviene de una declaración prohibitiva o discriminatoria expresa del legislador? En estos casos no existe ningún sigilo legislativo, sino más bien una afirmación excluyente o declarativa que resulta contraria a la Carta.

Para VILLAVERDE,⁴⁰ en opinión que compartimos, “no estamos ante un silencio de la ley (omisión relativa) cuando el enunciado del precepto en cuestión excluye expresamente de su regulación una determinada materia. El control y juicio de constitucionalidad se realiza siempre sobre el enunciado de una ley cuyos silencios, expresos, o tácitos, son la causa de su inconstitucionalidad, reservando el término “inconstitucionalidad por omisión” para el segundo caso, a saber: los supuestos en los que el precepto legal omite en su enunciado la regulación de cierta manera, que hace ese precepto un enunciado contrario a la Constitución. En este caso, a diferencia de las exclusiones expresas, hay un silencio que puede generar una situación contraria a la Constitución”.

Equívocadamente, hay una tesis que afirma que la omisión relativa misma no es la causa de su inconstitucionalidad, sino la omisión del legislador que debiera subsanar su defecto incurrido mediante el silencio, o lo que es lo mismo, que la omisión contraria a la Constitución se produce cuando el legislador no promulga la ley que debe complementar la defectuosa por omisiva (sería, pues, un caso de omisión absoluta).

Frente a ella, afirma VILLAVERDE,⁴¹ que:

(40) VILLAVERDE, Ignacio; p. 50

(41) Op. cit., p. 51 (nota)

“En primer lugar, el legislador no tiene un deber genérico de reparar su mala conducta, lo que de todas formas es sancionado con la declaración de inconstitucionalidad de la ley omisiva.

En segundo lugar, si la ley omisiva no se declara inconstitucional, debe aceptarse entonces que la situación jurídica creada por el legislador no es contraria a la Constitución, luego no es necesaria su intervención posterior”.

Si la ley omisiva es declarada inconstitucional, no surge de ello un deber de reparar el daño causado creando una nueva ley. El silencio del legislador será contrario a la Constitución si su quiescencia crea o conserva una situación contraria a la Constitución, y no porque no ha reparado una situación creada por otra ley, que en todo caso será merecedora de la sanción, consistente en su expulsión del ordenamiento por inconstitucional. Aún en el caso de que no se anule por inconstitucional la ley omisiva, bien porque se declara su mera inconstitucionalidad, bien por que se considera aún constitucional, a condición de que el legislador proceda en un plazo razonable al perfeccionamiento de esa ley, como ya se ha dicho más arriba, el transcurso de ese plazo ocasionará la inconstitucionalidad de la ley omisiva, pero no necesariamente una inconstitucionalidad por omisión del legislador (omisión absoluta) al no promulgar la ley de mejoramiento.

3.3.2 *Utilidad de la distinción:*

Con agudeza VILLAVERDE,⁴² expone que la diferencia conceptual más precisa entre la omisión legislativa absoluta y relativa, estriba en que en la primera el silencio mismo es el objeto del control, mientras que en las segundas, es el motivo impugnatorio para impugnar una norma positiva existente.

Como se dijo antes, las omisiones relativas son sólo aquellas en las que el enunciado de un precepto, al establecer la normativa expresa de cierta manera, silencio, disciplinar un aspecto de ese mismo asunto, -conexión material que resulta trascendente, pues su falta hace del silencio uno absoluto.

El sentido práctico de la distinción no está en el mero afán clasificador sino en sus efectos a la hora del ejercicio de los mecanismos de control jurisdiccional. Por un lado, la existencia de una omisión absoluta provoca la imposibilidad de activar cualquier intervención represiva organizada con carácter general salvo la admonición o la activación de la presión de la opinión pública,

(42) Op. cit., p. 50

limitación que no sucede en los casos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa. Aunque generalizada esta distinción, se ha señalado que la omisión absoluta rara vez se dá; pues por ejemplo no cabe en los supuestos en que los preceptos constitucionales están formulados de manera tal que resultan autoaplicativos, la configuración de deberes constitucionales jurídicamente perfectos son limitados, y sobre todo, por cuanto enfrentado el legislador ordinario frente al deber constitucional de legislar en determinado sentido o materia, preferirá optar por desarrollar el precepto pero limitándolo o adecuando a sus intereses antes que enfrentar abiertamente un incumplimiento.

El mérito de deslindar ambas situaciones, estriba evidentemente en las mayores posibilidades de organizar el sistema de control constitucional para enfrentar con éxito a una inconstitucional omisión relativa que a la absoluta inconstitucionalidad omisiva.

Con acierto afirma GOMEZ PUENTE ⁴³ que “los recursos (...) se hallan concebidos para realizar un control objetivo de la norma. Control que en algún caso puede referirse a situaciones de inactividad porque permite analizar si, por omisión de previsión, la concreta norma cumple con las exigencias jurídico constitucionales de superior rango, anulándola en caso de no ser así. Por el contrario, en ausencia total de norma (anomia), ante una omisión neta o vacío legal, el control de la inactividad resulta imposible, como digo, por falta de objeto procesal”.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana cuando abordó un caso de inconstitucionalidad por omisión:

“La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de una norma legal, sí es competente para pronunciarse sobre la exclusión de dichas formas, cuando ello acarrea frente a un supuesto de hecho similar, la configuración de un tratamiento discriminatorio. Aquí la inexecutable derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato y que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo. En las condiciones en las que se enmarca la obra legislativa analizada, el reproche no se dirige contra las formalidades de derecho público, que permanecerían intocadas, sino sobre su restringido alcance”.

(43) GOMEZ PUENTE; op. cit., p. 26.

“La Corporación estima que lo que juzga el actor no es propiamente lo que dice, sino lo que dejó de decir. Siendo ello así, en sentir de la Corte la demanda se formuló correctamente pues, tratándose de una inconstitucionalidad por omisión, mal podría el accionante haber dirigido su argumentación acusatoria contra la parte positiva del precepto, cuando las razones de su tacha tienen que ver con lo que el mismo omitió decir”.

3.3.4 *¿Omisión relativa: inconstitucionalidad por acción u omisión?*

En la doctrina estas omisiones inconstitucionales parciales han despertado una atención especial, por distinguir si verdaderamente configuran una acción o una omisión, o en su caso, los supuestos que pueden darse entre ellas. Así, en Portugal⁴⁴, se ha planteado si una omisión de este tipo implica realmente una inconstitucionalidad por acción por violar el principio constitucional a la igualdad, llegándose a la conclusión de que supone tanto una infracción de la Ley Fundamental por acción como por omisión.

En verdad, se estima que la censura al comportamiento del legislador puede deberse a la emanación de un acto positivo que excluya arbitrariamente a cierto grupo de las ventajas legales previstas desde la Carta constitucional, como en un supuesto propiamente omisivo consistente en la emanación de una ley que contempla positivamente a un grupo de ciudadanos omitiendo a otros.

Afirma VILLAVERDE⁴⁵, que un ejemplo típico de estas omisiones inconstitucionales relativas es el de los enunciados de una ley que vulneran el principio de igualdad, bien porque excluyen expresamente a un grupo determinado de individuos, sin razón aparente, de un beneficio al que tendrían derecho o una expectativa fundada; bien porque el enunciado al regular ese beneficio, lo hace a favor de un grupo determinado y guarda silencio sobre el resto.

En ambos casos hay una exclusión causante de la inconstitucionalidad de enunciado, aunque se debe reservar para el segundo caso la denominación de omisión relativa, porque sólo en esos casos la exclusión deriva del silencio del legislador. Del enunciado que regula la situación de un grupo determinado de individuos deriva la norma explícita que establece los términos jurídicos de su estatuto (la introducción o prohibición del poder público).

(44) FERNANDEZ RODRIGUEZ; op. cit, p. 285.

(45) VILLAVERDE, op. cit., p. 52.

Puede suceder que ese enunciado guarde silencio sobre la situación jurídica de otro grupo de sujetos que permita distinguir su situación de la de aquellos otros, bien porque forman parte, como los primeros, de un mismo grupo de personas cuya situación debe ser regulada unitariamente porque así lo ordena la Constitución. Del enunciado cabe derivar entonces una norma implícita que regula de modo distinto a la norma explícita la situación jurídica de este grupo de personas omitidas por el precepto, y esa diferenciación puede ser contraria a la Constitución por vulnerar el principio de igualdad o la norma constitucional que establece la regulación unitaria de las situaciones jurídicas de ambos grupos de personas⁴⁶.

¿Estamos frente a una inconstitucionalidad por omisión cuando la insuficiencia proviene de una declaración prohibitiva o discriminatoria expresa del legislador?

En estos casos no existe ningún sigilo legislativo, sino más bien una afirmación excluyente o declarativa que resulta contraria a la Carta.

Para VILLAVERDE, en opinión que compartimos, “no estamos ante un silencio de la ley (omisión relativa) cuando el enunciado del precepto en cuestión excluye expresamente de su regulación una determinada materia. El control y juicio de constitucionalidad se realiza siempre sobre el enunciado de una ley cuyos silencios, expresos, o tácitos, son la causa de su inconstitucionalidad, reservando el término “inconstitucionalidad por omisión” para el segundo caso, a saber: los supuestos en los que el precepto legal omite en su enunciado la regulación de cierta manera, que hace ese precepto un enunciado contrario a la Constitución. En este caso, a diferencia de las exclusiones expresas, hay un silencio que puede generar una situación contraria a la Constitución”.⁴⁷

3.4 Posibilidad de La Jurisdicción Constitucional para controlar Omisiones Legislativas

Como se mencionó con anterioridad, la jurisdicción constitucional frente a una omisión constitucional absoluta tiene muy poca posibilidad de actuar con

(46) Pero siempre debe realizarse una interpretación conforme a la Constitución del precepto legal, dado que la ausencia de mención de ese grupo puede configurar, un simple silencio del legislador válido, porque en efecto hay motivos que pueden justificar un trato diverso o porque de la norma constitucional no cabe deducir la necesidad del tratamiento unitario. Si es así, de ese silencio no se deriva criterio implícito alguno que regule su situación contrariando a la Constitución.

(47) Op. cit., p. 50.

alcance general de modo eficiente⁴⁸. Por ello, las legislaciones que así la contemplan, consagran una modalidad de exhortación a la mayoría parlamentaria para que active su rol y dinamice la norma constitucional, pero sin el imperio que caracteriza a la jurisdicción constitucional.

Mas bien deseamos referirnos a los supuestos de inconstitucionalidad por omisión relativa donde, en efecto, existe una ley que cuestionar por su diminuto alcance con referencia a la potencialidad de la voluntad constituyente sobre esa materia.

VILLAVERDE⁴⁹ afirma sobre el particular que “A la luz de lo expuesto no es de recibo sostener que en los casos de silencio de la ley pueda elegirse entre impugnar el precepto legal omisivo (control ordinario de constitucionalidad) o impugnar la omisión (control del silencio de esa ley), y deducir sin más de ello que el ataque a la omisión de la ley, incluso cuando se declara la inconstitucionalidad de esa omisión, sólo puede ocasionar la nulidad del precepto legal omisivo si éste no puede permanecer en el ordenamiento jurídico sin ser interpretado de forma tal que se subsane esa omisión. (...) El presupuesto del planteamiento aquí defendido está en la negación de una distinción sustantiva entre enunciado y norma que los tome como si de dos fenómenos con vidas jurídica propia se tratase, y no como un mero recurso procesal de enorme utilidad práctica para la conservación y composición del ordenamiento jurídico. (...)”

El objeto de impugnación no es el silencio de esa ley, sino la ley misma, sólo que el motivo impugnatorio ya no es lo que dice, sino lo que no dice porque con ello ha vulnerado la Constitución. Cosa distinta es la dilucidación de cuál sea el contenido del fallo de la sentencia que conozca de un recurso contra ese enunciado que en un supuesto así convenga mejor al sistema jurídico en cuestión:

a) declarar la inconstitucionalidad y nulidad del enunciado, por tanto, de ambas normas -implícita y explícita-; o,

b) declarar la mera inconstitucionalidad del enunciado, pero no su nulidad, con el fin de expulsar del ordenamiento jurídico la norma implícita y conservar la explícita, que puede ser, ciertamente, adecuada en su literalidad a la Constitución. FIGUERUELO⁵⁰ afirma que en los casos de inconstitucionalidad

(48) No nos referimos en este momento a la actuación que le cabe a la jurisdicción constitucional con alcance particular al resolver acciones de garantía, por cuanto ella tiene las limitaciones inherentes a su naturaleza.

(49) op. cit. pag. 50.

(50) FIGUERUELO BURRUEZA, op. cit., p. 71.

parcial de una norma por omisión legislativa en relación con la vulneración del principio de igualdad, las sentencias pueden declarar la inconstitucionalidad pero el texto objeto de pronunciamiento permanece invariable; de ahí que se aluda a una declaración de nulidad parcial sin alterar el texto normativo.⁵¹

Pero cuando la inconstitucionalidad significa propiamente exclusión expresa, corresponde anular la parte de la disposición que resulta un obstáculo para la aplicabilidad de la norma en ella contenida en la hipótesis excluida.

A su vez, las jurisdicciones constitucionales americanas de Argentina, en casos concretos,⁵² y de Colombia⁵³, se han reconocido competentes para conocer de inconstitucionalidades por omisión, no obstante que la Carta constitucional no preveía expresamente estos supuestos con ese epígrafe.

3.5 Tratamiento de las omisiones legislativas en el constitucionalismo nacional

Nuestra tradición constitucional es proffica en ejemplos de inacción legislativa frente a la voluntad constituyente: recordemos los casos surgidos durante el régimen constitucional de la Carta de 1933, respecto a los Consejos Departamentales, cuya decisión político constituyente feneció sin ser desarrollada durante los cuarenta y siete años de vigencia de esa Carta Constitucional o de la garantía constitucional de la acción popular que a pesar de haber sido incorporada al cuerpo constitucional de 1933 necesitó el transcurso de treinta años para entrar en vigencia, dilación que permitió tolerar actos inconstitucionales, o la experiencia de la Carta de 1979, que fue cambiada sin llegar a cumplir sus mandatos efectivos.

(51) Un ejemplo de los problemas que suscita este tipo de control lo hallamos en la STC 116/87 de 7 de julio, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación de los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República. Buena prueba de los problemas técnico-jurídicos que plantean estos tipos de sentencias es el voto particular que suscriben dos de los magistrados del Alto Tribunal".

(52) La Corte Suprema argentina ha ejercido control constitucional con sentido institucional en torno de una omisión inconstitucional de no mantener actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el artículo 96 de la Constitución. (casos Bonorino Perú, Perugini, Duraona y Vedia y Grieben).

(53) En el caso de la jurisdicción constitucional colombiana, su Corte ha sostenido que no puede pronunciarse sobre meras inacciones, porque siempre debe contrastar actos normativos positivos frente a disposiciones constitucionales.

Pero nuestro sistema jurídico exclusivamente reconoce el vicio de inconstitucionalidad por acción y, en tal orden de ideas, concibe todo el sistema de control constitucional como un mecanismo nomofiláctico de supresión de normas jurídicas dictadas contrariando la Ley Fundamental y no va más allá hasta convertirlo en un instrumento que permita lograr una real subordinación ante la normativa de la Ley Suprema. Vale decir, según su esquema intenta subordinar la actuación positiva del poder constituido pero no su actuación omisiva, su renuencia al cumplimiento constitucional.

De tal manera, el sistema de control constitucional no presenta expresamente la posibilidad de hacerse practicable para emitir normas jurídicas. En tal estado de cosas, subsisten en la carta numerosas disposiciones -verdaderos cursos de acción legislativa- que queda sin normación legal pronta, sin fecha o momento específico de emanación, tales como en la legislación sobre partidos políticos (Art. 35^o), la ley sobre la publicación de ingresos de altos funcionarios (art. 40^o), la ley sobre la publicación de declaración jurada de bienes y rentas (art. 41^o), las leyes sobre las funciones jurisdiccionales que pueden ejercer las autoridades campesinas y nativas (art. 149^o) y, la más precisa, sobre la normativa de descentralización que según el propio texto debió haberse dictado antes de finalizar 1995 (Octava disposición final y transitoria); y como antes sucedió con otras tantas decisiones constituyentes desde 1821. Ante ello, *mutatis mutandi* resultan aplicables a nuestra realidad constitucional las siguientes palabras de SACHICA,⁵⁴ referidas originalmente a la jurisdicción constitucional colombiana:

“Pero, con franqueza total: el control de constitucionalidad es fragmentario. Ataca, nada más, las violaciones frontales a la Carta. No se ocupa de las infracciones por omisión. No remedia el incumplimiento de la Constitución. Su violación debida a las abstenciones de quienes representan y gobiernan al pueblo en la ejecución de los imperativos de justicia proclamados en sus normas”.

Frente a este estado de cosas, la labor de la doctrina nacional ha permitido abordar esta modalidad de inconstitucionalidad y planteado las diversas posibilidades de acción que existen en la legislación comparada desde 1988.⁵⁵

(54) Op. cit., p. 160.

(55) La doctrina nacional que se ha ocupado de este tema: enumerada cronológicamente es: 1988: MORÓN URBINA, Juan C.: La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad. *Rev. Jurídica del Perú*. Año XXXIX, N^o III-IV, Julio-Diciembre. 1991: CARPIO MARCOS, Edgar Enrique; ¿Procede el amparo contra la omisión de actos legislativos?. *Rev. Anuario Jurídico*. Año I, N^o 1 Lima 1991 y La inconstitucionalidad por omisión legislativa. A propósito de la jurisdicción constitucional en el Perú, en *Rev. El Jurista*. Año I, N^o 1 Lima 1991

Desde el punto de vista de las acciones de garantía de efectos particulares, en la Carta de 1993 se ha reconocido explícitamente que la omisión de las autoridades o funcionarios en acatar una norma legal (parámetro de su regularidad) configura un supuesto de inconstitucionalidad, para lo cual prevé como medida la acción de incumplimiento. Si bien aún no ha dado el avance fundamental de considerar un remedio específico para el incumplimiento del deber de legislar impuesto a legislador mediante la inconstitucionalidad por omisión legislativa, ella ya comienza a ser reconocida como una categoría propia por el propio órgano de control de la constitucionalidad.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la omisión legislativa inconstitucional con motivo de su sentencia recaída en el Expediente No. 083-92-AA/TC -Lima (Caso: Asociación de Servidores Civiles del Ejército y otros), dictada a los once días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

En dicha sentencia el colegiado expresó en sus fundamentos que: (...) este colegiado asume, que no es imposible demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los Poderes Públicos, ya que la Constitución no sólo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer (...). ()

Aunque también afirma que esta modalidad de inconstitucionalidad no es aplicable respecto a reglas supremas de contenido económico -financiero en virtud de la cláusula de progresividad prevista también por la Carta constitucional. De tal modo afirmó:

“(...) también entiende, que ello sólo es viable o procedente, de acuerdo al tipo de norma programática cuya exigibilidad se invoque, descartándose dentro de tal contexto las de tipo económico, como se dijo, por no ser materia de análisis, en sede jurisdiccional (...).”

“Que, concordante con ello, la misma Constitución Política de 1979, bajo cuya vigencia se interpone la presente acción, estableció en su Disposición

y ETO CRUZ, Gerardo, *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*. INDEJUC, Trujillo. 1992; ETO CRUZ, Gerardo: La inconstitucionalidad por omisión; en colectivo *Doctrina Constitucional*. INDEJUC, Trujillo, Perú. 1995; MESA RAMIREZ, Carlos: La primera acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión en *Diálogo con la jurisprudencia. Revista de crítica y análisis jurisprudencial*. Año II, N° 02, Gaceta Jurídica Editores.

La labor de esta doctrina ha sido resaltada recientemente por JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su libro *La Inconstitucionalidad por omisión* (1998), dedicándole una sección (pp. 320 y ss.) junto a Argentina, y México.

General y Transitoria que “Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente ...”, motivo por el que la propia Ley No. 23506, haciendo eco de tal opción, señala, en su artículo 25°, que “No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución”. Es en consecuencia, la idea de la “progresividad” y no, la de la inmediatez, la que explica el carácter de normas, como la que aquí se analiza.

“Que, aunque las asociaciones demandantes, han pretendido objetar que la norma cuya reglamentación se exige, no es en todo caso constitucional, sino legal, los derechos sobre los cuales se apoyan si son de relevancia fundamental y de allí que se aplique en tal circunstancia la misma regla, independientemente, que, por otra parte, sería absurdo entender que las normas programáticas de tipo económico pueden variar su naturaleza conforme a su jerarquía legal o, en su caso, constitucional”.

En este asunto se trata de una inconstitucionalidad, o mejor dicho, ilegalidad omisiva del Poder Ejecutivo al no reglamentar el art. 60° del Decreto Legislativo 608 que dispone la homologación e incorporación del personal civil a las categorías de los oficiales y subalternos, pero sujeta expresamente a una reglamentación mediante Decreto Supremo, otorgando un plazo de sesenta días para el efecto.

Frente al caso, el Tribunal Constitucional inequívocamente reconoce que pueden ser exigibles las normas no reglamentadas cuando concurren dos condiciones: que la norma disponga reglamentación expresa y un ocio legislativo irrazonable, afirmando que “se puede tornar exigible una norma que sólo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable”. Pero exceptúa de este supuesto a los casos cuya operatividad requiera cobertura económica, o de progresividad, lo cual es de apreciación de la discrecionalidad política y no a criterios técnico-jurídicos. Además sustenta estos criterios en la Disposición General y Transitoria de la Carta de 1979, la análoga de la Carta de 1993 y en el artículo 25° de la Ley 23506. Por ello se deriva de tal afirmación que las normas programáticas de tipo económico, sean de origen constitucional o legal, tienen un mismo régimen jurídico, particularmente en cuanto a los incumplimientos que las afecten.

Finalmente es útil analizar que si bien para estructurar un mecanismo de control expreso para incorporar a nuestro sistema de control general una sanción para la inconstitucionalidad por omisión absoluta, para hacer lo propio con respecto a la inconstitucionalidad por omisión relativa, donde sólo haría falta una modificación legal a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La razonabilidad de la alternativa propuesta estriba que en el actual estado normativo una probable norma afectada de una omisión legislativa relativa si bien puede ser llevada a conocimiento del Tribunal (al existir norma positiva a la cual cuestionar), las alternativas conclusivas con que cuenta el Tribunal resultan contradictorias, pues a tenor de los artículos 36 y ss. de la Ley No. 26435, deber dejar sin efecto en todo o en parte la ley. Con ello, la afectación que es por defecto de una mayor extensión se vería agravada por la sentencia, donde no sólo no repara la extensión deseada por el constituyente sino que retorna al estado anterior de la dación de la norma afectada, generando una laguna jurídica más compleja que lo pretendido resolver.

Creemos que bien podría bajo la misma cobertura constitucional adecuarse la normativa funcional del Tribunal para que en estos casos pudiera llegar a una alternativa parecida al español de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad pero sin anulación, tal como lo ha establecido también con sus particularidades la Corte colombiana.



LA TUTELA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ¹

Luis R. Saenz Dávalos

SUMARIO: I). Introducción. II. Origen y connotaciones del Derecho al Debido Proceso. III). Aplicaciones del Debido Proceso Formal. 1) El Debido Proceso Jurisdiccional. Características y alcances. Debido Proceso y Tutela Judicial Efectiva. El cuestionamiento de resoluciones judiciales por conducto de las garantías. Opciones doctrinarias que niegan o afirman la procedencia de las garantías contra resoluciones judiciales (restrictiva, permisiva: amplia y moderada). La opción en el Derecho Peruano. Particularidades del Debido Proceso según la naturaleza de los procesos judiciales específicos. El Debido Proceso Jurisdiccional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2) El Debido Proceso Administrativo. Alcances del Debido Proceso en los procedimientos de defensa de los particulares ante los órganos de la administración activa. El Debido Proceso Administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3) El Debido Proceso ante Corporaciones de Particulares. Alcances del Debido Proceso al interior de las corporaciones de particulares. El Debido Proceso ante corporaciones de particulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. IV). Aplicaciones del Debido Proceso Material. V). Reflexiones Finales.

I). INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos de mayor relevancia en el campo del Derecho Constitucional Procesal y por extensión, en el correspondiente, al llamado Derecho Procesal Constitucional ², es el que se refiere al Debido Proceso.³

(1) El presente trabajo es una versión ampliada y sistematizada del que aparece publicado en el Boletín "Órgano Informativo del Tribunal Constitucional del Perú", Año 2, N° 03, Lima-Perú 1999, Pags. 4-6. Su elaboración, por otra parte, responde no solo al interés que tenemos por el tema objeto de análisis, sino al mismo hecho de haberlo sustentado en innumerables ocasiones durante el curso de los Talleres organizados por nuestra Institución en las ciudades de Arequipa, Piura, Iquitos, Huanuco, Tacna, Trujillo, Huancayo, Cajamarca, Huaraz y Ayacucho entre los años 1997 y 1999.

(2) Partimos de la clásica distinción esbozada por Hector Fix Zamudio.- *El pensamiento*

En efecto, tanto para quienes conocemos el movimiento procesal que maneja el Tribunal Constitucional como para quienes siguen los pasos de su Jurisprudencia, cotidianamente publicada en el Diario Oficial El Peruano ⁴, es un hecho por demás incontrovertible, que del total de causas que, vía recurso extraordinario, llegan a nuestro máximo Interprete de la Constitución, un porcentaje verdaderamente considerable, son reclamos generados a propósito de una transgresión real o presunta del derecho al Debido Proceso.

La explicación preliminar y mas simple de semejante realidad, radica según es facil constatar, en el horizonte de variables que implica el concepto de Debido Proceso, pues aunque se supone que aquel solo representa un atributo mas de los que la Norma Fundamental reconoce sobre las personas, su contenido es

de Eduardo Couture y el Derecho Constitucional Procesal; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año X, N° 30, Setiembre-Diciembre de 1977, UNAM, México D.F., Págs. 320 y ss.

(3) El tema del Debido Proceso desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal puede consultarse en el clásico estudio de Eduardo Couture.- *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires 1946. Igualmente en Hector Fix Zamudio.- *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1974; Mauro Cappelletti.- *Proceso, Ideologías y Sociedad*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1974, Págs. 477-486, 525-570. Para un planteamiento mas específico, resultan de especial interés, entre otros: Jesus Gonzales Perez.- *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Ed. Civitas, Madrid 1989; Jose Almagro Nosete.- *Constitución y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona 1984; Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- *El Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona 1992; Franciso Chamorro Bernal.- *La Tutela Judicial Efectiva*, Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1994; Iñaki Esparza Leibar.- *El Principio del Proceso Debido*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona 1995; Joan Picó I Junoy.- *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona 1997. En nuestro medio, principalmente: Anibal Quiroga León.- *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en la Obra Colectiva *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación* dirigida por Francisco Eguiguren, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima 1987, Págs. 97 y ss; Anibal Quiroga León.- *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en la Obra Colectiva *La Constitución diez años despues*, Derecho y Sociedad, Lima 1990, Págs. 289 y ss; Luis Marcelo de Bernardis.- *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima 1995.

(4) La jurisprudencia de nuestro Colegiado también puede ubicarse en los compendios de Gaceta Jurídica Editores. Cfr. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomos I y II, *Acción de Amparo, Acción de Habeas Corpus, Acción de Cumplimiento, Acción de Inconstitucionalidad, Período 96-97*, Lima 1998; *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomos III y IV, *Acción de Amparo, Acción de Habeas Corpus, Acción de Cumplimiento, Acción de Habeas Data, Conflicto de Competencia, Período 97-98*, Lima 1999.

mucho mas amplio u omnicompreensivo de lo que a primera vista se puede pensar e incluso y como veremos mas adelante puede tener diversas connotaciones y aplicaciones, no empero que bastante relacionadas como nuestro propio Colegiado ya ha tenido la oportunidad de establecerlo. Conviene en todo caso y para entender la magnitud de la carga que hoy conoce nuestro Tribunal y los alcances de las sentencias que sobre dicho atributo fundamental se han expedido, detenernos en algunos de los aspectos esenciales que aquel encierra.

II). ORIGEN Y CONNOTACIONES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Los orígenes históricos del Derecho al Debido Proceso se ubican, como es bastante conocido, tanto en Inglaterra, cuya celebre Carta Magna de 1215, nos hablaba en su Capítulo XXXIX de un específico “*law an the land*” (ley de la tierra)⁵, como en Estados Unidos de America, donde las enmiendas V y XIV de su Constitución de 1787, reconocieron el “*due process of law*” (debido proceso legal)⁶. En uno como en otro caso la noción del citado atributo suponía, como hasta hoy, una particular forma de protección contra la arbitrariedad o el abuso.

Aún cuando para dichas épocas la mencionada noción tenía un contenido acentuadamente procesal o adjetivo, esto es, referido a la necesidad de que cualquier sometimiento a juicio, fuera acompañado de las necesarias garantías legales, y es por ello que la doctrina nos habla de un *Debido Proceso Formal*, muy pronto la jurisprudencia, le otorgó también un carácter sustantivo, vale decir, lo entendió como un derecho a que todo pronunciamiento del Estado, sea jurisdiccional, legislativo o administrativo, no afectara de modo irrazonable los derechos fundamentales, idea que a su vez ha permitido concebir la existencia de un autentico *Debido Proceso Material*.⁷

(5) Sobre el “law an the land” y el papel que en su defensa correspondio al notable Juez Ingles Edward Coke, puede consultarse: Roscoe Pound.- *Evolución de la Libertad*, Libreros Mexicanos Unidos, México 1964, Págs. 53-66.

(6) Crf. Herman Prichett.- *La Constitución Americana*, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires 1965, Págs. 655-744; Frank K. Kelly.- *La Libertad y sus Garantías*, Compañía General Fabril Editora S.A., Buenos Aires 1968, Págs. 91-101.

(7) Así lo entiende y desarrolla Juan Franciso Linares en su excelente y clasico estudio *Razonabilidad de las Leyes (El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina)*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1970. Sobre el debido proceso material o “sustantivo” en el derecho americano, puede verse el excelente estudio de John Hart Ely.- *Democracia y Desconfianza (Una teoría del control constitucional)*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de

Desde la perspectiva señalada el Debido Proceso Formal, alude entonces, a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado que, como veremos más adelante, puede ser y de hecho es, en la mayoría de los casos, jurisdiccional, mientras que por otro lado, el Debido Proceso Material, hace referencia al contenido de justicia o razonabilidad que toda decisión formal supone. En pocas palabras, Debido Proceso no solo como instrumento sino también como finalidad.

Menester es precisar, sin embargo, que aún aceptando nuestro examinado atributo como poseedor de unos alcances bastante generales y en muchos casos, verdaderamente indeterminados, sobre todo si es analizado en su faceta sustantiva o material, ha sido y es más por su contenido procesal o adjetivo, que se le conoce y analiza hoy en día en la mayoría de ordenamientos. En el Perú, por citar el ejemplo mas cercano, no es difícil verificar que la doctrina, sin desconocer los supuestos antes señalados, tiende no empero, a ubicar el referido derecho dentro de una connotación típicamente procesalista ⁸, reservando por el contrario el análisis de los aspectos concernientes con el debido proceso sustantivo o material, al ambito de la denominada teoría o principio de la razonabilidad ⁹. En la jurisprudencia incluso, ocurre algo similar, pues cuando se

los Andes, Bogota Colombia 1997, Págs. 32-40. Del mismo Herman Prichett.- *“La Constitución Americana”*, Págs. 745-794.

(8) Cfr. Anibal Quiroga León.- *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, Ob. Col. Cit., Págs. 124-164; del mismo autor *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, Ob. Col. Cit., Págs. 204-336; Luis Marcelo de Bernardis.- *La Garantía Procesal...*; Págs. 137-139, 386 y ss; Victor Julio Ortecho Villena.- *Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional*, Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional, N° 4, Universidad Privada “Los Andes”, Huancayo 1994, Págs. 76 y ss.

(9) En nuestro medio, el tema de la razonabilidad ha sido abordado, por especial referencia de los denominados Estados de Excepción. Al respecto, Diego García Sayan.- *Habeas Corpus y Estado de Emergencia*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989; Eloy Espinoza-Saldaña Barrera.- *Aplicación jurisprudencial de los criterios de razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad para la resolución de Habeas Corpus durante la vigencia de Estado de Excepción: El caso peruano*, (Primera Parte), Derecho y Sociedad, Año 6, N° 10, 1995, Págs. 68-82. (Segunda Parte), Derecho y Sociedad, N° 11, Año 7, 1996, Para estudiar el principio comentado de una manera mucho más organica y general se puede consultar el trabajo de Angel Carrasco Perera.- *El Juicio de Razonabilidad en la Justicia Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, Págs. 39-106. Asimismo Segundo V. Linares Quintana.- *Tratado de Interpretación Constitucional (Principios. Métodos y enfoques para la aplicación de las Constituciones)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, Págs. 559-578.

habla del atributo aquí examinado, es en la mayoría de los casos, para hacer referencia a la opción adjetiva o formal, toda vez que la opción de carácter sustantivo o material aún viene siendo objeto de embrionario tratamiento¹⁰.

Nosotros mismos, por otra parte, no tenemos mayor objeción en acogernos a lo que representa la corriente procesalista del debido proceso y ello naturalmente no porque cuestionemos la existencia como efectivo desarrollo de una opción estrictamente sustantiva, sino simplemente por la necesidad de uniformizar conceptos e ideas, recogiendo antes bien, una tendencia que consideramos perfectamente aceptable. El estudio dogmático dentro de sus propias características y de manera más amplia, respecto de los alcances del derecho referido en su esfera distinta a la estrictamente procesal o adjetiva, lo consideramos pertinente, pero es materia de un análisis que ahora nos llevaría demasiado lejos.

III). APLICACIONES DEL DEBIDO PROCESO FORMAL.

Si como se ha enunciado, el Debido Proceso es un atributo cuya connotación principal, es prioritariamente procesalista, debe no obstante puntualizarse que su aplicación opera fundamentalmente en tres ámbitos, donde la similitud es la regla principal, mientras que la diferencia o la particularidad, la excepción. Estos ámbitos son el Jurisdiccional, el administrativo y el corporativo-particular, existiendo por tanto un Debido Proceso Jurisdiccional, un Debido Proceso Administrativo y un Debido proceso Corporativo-Particular¹¹. Analicemos por separado cada uno de ellos.

(10) En efecto, como veremos en el último capítulo de este trabajo, lo que el Tribunal Constitucional ha venido trabajando en materia de debido proceso sustantivo es bastante reciente y a diferencia de lo que ocurre con el debido proceso formal, no tiene hasta donde conocemos, precedentes directos de lo que ha resuelto en el pasado nuestro Poder Judicial.

(11) No nos ocupamos en éste trabajo del debido proceso como derecho aplicable al interior de los procesos de arbitraje (aspecto sobre el cual se podría trabajar a partir de la Ley N° 27053), pues además de que sobre dicho extremo, no conocemos pronunciamiento alguno, ya sea en el ámbito de la jurisdicción común, como en el de la especializada, consideramos, que el tema amerita un enfoque relativamente diferenciado del que comúnmente se suele otorgar al debido proceso formal en su variante judicial.

1). El Debido Proceso Jurisdiccional.

Características y Alcances.

La primera aplicación o si quiere el primer sector respecto del cual procede alegar la existencia del atributo que venimos comentando es el jurisdiccional. Dicho sea de paso, es también el más común en tanto y en cuanto a él se refiere directamente la Constitución, la doctrina y por supuesto, la misma jurisprudencia. Desde tal óptica se puede hablar del “*Debido Proceso Jurisdiccional*” para referirse al derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia.

Quiere esto decir, que el proceso jurisdiccional en cualquiera de sus manifestaciones (sea civil, penal, administrativo, laboral, constitucional, etc.) no es simplemente o no debe aparecer en modo alguno, como un camino formal orientado hacia el logro de determinados objetivos de justicia, sino como un instrumento dotado de reglas suficientemente óptimas, de principios especialmente útiles, como para que el resultado obtenido pueda ser o pueda considerarse verdaderamente justo o inobjetable (Justo no solo como resultado sino como camino para lograr el resultado). Esas directrices o reglas, empero, que le dan contenido al proceso y lo distinguen de cualquier forma de solución de conflictos, distinta a la estrictamente jurisdiccional, son los que en suma o agrupados, articulan el llamado “Debido Proceso Jurisdiccional”, y sus variantes, para ser más específicos, se encuentran expresamente previstas, principalmente, aunque no exclusivamente, en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado, bajo la forma de principios y derechos ante la función jurisdiccional. Las más conocidas, sin lugar a dudas, son entre otras, “el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley”, “El derecho a los procedimientos preestablecidos”, “el principio de cosa juzgada”, “el derecho a la motivación en las resoluciones judiciales”, “el derecho a la pluralidad de instancia”, “el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”, “el principio de inaplicabilidad por analogía penal”, “el principio de no ser penado sin proceso judicial”, “la aplicación de la ley más favorable al procesado”, “el principio de no ser condenado en ausencia”, “la no privación del derecho de defensa”, “El principio de gratuidad en la administración de Justicia para quienes carecen de recursos”, etc.

Si por otra parte decimos, que no solo el artículo 139° de la Constitución contiene normas que pueden considerarse como pertenecientes al debido proceso es porque, en efecto, aquellas (ya sea las de naturaleza procesal con rango constitucional o las de contenido sustantivo y con implicancia procesal) también pueden ubicarse en otros dispositivos. Basta con repasar el artículo 2°, incisos 2, 10, 11, 24-C, 24-D, 24-E, 24-F y 24-G, para corroborarlo. Cabe anotar sin embargo, que cuando lo que esta en juego es la defensa de una norma constitucional sustantiva con efectos o implicancias procesales (por ejemplo, la contenida en el artículo 2° inciso 24-F relativa a los límites y alcances de la potestad de detención), la jurisprudencia es la que debe merituar, en que casos estamos frente a una violación estrictamente procesal y en que casos frente a una estrictamente sustantiva¹². Bajo dicha lógica, por ejemplo, podría considerarse violación al debido proceso, la transgresión a la norma que impone la obligación de los jueces de motivar y expedir por escrito los mandatos judiciales, mientras que, por el contrario, podría entenderse como vulneración a la libertad individual, la violación al resto de hipótesis previstas en el mismo dispositivo fundamental.

Consecuentemente, allí donde alguno de los derechos de naturaleza procesal y con rango constitucional o de contenido sustantivo y con implicancia procesal resulte trastocado o vulnerado, se planteara de inmediato un problema de Debido Proceso y correspondera a la Magistratura Ordinaria o Especializada la restauración o recuperación del mismo atributo.

Debido Proceso y Tutela Judicial Efectiva.

Conviene en medio del análisis practicado efectuar ciertas precisiones sobre el derecho al debido proceso y lo que en doctrina se denomina tutela judicial efectiva. No en vano y si la propia Constitución se ha preocupado en distinguir ambos atributos en su artículo 139° inciso 3, ello responde a que en efecto, se trata de dos cosas perfectamente distintas o cuando menos con características propias.

(12) Como veremos más adelante y no obstante lo relativamente complicado del tema, el Tribunal Constitucional ha tenido algunas ocasiones en que ha encarado el tema del debido proceso bajo el marco de referencia que ofrecen las normas sustantivas con implicancia procesal.

Si bien la tutela judicial efectiva es en principio, un atributo directamente relacionado con el debido proceso, en la medida en que con aquella, el ciudadano puede acceder al órgano jurisdiccional a través de cualquiera de sus procesos según la naturaleza de su particular pretensión, y por ello su principal manifestación es sin duda alguna, el derecho de acción, de su contenido no fluye que se encuentra inmersa en ninguna de las variantes que el debido proceso posee, sino que mas bien se aprecia una situación de grado estrictamente secuencial.

La tutela judicial efectiva es procesal y por ende relacionada con el debido proceso, por su propia naturaleza de impulso jurisdiccional, pero es diferente por sus alcances que se expresan al comenzar o al terminar el proceso, pero no durante su trayecto. Así las cosas, cuando un justiciable invoca la tutela judicial es para que la judicatura tome conocimiento del reclamo o petición que este formula o para que lo resuelto en definitiva por esta, pueda, en efecto, llevarse a ejecución, más lo que suceda durante el transcurso o secuela del proceso y los principios y derechos que ante el funcionen ya serán de exclusiva incumbencia del debido proceso¹³.

Uno u otro atributo, en todo caso, resultaran igual de importantes para la satisfacción de los intereses del justiciable, pues de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia, pero tampoco podrá pregonarse el respeto de las categorías procesalmente debidas cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es, por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o, una vez resuelto, ineficazmente cumplido.

El cuestionamiento de resoluciones judiciales por conducto de las garantías.

Si hemos sostenido que cualquier transgresión a las variables que implica el debido proceso, exige la restauración inmediata de las mismas, conviene

(13) Cabe anotar, no empero, que no todos los autores tienen una idea muy coincidente sobre lo que resulta siendo el contenido de la tutela judicial efectiva, pues hay desde los que opinan que su conformación requiere una individualización de categorías (al igual como ocurre con el debido proceso) hasta los que postulan un contenido no cerrado de variables. Cfr. Luis Marcelo de Bernardis.- *“La Garantía Procesal del Debido Proceso”*, Págs. 363-369.

interrogarse, respecto de los instrumentos a utilizar frente a tales contingencias, pues en principio y si se suele acudir al remedio de las garantías constitucionales contra fallos judiciales atentatorios del debido proceso (como por lo demás está plenamente demostrado según estadísticas aplicables tanto en el ámbito del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional), debe meritarse hasta que punto de vista resulta aceptable o, por el contrario, discutible, el uso de tal opción.

La Constitución peruana, como se sabe, considera a las garantías como los instrumentos procesales reconocidos con el objeto de proteger o tutelar a la persona frente a actos u omisiones provenientes de cualquier autoridad funcionario o persona que violen o amenacen de violación sus derechos constitucionales. El artículo 200° y especialmente sus incisos 1 y 2 concernientes con el habeas corpus y el amparo son bastante claros en tal sentido.

Consecuencia de lo dicho, si la Norma Fundamental y específicamente el debido proceso es transgredido por una resolución expedida por una autoridad de tipo judicial, no parece difícil aceptar que las garantías serían en principio inobjetables, o perfectamente procedentes contra resoluciones judiciales.

Ocurre sin embargo, que nuestra vigente Constitución, optando por el camino que desde 1982, ya había señalado la Ley N° 23506 (la ley reguladora del habeas corpus y el amparo) ha partido de la idea de que no todas las resoluciones judiciales pueden ser pasibles de cuestionamiento por conducto de las garantías, sino que únicamente lo pueden ser, aquellas que deriven o sean resultando de un “proceso irregular”. Semejante criterio se corrobora, cuando, en efecto, revisamos el último párrafo correspondiente al inciso 2 del artículo 200°, antes citado, que, refiriéndose al amparo constitucional, establece que dicha garantía “No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”, repitiendo pues la regla, que para toda clase de garantías, había previsto como se dijo, el inciso 2 del artículo 6° de referida Ley N° 23506.

Cabe entonces deducir que si nuestro ordenamiento proscribiera la procedencia de las garantías contra resoluciones emanadas de procedimiento regular, por interpretación a la inversa, es por demás evidente, que si proceden o si se habilitan contra aquellas resoluciones emitidas durante el transcurso o secuela de procedimientos irregulares ¹⁴.

(14) Sobre regularidad e irregularidad procesal puede verse: Alberto Borea Odria.- *Evolución de las Garantías Constitucionales*, Grijley Editores, Lima 1996, Págs. 89-95, Asimismo, Víctor Julio Ortecho Villena.- *Derechos y Garantías Constitucionales*, Marzol Perú Editores S.A., 2° Edición, Trujillo 1990, Págs. 575-580.

Opciones doctrinarias que niegan o afirman la procedencia de las garantías contra resoluciones judiciales.

La hipótesis de admitir la procedencia de las garantías contra decisiones judiciales, no ha sido, sin embargo, tan fácil de asimilar. De ello no solo dan fé las disposiciones constitucionales y legales que nos hablan de “proceso regular” sino las mismas posiciones doctrinarias existentes al respecto¹⁵

Una primera opción a la que los estudiosos califican de “restrictiva” suele apelar a cuatro argumentos centrales¹⁶ a los efectos de invocar la improcedencia de las garantías contra resoluciones judiciales:

- a) Se dice en primer termino, que la posibilidad de que se recurra de toda decisión judicial mediante el uso de una garantía atenta directamente contra el principio de cosa juzgada, ya que en la práctica es un hecho que ninguna resolución puede quedar firme o en situación de inalterabilidad definitiva, cuando sus alcances pueden ser cuestionados o debatidos de modo permanente.
- b) Se señala por otro lado, la incongruencia que supone el que en un proceso tan breve y sumario como el que corresponde a las garantías, se pueda invalidar o dejar sin efecto, lo resuelto en un proceso mucho mas extenso, provisto incluso de etapa probatoria. Si las garantías no tienen un amplio margen de discusión y por consiguiente no se puede merituar adecuadamente todos los elementos que ofrezcan las partes, mal pueden sustituir aquellas a los procesos que, por el contrario, si poseen los instrumentos más optimos para dirimir una controversia.
- c) Se afirma igualmente, que es un atentado contra el sistema organizado de jerarquías judiciales, que magistrados inferiores terminen revisando o hasta revocando lo resuelto por magistrados superiores, ya que de admitirse tal situación se fomentaria el caos y la anarquía al interior del órgano jurisdiccional. En todo caso y aún cuando dicha hipótesis se presenta en materia de habeas corpus y excepcionalmente tambien, en amparo, no debe ni tiene porque ser la regla general.

(15) Cfr. los excelente trabajos de Samuel Abad.- *¿Procede el Amparo contra Resoluciones Judiciales?*, Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 2, Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, Págs. 35-71; y Domingo García Belaunde.- *El Amparo contra Resoluciones Judiciales: Nuevas Perspectivas*, Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 6, Comisión Andina de Juristas, Lima 1991, Págs. 63-78.

(16) Samuel Abad.- *¿Procede el Amparo contra Resoluciones Judiciales?*, Lecturas..., Pág. 38.

d) Por último, se apela a la idea de que las probables transgresiones a la Constitución, que efectivamente, pueden presentarse dentro de los procesos, deben ser corregidas única y exclusivamente, por conducto de los propios mecanismos internos que se habilitan a su interior y no así por intermedio de las garantías. Cada proceso, sea civil, penal, administrativo o de cualquier otro tipo, tiene sus propios mecanismos de autocorrección frente a las contingentes irregularidades o anomalías que a su interior se presenten, de manera que si ese es el caso, no puede buscarse desde afuera o por intermedio de un proceso distinto –en este caso, el constitucional- la correspondiente solución.

Lo cierto es que de los cuatro argumentos antes referidos, el que quizás haya encontrado mayor receptividad es el último de los señalados ya que incluso ha sido consagrado a nivel legislativo por conducto del artículo 10° de la Ley N° 25398 o Ley Complementaria de la Ley N° 23506 y cuyo texto, como se conoce, ha establecido que *“Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2) del artículo 6° de la Ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen”*. Sin embargo, no debe perderse de vista, que aún cuando tal criterio haya tenido acogida, no ha sido ello de una forma absoluta, pues el presupuesto en la exigibilidad de dicha disposición, no ha dejado de ser en toda circunstancia y en concordancia con lo anteriormente manifestado, que el proceso a donde se presenten las consabidas anomalías, tenga carácter “regular”, con lo cual sigue siendo plenamente válida la tesis de cuestionamiento de aquellos procesos llamados por el contrario, irregulares.

Por el contrario, para una segunda corriente de opinión a la cual los estudiosos califican de *“permissiva”*, las garantías si deben proceder contra resoluciones judiciales ya que más importante que cualquier principio funcional o estrictamente organizativo de la Magistratura, es la vigencia y respeto de los derechos fundamentales.

La citada tesis permisiva puede a su vez –y esto se observa con mucha frecuencia según los modelos que nos ofrece el Derecho Comparado- asumir diversas modalidades, siendo dos de ellas las más frecuentes: Una tesis permisiva amplia y una tesis permisiva moderada.

Para la tesis *“permissiva amplia”* las garantías deben proceder contra todo tipo de resoluciones judiciales siempre que al expedirse aquellas se haya transgredido o amenazado algún derecho constitucional, cualquiera que sea la naturaleza o contenido de éste. Por consiguiente si mediante una resolución

judicial se viola o amenaza el derecho de propiedad, el derecho a la igualdad, el derecho de contratación, el derecho al honor, etc. caben inobjetablemente las garantías. No interesa en todo caso quien es el autor de la violación o amenaza de violación, sino los efectos inconstitucionales que con su actuar ocasiona y que por tanto necesitan ser superados.

Por el contrario, para la tesis "*permissiva moderada*", si bien las garantías pueden proceder contra resoluciones judiciales, no pueden sustentarse aquellas en la transgresión o amenaza de todo tipo de derechos constitucionales, sino unicamente en aquellos de naturaleza estrictamente procesal. Consecuentemente, una garantía promovida contra una resolución judicial que tuviese por objeto reclamar, por ejemplo, por una transgresión al derecho de propiedad, no prosperaría, pero en cambio si se habilitaría dicho instrumento de protección, si lo que esta en juego es la violación a amenaza de violación ya sea del derecho de acción (integrante de la tutela judicial efectiva) o ya sea del derecho al debido proceso, ya que son dichos atributos, los que permiten, tal y como se ha visto anteriormente, que una causa pueda ser conocida, tramitada y resuelta con arreglo a un sentido básico o elemental de Justicia.

La opción en el Derecho Peruano.

Como resulta facil constatar, nuestro Derecho Procesal Constitucional Peruano se adscribe a la tesis permisiva moderada. Basta con remitirnos al artículo 200° inciso 2) de la Carta Política, al artículo 6° inciso 2) de la Ley N° 23506 y al artículo 10° de la Ley N° 25398, para corroborarlo. En todos y cada uno de dichos dispositivos se habla, como se recordará, de "procedimiento regular", procedimiento que para estos efectos analogamos a la figura del debido proceso. De manera que si el procedimiento se convierte en irregular o lo que es lo mismo, en atentatorio del debido proceso, proceden indiscutiblemente, las garantías constitucionales.

Particularidades del Debido Proceso según la naturaleza de los procesos judiciales específicos.

En medio del panorama descrito, cabe por otra parte señalar, que el debido proceso jurisdiccional, no es contra lo que pudiera señalarse en terminos generales, una formula matematica aplicable en todos los casos de manera igual o repetitiva. Bien es verdad, que cuando hablamos de aquel, nos referimos a un atributo continente en el que caben diversas variables o modalidades, que

ya se dicho, se encuentran, en la mayoría de las veces reconocidas en el artículo 139° de la Norma Fundamental, sin embargo, el que dicha formula, insistimos, sea la que se recepciona en terminos comunes, no significa, tampoco, el desconocer las peculiaridades específicas, que la figura del debido proceso asume al interior de cada proceso.

Aún cuando los esfuerzos de algunos teóricos del procesalismo científico¹⁷ hayan apuntado hacia la configuración de una “teoría general del proceso”, constituida como estructura de principios comunes a cualquier procedimiento, lo cierto es que esta última en ningún momento ha supuesto el ignorar la naturaleza especial que por ejemplo, caracteriza al proceso civil y lo distingue en cambio, del proceso penal, o aquella que por otra parte corresponde al proceso laboral y lo distancia en unos casos o lo asemeja en otros, del administrativo o hasta del constitucional. Claro esta, que no se trata ni mucho menos, de ignorar ciertas reglas comunes en cada instrumento adjetivo, sin embargo lo real, es que si hablamos del debido proceso jurisdiccional y al mismo tiempo de diversos procesos, distinguibles según su contenido material, no parece difícil aceptar, que el debido proceso, no es de hecho, exactamente igual para todos los casos o en todas las circunstancias¹⁸.

En efecto, lo que para una variante particular de proceso puede ser vital y necesario en la articulación de un debido proceso, puede no serlo tanto, o tal vez pasar como intrascendente para otro tipo de proceso. Basta con recordar el dogma que para el proceso civil supone la igualdad de las partes y por el contrario, contraponer dicha realidad con lo que acontece con el principio de prevalencia de la parte quejosa, tan común como racional en el proceso constitucional de garantía, o, por poner otro caso, observar la variedad de articulaciones que el proceso penal habilita como medios de defensa y al revés de ello, contemplar los evidentes condicionamientos procesales del emplazado, cuando del habeas corpus se trata. Y por cierto, si a ello agregamos, que al interior de

(17) Cfr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo.- *La Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal*. Revista de la Facultad de Derecho, N° 31-42, Enero 1967-Diciembre 1969, Universidad de Carabobo (Venezuela), Págs. 5-80; Enrique Véscovi.- *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá 1984; Hernando Devis Echandía.- *Teoría General del Proceso*, Tomos I y II, Editorial Universidad, Buenos Aires 1984.

(18) Luis Marcelo de Bernardis ha puntualizado y no sin razón que “... en todos los procesos no pueden aplicarse todas las garantías. Ello dependerá de la regulación que el legislador apruebe o mediante aquello que la jurisprudencia establezca. A pesar de ello, en toda clase de procesos deberán existir determinadas manifestaciones mínimas del debido proceso para que este sea, realmente, un debido proceso”; Cfr. *La Garantía Procesal...*; Pág. 401.

cada proceso, existen diversas variables de procedimientos (como por lo demás, ocurre con el ámbito procesal penal, procesal civil y procesal constitucional)¹⁹, comprobaremos, que de hecho el debido proceso no es ni puede ser igual para todos los casos, aún cuando respecto de cada uno de ellos, tenga que predicarse un necesario contenido esencial.

El Debido Proceso Jurisdiccional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Hemos dicho con anterioridad que el debido proceso jurisdiccional hace las veces de un atributo continente en cuyo interior se puede individualizar un conjunto de principios y derechos elementales por demás necesarios para que una causa pueda conocerse, tramitarse y resolverse con auténtica justicia.

Pues bien, la idea de que tales principios y derechos integren o conformen el continente llamado “Debido Proceso”, ha dependido siempre y en buena cuenta de la óptica jurisprudencial adoptada ya sea a nivel de la magistratura ordinaria (Poder Judicial) o ya sea a nivel de la especializada (Tribunal Constitucional).

En el caso de nuestro Colegiado, que es el que aquí nos interesa, pareciera sin embargo, que la idea de definir de inmediato los horizontes del Debido Proceso, no ha estado en la concepción doctrinal de sus Magistrados, sino más bien la de merituar, paulatinamente o en un sentido progresivo, los derechos constitucionales de naturaleza procesal, caso por caso, o avanzando desde lo particular hasta lo general. Así las cosas y aunque nuestro Supremo Interpretador de la Constitución no ha dicho exactamente que es el debido proceso jurisdiccional, sí ha señalado en más de una oportunidad en que casos o a propósito de que derechos de naturaleza procesal cabe predicar la existencia del citado atributo.

1). Un primer caso que podemos traer a colación es el que se refiere al Expediente N° 942-96-HC/TC tramitado con motivo del Habeas Corpus

(19) En efecto, mientras que en el proceso penal nos encontramos con procedimientos ordinarios, sumarios y especiales, cada uno con características propias, en el proceso civil, se nos ofrece procedimientos de conocimiento, abreviados, sumarísimos, cautelares y de ejecución, donde ocurre otro tanto en cuanto a la diversificación de reglas procedimentales. El caso tampoco es distinto con el proceso constitucional, a donde los procesos constitucionales de la libertad (habeas corpus, amparo, habeas data, acción de cumplimiento) no son iguales ni se sustentan por consiguiente en los mismos principios o reglas que corresponden a los llamados procesos constitucionales orgánicos (acción popular, conflictos de competencia, acción de inconstitucionalidad).

interpuesto por don Pedro Terrones Casas y don Guillermo Cruzado Nuñez contra la Sala Penal Especial de Terrorismo²⁰.

En aquella ocasión los accionantes cuestionaban el haber sido objeto de un proceso irregular o indebido por ante la Sala Especial de Terrorismo pues no obstante haber sido llevados a juicio por delito de terrorismo y ser absueltos de tal imputación, la misma sala especializada (en resolución que posteriormente sería confirmada por la Corte Suprema), procedió a condenarlos por un ilícito de naturaleza común, no empero ser conciente que no se encontraba facultada para ello, conforme al Decreto Ley N° 25475, entonces vigente, y que establecía el juzgamiento y sanción especial únicamente para los delitos de terrorismo, y obviamente, el juzgamiento y sanción por las Salas Penales del Poder Judicial, para quienes como los accionantes, habían cometido solo delitos comunes. Este caso incluso, llegó en dos ocasiones al Tribunal Constitucional; una primera, en que se declaró la nulidad de lo actuado por la Sala Penal que originariamente conoció del habeas corpus, y a la cual se ordeno la emisión de nuevo fallo acorde con la Constitución, dado que su resolución no motivaba las razones por las cuales alegaba regularidad del proceso cuestionado (Expediente N° 312-96-HC/TC)²¹, y una segunda, en que el Colegiado al observar la inoperancia y confusión de la judicatura ordinaria (confusión reflejada en el hecho de pretender invocar una presunta regularidad del proceso penal cuestionado, por el hecho de haberse pronunciado la Corte Suprema a favor de la resolución judicial cuestionada, y, con la cual no podía disentir la Sala inferior en atención al principio de las jerarquías judiciales), se vio en la imperiosa necesidad de tutelar la pretensión reclamada e incluso ordenar la excarcelación de los reclamantes, tras considerar que, en efecto, se había transgredido por parte de la autoridad judicial emplazada, el derecho a la jurisdicción predeterminada por la Ley.

Dijo entonces el Tribunal *“Que... ha quedado acreditado que los accionantes de la presente causa, no obstante haber sido absueltos por la imputación que se les hizo por el delito contra la Tranquilidad Pública-Terrorismo y que precisamente motivo su enjuiciamiento por conducto del fuero especial, fueron sin embargo condenados por el delito contra la*

(20) Cfr. El Peruano del 20-08-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 24, Págs. 207-208. El mismo pronunciamiento puede consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo III, S-358, Págs. 48-51.

(21) Cfr. El Peruano del 04-09-96, *Separata de Jurisprudencia*, Año VI, N° 392, Págs. 2299-2300. El mismo pronunciamiento puede consultarse en *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Tomo I, S-011, Págs. 35-37.

libertad-violación de la libertad personal, ilícito de naturaleza común tipificado como tal por el Código Penal”, “Que, si la norma que habilita el procesamiento especial y establece la penalidad para los casos de terrorismo, esto es, el Decreto Ley N° 25475, no determina en ninguno de sus dispositivos y de manera expresa e inequívoca, que a quienes se les encuentre responsables de un delito común se les tenga que condenar por la vía especial, es evidente que existe una transgresión manifiesta del derecho al Debido Proceso y particularmente a la Jurisdicción predeterminada por la Ley reconocidos por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado”, “Que, por otra parte es de meritarse que si la Sala Especial de Terrorismo era incompetente para condenar a los accionantes por un ilícito común ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 329° del Código de Procedimientos Penales y proceder a su consecuente excarcelación, o en todo caso, si tenía el convencimiento absoluto que los accionantes si eran responsables por un delito distinto al terrorismo, ha debido disponer la remisión de los actuados a la Sala Penal de Turno, tal como se hizo en la resolución obrante de fojas veintiuno a veinticuatro de los autos y concerniente con un caso similar al presente, empero el haber procedido tal y como se ha señalado en el sentido de condenarlos conociendo que no estaba facultada para hacerlo, no hace sino viciar de ilegitimidad constitucional su respectiva resolución”. Agregaba además, “Que dentro de este panorama, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha cinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (fojas seis a siete), haya declarado no haber nulidad en la cuestionada sentencia condenatoria, no convalida en absoluto el carácter irregular del proceso que la motivo, pues independientemente de que haya estado obligada por el artículo 298°, inciso 2) del Código de Procedimientos Penales ha declarar su nulidad, ha debido reparar en la manifiesta inconstitucionalidad que se estaba produciendo ya que el precedente sentado podría desnaturalizar el principio de legalidad en los procesos penales”, “Que correlativamente a lo dicho y cuando este Colegiado tuvo la oportunidad de pronunciarse con anterioridad en la misma causa (fojas cincuenta y siete a sesenta), dejó claramente establecido que era necesario fundamentar las razones por la que la primera recurrida había calificado como regular el proceso ventilado cuando era la misma Constitución la que reconocía el derecho a la Jurisdicción predeterminada por la Ley, devueltos los autos sin embargo es inaceptable que la nueva recurrida otorgue la razón a los accionantes

empero renuncie a su deber de defender la Constitución sustentándose en el criterio de las jerarquías judiciales, ya que ello es absolutamente contradictorio y reñido con todo espíritu de Justicia”, “Que precisamente por lo dicho es necesario que este Colegiado, aunque se trate de un caso particular, deje establecido como principio a observar en lo sucesivo, que el hecho de que una acción de garantía contra una autoridad judicial, se tramite o resuelva ante otra de igual o menor jerarquía, no puede interpretarse como un desacato al orden establecido al interior del Organismo Judicial cuando lo que esta de por medio es la reafirmación cotidiana del respeto por los Derechos Constitucionales y particularmente del debido proceso, pues de lo contrario nadie podría intentar una garantía contra la mas altas jerarquías de la Judicatura, lo que evidentemente entrañaría una interpretación absolutamente inconstitucional”, “Que por consiguiente y sin que este Colegiado tenga porque evaluar la culpabilidad o inocencia de los accionantes en un asunto que no es de su competencia, se encuentra en la inexorable obligación de amparar la pretensión que reclaman por respeto a los principios constitucionales, transgredidos como se ha dicho en el presente caso, no obstante lo cual deja a salvo la facultad de la Jurisdicción Ordinaria a los efectos de que proceda según sus atribuciones legales y constitucionales”.

De los fundamentos glosados, se puede entonces observar, que el Tribunal Constitucional, no solo reconoció el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley como parte integrante del debido proceso, y dentro de semejante perspectiva, la evidente incompetencia en la que se encontraba la Sala Especial de Terrorismo para procesar y condenar a los accionantes, sino que correlativamente y como quiera, que se planteo en la secuela del procedimiento constitucional, el asunto de si una instancia específica del Poder Judicial, podía o no disentir con lo resuelto por una instancia superior, el Colegiado, se permitió enfatizar que el principio de jerarquías judiciales no podía contraponerse como pretexto cuando estaba de por medio la tutela constitucional de los derechos y que aún cuando hubiese opinado en un sentido favorable a un fallo judicial irregular la más alta de las instancias de la judicatura ordinaria, ello no suponía el convalidar dicho fallo pues el mismo es contrario a la Constitución. Por último, se dejo claramente establecido, un principio que como veremos más adelante, es de observancia común en todos los procesos constitucionales donde se tutela el debido proceso jurisdiccional. Nos referimos al principio de respeto por la controversia de fondo, que se traduce en el hecho de que el Tribunal no puede ingresar a evaluar lo que resulta de exclusiva competencia de la jurisdic-

ción ordinaria sino únicamente, si aquella ha respetado o no el debido proceso. En el caso examinado, ya vimos que el Colegiado no dijo que los accionantes fueran culpables o inocentes de los cargos que se les imputaban (lo cual solo le corresponde a la jurisdicción competente), sino únicamente que habían sido mal procesados y consecuentemente, mal sancionados. Esa fue incluso la razón por la que se dejó a salvo el irrestricto derecho que tiene la jurisdicción común de juzgarlos y condenarlos empero conforme a las normas que en efecto correspondan.

2). Un segundo pronunciamiento que ratificó la corriente de tutela en materia de debido proceso jurisdiccional, es el que se emitió dentro del Expediente N° 611-97-AA/TC sobre el amparo promovido por doña Marina Genoveva Ojeda viuda de Cáceres, doña Aura Benitez Benitez y doña Vilma Vizcarra Borja, en representación de doña Jenny Vizcarra Borja, doña Lucila Zegarra Ortiz, doña María Valdivia Bachi, don Gustavo Soto de la Torre, don Julio Esquivel Faerli, doña Ada Esquivel Faerli y doña Elena Valencia Sierra contra el Juez del Segundo Juzgado Civil de Arequipa²².

En este caso, lo que se reclamaba por los demandantes era la transgresión de sus derechos al debido proceso, la defensa y la propiedad, pues ante la autoridad judicial emplazada se venía tramitando un proceso de reivindicación seguido por doña María Sánchez Llerena de Gamero contra la Municipalidad Provincial de Arequipa, proceso en el que se buscaba la desocupación de los departamentos de propiedad de los actores y que habían sido adquiridos mediante escritura pública y al amparo de la fe registral, y en el que por otra parte, se había dispuesto incluso, efectuar diligencia de lanzamiento para fecha determinada. Los demandantes, al encontrarse en dicha contingencia, intentaron infructuosamente incorporarse a dicho proceso reivindicatorio, siendo denegada su participación por la autoridad judicial emplazada quien no los considero como partes del mismo.

Conocido este reclamo por nuestro Colegiado, tras haberse agotado las instancias de la jurisdicción común, se resuelve finalmente que: *“...la pretensión de los actores debe de estimarse, ya que: a) según se está a los documentos que obran a fojas dieciocho a cincuenta y nueve, y de ochenta ocho a ciento catorce, los accionantes han acreditado haber adquirido en propiedad los inmuebles respecto de los cuales doña María Llerena Sánchez demandó su reivindicación a*

(22) Cfr. El Peruano del 20-10-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 38, Págs. 320-321. El mismo pronunciamiento puede consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Tomo III, S-464, Págs. 286-289.

la Municipalidad Provincial de Arequipa, en el proceso judicial signado con el número ciento sesenta y ocho guión noventa y uno, por ante el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Arequipa. b) según se está a la resolución obrante a fojas ciento ochenta y dos y ciento ochenta y cinco del cuaderno acompañado (proceso de reivindicación y otros) el Juez del referido Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Arequipa, no obstante habersele hecho conocer los documentos que acreditan la propiedad de los actores, acerca de los inmuebles sobre los cuales era objeto el proceso de reivindicación, y por tanto el legítimo interés para obrar al que se refiere el Artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, con fecha veintidós de junio de mil novecientos noventa y cuatro, declaró "No ha lugar" el apersonamiento que solicitaron estos. c) el haber procedido de esa manera, sin evaluar en lo más mínimo las pruebas documentales ya referidas, no obstante preverse que cualquiera hubiese sido el resultado del mencionado proceso de reivindicación, como en efecto aconteció, el resultado de éste necesariamente habría de afectar la esfera subjetiva de los actores, lleva a este Colegiado a determinar que tal acto constituye; actual e inminente amenaza de violación del derecho de propiedad que los actores mantienen sobre los inmuebles que constituyeron objeto del proceso ordinario tantas veces referido", "Que, asimismo, y en forma consustancial, es de advertirse en el caso de autos, la violación (y ya no tan solo de una amenaza de violación) del derecho constitucional al debido proceso, y particularmente del ejercicio del derecho de defensa de los actores, pues se impidió a estos que, una vez acreditada su legitimidad para obrar, puedan exponer en forma libre los hechos y el derecho que, a su juicio, puedan coadyuvar a la resolución del conflicto de intereses planteado, que, como ya se ha anotado, en forma inexorable habría de repercutir sobre la esfera subjetiva de los actores...", "Que, estando a los fundamentos jurídicos inmediatamente precedentes, y pudiendo haber apreciado el juzgador ordinario que de seguir el proceso ordinario se iba a decidir un conflicto de intereses sobre un objeto, prima facie, ajeno, donde los actores del proceso de Amparo, habían acreditado su legítimo interés tras contar con los títulos inscritos en el registro correspondiente, a juicio de este Colegiado torna dicho proceso judicial ordinario en irregular, supuesto frente al cual es procedente articularse la presente preten-

sión en la vía judicial constitucional, máxime si tal acto arbitrario e irregular, de impedirle el ejercicio del derecho de defensa, se reitero con posterioridad, conforme es de apreciarse de la resolución de fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis...”, “Que, en ese sentido, el que el Artículo 1154° del Código de Procedimientos Civiles, norma preconstitucional, que obliga necesariamente a ser interpretada de manera armónica con la Constitución, impida admitir, sin más, la interposición de algún medio de defensa al Juez ejecutor de una sentencia, conforme se ha esbozado en la resolución venida en grado, sin que se repare que para tomar tan radical medida, conforme se prevé en el Artículo 10° de la Ley N° 25398, dicha resolución debe imprescindiblemente haber sido emitida dentro de un proceso regular, a juicio de este Colegiado supone una intolerable violación al derecho constitucional al debido proceso, al que se encuentran obligados a prestar tutela todos los jueces constitucionales, y en forma muy significativa, éste Colegiado, órgano de control de la constitucionalidad”, “Que, los fundamentos jurídicos anteriores hayan advertido en el caso de autos, la amenaza de violación al derecho constitucional de propiedad, y de otro lado, la violación del derecho constitucional al debido proceso, en su manifestación de derecho a la defensa, no significa que este Tribunal se haya arrogado competencias que no le están permitida, y que, por tanto puedan significar un pronunciamiento en torno al fondo del proceso ante la jurisdicción ordinaria que vienen siguiendo doña María Llerena Sánchez con la Municipalidad Provincial de Arequipa, pues su dilucidación ha de corresponder siempre como una tarea que nuestro ordenamiento ha conferido a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”, “Que, siendo ello así, y estando a los fundamentos anteriormente expuestos, el que este Colegiado se vea obligado a anular una resolución judicial que se encuentra en ejecución de sentencia, como en el caso de autos acontecido, no ha de suponer que a través del proceso de Amparo pueda éste convertirse en una supra-instancia donde, en definitiva, se diriman cualquier clase de controversias, pues, como ya se ha dejado sentado como principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en la Causa N° 020-95-AA/TC, el que el Amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso, característica que permite identificar cuando se está o no frente a un proceso regular, que en el caso de autos, como ha quedado dicho, no se ha respetado”.

En este caso y como se desprende de los fundamentos antes referidos, el Tribunal no solo individualizó el derecho de defensa como parte integrante del derecho al debido proceso, sino la evidente desnaturalización que del mismo supone el hecho de impedirse a quienes tienen legítimo interés en una causa, participar de la misma. Se ha especificado incluso, que aún cuando la prohibición de participación en un juicio nazca no de la voluntad de una autoridad judicial, sino de la ley misma, es aquella igual de contraria al debido proceso, por lo que ningún proceso y ni siquiera los que se encuentran en etapa de ejecución, pueden pues tolerar restricciones de tal naturaleza. Por último y al igual como se señalaba en nuestro primer caso, se ha dejado a salvo el asunto de fondo, pues lo que ha hecho el Tribunal, no es impedir que la demandante del juicio de reivindicación promueva los procesos que a su derecho corresponda o declarar en definitiva, que la propiedad es indiscutible respecto de los demandantes de amparo, sino simplemente habilitar la posibilidad de que todas las partes interesadas puedan participar en el juicio ordinario sobre reivindicación, ya que es ello garantía de un efectivo derecho de defensa.

3). Un tercer caso que podemos traer a recuento es el que se produjo con motivo del Expediente N° 425-96-HC/TC sobre Habeas Corpus promovido por don Luis Enrique García Barreto en favor de don Juan Herrán Peralta y don Patricio Samamé Paz contra del Juez Agrario de Sullana, don Carlos Quito Delgado²³.

En esta ocasión se discutía, entre otras cosas, si los apremios de detención de los que están investidos los jueces no penales, eran o no contrarios a la Constitución ya que las personas en cuyo favor se había interpuesto el habeas corpus, en su condición de funcionarios de un Banco al que la autoridad judicial emplazada había ordenado trabar un embargo en sus propias cuentas a consecuencia de un proceso seguido ante terceros, podían al mismo tiempo ser pasibles de restricciones sobre su libertad individual al amparo del artículo 644° del antiguo Código de Procedimientos Civiles. Naturalmente existían otros argumentos en esta causa que se orientaban por el cuestionamiento de la misma medida de embargo, sin embargo, el Tribunal no hizo eco de los mismos por considerar dicha medida como legítima, mas por el contrario y en cambio, si se permitió efectuar un razonamiento en el aspecto concerniente con la libertad individual pues sobre el particular si existía, a su juicio, un problema de atribuciones procesales.

(23) Cfr. El Peruano del 21-03-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 74, Págs. 678-679.

Dijo en aquella ocasión el Colegiado: “... que aunque dentro del proceso antes referido, se ha dispuesto un embargo en forma de retención contra el Banco Wiese Ltda. y cuya oposición por parte de los afectados ha dado lugar a los apercibimientos antes referidos, e incluso, a la detención efectiva de uno de ellos, no es en rigor la referida medida de embargo la que esta siendo centralmente cuestionada por la vía del habeas corpus (lo que además sería improcedente por no ser ese su objeto), sino, básicamente, la consabida potestad de detención de la que se encontraba investida la autoridad judicial”. “Que a estos efectos, es de precisarse, que aunque el juez emplazado manifestó haber actuado al amparo de lo dispuesto por el artículo 644° del derogado Código de Procedimientos Civiles, que facultaba a los jueces civiles a librar apremios de detención contra los depositarios de dinero, valores y bienes muebles embargados cuando no sean estos presentados a su requerimiento judicial, dicha norma no podía haber sido interpretada, o más aún, aplicada, en discordancia con la Constitución Política de 1979, vigente al momento de ventilarse la controversia de donde se derivó las medidas cuestionadas, por cuanto es notorio que conforme a su artículo 2° inciso 20-C, la medida privativa de la libertad, como decisión de los jueces civiles, estaba limitada exclusivamente al incumplimiento de deberes alimentarios y no a otras variables, como la que particularmente se discute en el presente caso. A mayor abundamiento, incluso, la actual Carta Política ha consagrado, idéntico precepto en su artículo 2° inciso 24-C”. “Que en consecuencia, si bien no es objetable el haber tramitado un embargo en forma de retención en contra del Banco Wiese, no ha debido, en cambio, hacerse uso del consabido apremio de detención por ser este último contrario a la Constitución, y suponer, en efecto, una particular forma de amenaza contra la libertad individual. En el peor de los casos, si se producía renuencia de los demandados de la causa sobre extinción de obligación a propósito de los requerimientos efectuados por el Juez, existía siempre como alternativa, la denuncia en la vía penal por delito de resistencia a la autoridad, hipotesis, al parecer no suficientemente merituada por el emplazado”. “Que por último, debe quedar perfectamente establecido, que no obstante encontrarse actualmente derogado el Código de Procedimientos Civiles, debe procederse a la inaplicación de su artículo 644° por cuanto sus efectos aún se mantienen vigentes, entendiéndose en todo caso que lo cuestionable en su contenido, no son los deberes impuestos por dicha norma al depositario de dinero, valores y bienes muebles, sino exclusivamente y como se ha dicho, el apremio de detención, en caso de incumplimiento”.

Lo que el Tribunal ha querido dejar sentado en esta oportunidad, como resulta fácil de apreciar, es que la potestad conferida a los jueces no penales de librar apremios de detención y que como se sabe, se encontraba prevista en el derogado Código de Procedimientos Civiles para casos como el del demandante, no era acorde con la Constitución, al suponer la misma una particular forma de restricción sobre la libertad individual de las personas. Para llegar a dicha conclusión el Colegiado no ha tomado como marco de referencia del proceso debido, una norma constitucional procesal, sino como dijimos en otro momento, una norma constitucional sustantiva pero con implicancias procesales. No otra cosa representa pues, la disposición relativa a la prohibición de restringir la libertad por deudas, salvo las que resulten estricta consecuencia del incumplimiento de los deberes alimentarios²⁴. Por otra parte se ha permitido distinguir, lo que es una medida incuestionablemente legítima en el ámbito judicial, como lo es la orden de embargo (en ese sentido se ha rescatado nuevamente el principio de respeto por la controversia de fondo), de lo que es una medida

(24) Mas recientemente el Tribunal ha buscado complementar esta doctrina, pues el hecho de haberse pronunciado en contra de una particular potestad conferida a los jueces no penales bajo el argumento de que aquellos no pueden restringir la libertad más allá del incumplimiento de los deberes alimentarios, traía otras consecuencias, entre ellas las de saber, si absolutamente todos los casos distintos al referido supuesto constitucional, y que generalmente se encuentra previstos por la ley, pueden estimarse contrarios a la Constitución (por ejemplo, la facultad de los Magistrados de ordenar la detención de quienes atentan contra el decoro judicial durante el curso de actuaciones judiciales, conforme al artículo 185°, inciso 3 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La respuesta en tal sentido, parece haber sido la ensayada en el Expediente N° 031-98-HC/TC (Cfr. El Peruano del 22-04-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 161, Pág. 1690). En esta causa, si bien se declaró la sustracción de materia, por haberse superado el estado de violación a los derechos que se invocaba, se dijo expresamente: “*Que, la Constitución Política del Perú ha establecido en su artículo 2°, inciso 24), literal “b”, que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley, lo cual constituye una garantía normativa, tributaria del principio constitucional de legalidad de primordial cumplimiento por la Judicatura*”, agregando además “*Que, en ese sentido, el ejercicio de la potestad coercitiva de los jueces debe tener inequívocamente su fundamento en la ley, y exhibir razones de proporcionalidad y razonabilidad, lo que obliga a que las ordenes judiciales de restricción de la libertad deben ser debidamente fundamentadas, caso contrario, se lesiona el referido atributo fundamental*”. Con ello a nuestro modo de ver, el Tribunal ha dejado abierta la posibilidad de que ciertas restricciones a la libertad provenientes de jueces no penales sean constitucionales (la que graficábamos en ejemplo de la Ley Organica del Poder Judicial), empero existan otras, que muy por el contrario, no lo sean en modo alguno precisamente por encontrarse en contraposición con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, hipotesis que por ejemplo aconteció en el asunto examinado dentro del Expediente N° 425-96-HC/TC.

restrictiva cuestionable desde la perspectiva constitucional, como lo es el apremio de detención. Por ello y aún cuando sea un mismo dispositivo el que contemple ambas opciones, no supone aquello, el que el Tribunal no pueda evaluar por separado ambas hipótesis y declarar, como en efecto lo hizo, la inaplicabilidad de la opción contraria a la Constitución.

4). Otro de los casos que ha conocido el Colegiado al hilo de su actividad en materia tutela del debido proceso es el que se ventiló dentro del Expediente N° 345-96-AA/TC sobre amparo promovido por don Donato Amador Chauca Gonzales contra el Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima²⁵. En esta oportunidad se cuestionaba por el demandante la distorsión de la que había sido objeto una sentencia expedida por la Corte Suprema que lo beneficiaba en un juicio de retracto, empero que al volver a primera instancia para los efectos de ejecución de sentencia, se le otorgó, por el juez del Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil, un sentido distinto o diferente del resuelto por la máxima instancia judicial, hipótesis que a juicio del demandante, transgredía el principio de la cosa juzgada.

Nuestro Tribunal, una vez examinada la causa, sostuvo: *“Que, es objeto de esta Acción de Amparo se suspenda el mandato de ejecución de sentencia dictado por el Juez suplente del 21° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 27 de Febrero de 1992, el que interpretando erróneamente lo dispuesto en la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 12 de Abril de 1991, que declaro fundada una demanda de retracto entablada por el actor, recorta los alcances de este fallo y dispone le sea adjudicada una mínima parte del bien materia del retracto”*; *“Que, a fojas 29 y 30 del Cuadernillo de Nulidad, se aprecia la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declara fundada la demanda de retracto incoada por el actor, ordenando se tenga a éste como subrogado en los derechos y obligaciones de los compradores del bien inmueble que es materia del retracto, y que se describe en el testimonio de escritura pública que obra a fojas 22 a 25 del expediente civil, con copias que corren de fojas 18 a 24 del cuadernillo del Recurso Extraordinario interpuesto en sede constitucional”*; *“Que, no obstante la claridad del mandato singular y concreto emanado de la senten-*

(25) Cfr. El Peruano del 05-06-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 94, Págs. 859-860.

cia de la Corte Suprema, compulsada esta decisión con lo dispuesto en el cuestionado auto de ejecución de sentencia, se comprueba que el Juez civil emplazado elaboró una nueva decisión de fondo al establecer como bien objeto del retracto un inmueble distinto al que figura en el testimonio de escritura pública del que hace mención la Corte Suprema de Justicia de la República”, “Que, la evidente incongruencia entre el fallo de ejecución y la sentencia ejecutoriada, afecta significativamente los efectos de definitividad e inmutabilidad ínsitos a la decisión adoptada en última instancia por la Corte Suprema de Justicia de la República, a favor del actor, por cuanto, no obstante tener esta resolución autoridad de cosa juzgada, fue modificada inconstitucionalmente mediante resolución de fecha 27 de febrero de 1992, emitida por el Juez de Primera Instancia, vulnerando el principio jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución, por lo que la presente acción debe ser declarada fundada”, “Que, de otro lado, la Acción de Amparo sub-examen resulta procedente por cuanto busca enervar una resolución judicial dictada en un proceso de retracto que devino en irregular en etapa de ejecución, por las razones anteriormente expuestas”.

Lo que se ha querido resaltar en esta oportunidad, es pues, que el principio de cosa juzgada, al igual como otros principios, forma parte del debido proceso y que en consecuencia el mismo no puede ser distorsionado en modo alguno por las restantes autoridades del Poder Judicial. Se ha puntualizado incluso, que aún en la etapa de ejecución, los procesos judiciales pueden devenir en irregulares, por lo que es perfectamente procedente enervar los efectos del mismo a través del amparo constitucional. Por último tenemos algo curioso. Como quiera que en este caso especial, el asunto de fondo, es precisamente el que esta siendo desnaturalizado por una autoridad judicial, el Tribunal se pronuncia sobre el mismo, no porque su atribución sea, insistimos, la de meritar aspectos de juzgamiento propios de la magistratura ordinaria, que ya se ha dicho, no es su cometido, sino porque del respeto del consabido asunto de fondo, depende la vigencia y prevalencia del principio de intangibilidad de la cosa juzgada como parte integrante del debido proceso. Ello en buena cuenta quiere significar, que ante la discrepancia de dos resoluciones judiciales, una que constituye pronunciamiento definitivo y que por consiguiente, resulta constitucionalmente legítima, y otra, que por el contrario y con posterioridad, pretende usurpar los alcances de la primera, el Tribunal hace suya la defensa de aquella que por principio cerro el circuito procesal debido y a la cual, en modo alguno, se

puede desconocer ²⁶.

5). Un quinto caso, en este recuento de las principales resoluciones estimativas en materia de debido proceso jurisdiccional, se produjo con motivo del expediente N° 109-98-HC/TC sobre habeas corpus interpuesto por don James Damas Espinoza a favor de don Dante Damas Espinoza contra el Coronel PNP Jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huánuco y contra quienes resulten responsables ²⁷.

En dicha oportunidad, el accionante cuestionaba la transgresión de los derechos constitucionales a la libertad, a la jurisdicción predeterminada por la ley, a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos y al principio de cosa juzgada, pues afirmaba que su hermano no obstante haber sido absuelto y sobreseída su causa por el fuero común de los hechos que se le imputaban, fue sin embargo sentenciado a dos años de reclusión y mantenido en detención, por

(26) El mismo Colegiado posteriormente y de modo incidental ha podido resolver otro de estos casos, donde se cuestionaba la desnaturalización de la era objeto una decisión judicial que constituía cosa juzgada. En el Expediente N° 012-95-AA/TC (El Peruano del 07-10-98. *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 134, Págs. 1276-1279) se decidió un amparo, donde si bien el reclamo de fondo se orientaba por un reclamo de tipo administrativo, se pudo constatar que una de las razones por las cuales el demandante de dicha causa venía siendo afectado en sus derechos por parte de la autoridad administrativa emplazada, residía en el hecho de haberse mal interpretado por un juez ejecutor, un fallo definitivo, expedido por la Corte Suprema de Justicia de la República. En los fundamentos 8° y 9° de esa larga sentencia se dijo, al respecto: *“Que... cuando el demandante, dedujo reiteradas quejas ante el juez encargado de la ejecución de la sentencia, (fojas cuarenta y cinco, cuarenta y seis y cuarenta y siete) no ha debido éste dar por cumplido el mandato judicial, como se aprecia de la resolución emitida el veintiuno de mayo de mil novecientos noventa, obrante a fojas cincuenta y siete, era evidente, que la Resolución Directoral expedida por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, había desnaturalizado lo peticionado”, “Que, en este orden de ideas y como quiera que el demandante fue afectado por el proceder del juzgado ejecutor, cuyo titular, en buena cuenta no procedió, conforme los términos explícitos del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, se hace procedente dentro de tal extremo, recoger el criterio esbozado por este Colegiado en la Causa N° 345-96-AA/TC, donde se dejó claramente establecido “Que la evidente incongruencia entre el fallo de ejecución y la sentencia ejecutoriada, afecta significativamente los efectos de definitividad e inmutabilidad insitos a la decisión adoptada en última instancia por la Corte Suprema de Justicia de la República, a favor del actor...”, lo que supone que, complementando el petitio demandado y en uso del principio consagrado en el artículo 7° de la Ley N° 23506, deberá dejarse sin efecto, y sin perjuicio de lo resuelto en definitiva por este Tribunal, la citada resolución del Primer Juzgado en lo Civil del Cusco, de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos noventa”.*

(27) Cfr. El Peruano del 29-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 131, Págs. 1251-1252.

el fuero militar, quien ha actuado de ese modo no obstante haber dirimido competencias la Corte Suprema de Justicia de la República, a favor del primero de los fueros. El Tribunal Constitucional, quien hasta esa fecha, no se había pronunciado en materia de asuntos relativos al debido proceso ante el fuero militar, emitió sentencia estimativa anulando lo resuelto por la jurisdicción especial y ordenando como consecuencia de ello la libertad de la persona a favor de quien se interpuso el proceso constitucional.

Dijo en entonces el Tribunal: *“Que... dado que se ha cuestionado en la resolución venida en recurso extraordinario los alcances de la competencia de los jueces constitucionales, con el objeto de que se ingrese a evaluar las razones de fondo que el Recurso Extraordinario entraña, de manera liminar este Colegiado evaluará si la extensión de la jurisdicción constitucional en defensa de los derechos y libertades constitucionales alcanza la posibilidad de que, a través de una sentencia emanada por los órganos que la ejercen, puede o no enervarse la ejecución de una resolución dictada en el ámbito de la jurisdicción militar”*. *“Que, en ese sentido, y aunque en las oportunidades que este Supremo Tribunal Constitucional se ha visto en la imperiosa necesidad de anular o suspender procesos judiciales ordinarios, como en las causas 942-96-HC y 611-97-AA, y no lo ha hecho respecto de los expedidos en el ámbito de la jurisdicción castrense, de ello no se deduce que ésta se encuentre como una competencia vedada, en general, para los jueces constitucionales; pues si hay un elemento diferenciador entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar, en lo que aquí conviene resaltar, ése no es otro que el de la extensión de ésta última, necesariamente restringida, derivado de los propios términos de su reconocimiento y de su articulación con el principio de exclusividad judicial previsto en el inciso 1° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, pero no de los términos de su actuación funcional, que de manera particular ha de encontrar en el respeto de los derechos fundamentales, y con especial énfasis, en el del debido proceso, uno de sus principales límites”*. *“Que, en tal virtud, y como doctrina jurisprudencial que deberá de observarse por los jueces y magistrados del Poder Judicial, según se está a lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435, este Colegiado no puede menos que advertir que la posibilidad de que los jueces constitucionales puedan en última instancia anular un proceso judicial ordinario como consecuencia de que en su interior se haya transgredido el contenido esencial del derecho al debido proceso, constituye siempre la última ratio a la que*

cabe apelar, y en tanto tal, sujeto a una doble restricción constitucionalmente impuesta: a) Por un lado, la prohibición de que en el proceso constitucional se pueda realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la materia ordinaria controvertida, y, b) De cuidar siempre que el proceso de Amparo no pueda convertirse en una supra-instancia casatoria donde, en definitiva, el justiciable pueda pretender hallar la vía óptima para prolongar el debate judicial, después de haber transitado la vía ordinaria, desvirtuando de ese modo la esencia misma de este género especial de procesos constitucionales, que no es otro que el de la protección de los derechos constitucionales". "Que, dentro de ese orden de consideraciones, a fin de que este Colegiado emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional, no puede menos que advertir que: a) Según se está a la resolución expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas trece, la declinatoria de jurisdicción promovida para el juzgamiento de los hechos imputados como delito contra la administración pública, contra la función jurisdiccional -favorecimiento a la evasión presos-, dispuso que el Juez Penal competente para juzgar, entre otras personas al actor, fuese el Juez Penal Ad Hoc de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y Pasco. b) Como consecuencia de ello, el Juez Penal Ad Hoc expidió la resolución de fecha primero de diciembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas veinticuatro, por virtud del cual se dispuso el sobreseimiento del proceso penal seguido contra Dante Damas Espinoza por el delito contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, contra la Función Jurisdiccional en su modalidad de favorecimiento a la evasión de presos, ordenando el archivamiento definitivo del proceso penal y el levantamiento del mandato de detención que contra el actor pesaba. c) No obstante ello, el Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de la Segunda Zona Judicial PNP de Lima, en sentencia condenatoria que fuera confirmada por la Primera Sala de la Segunda Zona Judicial PNP de Lima, de fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas treinta y tres, condenó al actor a la pena de dos años de prisión efectiva con la accesoria de separación de servicio durante el tiempo que dure la condena. d) Conforme se desprende de los documentos obrantes de fojas catorce a veinticuatro, y de fojas treinta y tres a treinta y siete, las resoluciones judiciales expedidas tanto por el Juez Ad Hoc de la Corte Superior de Justicia de Huánuco-Pasco como por

el de la Primera Sala de la Segunda Zona Judicial PNP de Lima, fueron como consecuencia de la investigación judicial (ordinaria en un caso, castrense en el segundo de los indicados) que se realizó tras la evasión de internos del Penal de Potracancha en Huánuco con fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete". "Que, siendo ello así, este Colegiado estima que la pretensión del actor debe ampararse, ya que, en primer término, el que a don Dante Damas Espinoza se le haya juzgado y condenado por juzgados y tribunales pertenecientes a la jurisdicción militar, no obstante contar con una resolución expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en vía de declinatoria de jurisdicción, declaró que la instrucción por el delito contra la administración pública y otros debería ser juzgado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; supone una violación del derecho constitucional al Juez Natural, pues de conformidad con el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción previamente determinada por la ley, lo que no se respetó en el caso de autos en tanto que, de conformidad con lo expresado por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, los delitos que presuntamente deberían investigarse al actor no constituyen delitos de función, sino delitos comunes". "Que, en ese orden de consideraciones el Constitucional no puede pasar por inadvertido que, en el caso de autos, al condenarse al actor por los órganos de la jurisdicción militar, cuando de los juzgados y tribunales pertenecientes al Poder Judicial el juzgamiento de los mismos hechos, ameritó la expedición de una resolución de sobreseimiento, se vulnerara el contenido esencial del derecho constitucional al debido proceso penal, ya que: a) Se infringió el principio non bis in idem, que aunque no se encuentre explícitamente enunciado en nuestro ordenamiento constitucional, constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal, que se desprende tanto del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, así como de su articulación, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución Política del Estado, con el artículo 8.4. de la Convención Americana de Derechos, en virtud del cual el inculcado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos. b) Se vulneró, igualmente, la autoridad de la cosa juzgada (res iudicata) que, si en primer término constituye un principio que informa la actuación funcional de los órganos de la jurisdic-

ción, al mismo tiempo se encuentra directamente conectado con el derecho constitucional al debido proceso, pues si de un lado, y de conformidad con lo previsto por el inciso 13) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados contra el actor, tienen los mismos efectos de la cosa juzgada; de otro, ello supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo un proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia”.

La lectura de los fundamentos consignados en esta ejecutoria constitucional, nos permite sin duda apreciar que para el Colegiado, el debido proceso jurisdiccional no solo se corresponde o es aplicable a propósito de la jurisdicción ordinaria sino que también resulta invocable ante la jurisdicción castrense o militar, asumiéndose que por principio, el único punto de distinción entre una y otra, solo viene representado por los alcances que ambas poseen y que mientras en el primer caso, son amplios, en el segundo, en cambio, son esencialmente restringidos. Por otra parte se puntualiza el carácter extraordinario que supone el cuestionamiento de las decisiones judiciales por conducto de las garantías haciendo ver que si en todo caso se admite dicha opción, es porque no solo existe en toda circunstancia el consabido respeto por la controversia de fondo, sino la garantía real de no convertir al proceso constitucional en una suerte de instancia supra casatoria. Bajo dicho marco conceptual, el Tribunal ha detallado pues la forma en que se ha vulnerado los derechos de la persona en cuyo favor se interpuso el habeas copus y reconociendo que, en efecto, el hecho de habersele sometido al fuero castrense a sabiendas que el fuero civil ya lo había procesado y además sobreseído, no solo por haberlo dispuesto así la Corte Suprema sino por la circunstancia misma de imputarsele delitos comunes y no de función, constituye además de una transgresión evidente al derecho a la jurisdicción predeterminada, un atentado contra el principio de no ser procesado dos veces por los mismos hechos así como contra la autoridad de la cosa juzgada.

6). Casí por la misma época en que la causa citada, fue vista por el Colegiado, otra coincidentemente relativa con el fuero militar, vendría a ratificar la doctrina antes expuesta, haciendo hincapie en otros aspectos procesales, igual de importantes. Nos referimos a la causa signada con el Expediente N° 585-96-HC/TC sobre habeas corpus interpuesto por don Carlos Alfredo Vallalba Zapata a favor de don Carlos Alberto Villalba Olaechea y contra las autoridades responsables del Centro de Operaciones del Ejército (COINDE)²⁸.

(28) Cfr. El Peruano del 30-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 132, Págs. 1262-1263.

En esta oportunidad, sin embargo, lo que se reclamaba por el accionante, era la afectación de los derechos constitucionales de su hijo, tras considerar que al mismo se le había privado de su libertad en forma arbitraria por parte de las autoridades del ejército, quienes en su propósito de juzgarlo por la comisión de un presunto delito, han desconocido que aquel es un militar en retiro y que como consecuencia de ello, le corresponde ser juzgado por el fuero civil u ordinario y no así por el fuero militar.

A este respecto y una vez examinada la causa, el Tribunal Constitucional, ha terminado por sostener: *“Que... a fin de que este Colegiado pueda pronunciarse en torno a la supuesta violación del derecho constitucional a no ser detenido en forma arbitraria, en primer término habrá de reparar si el juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción militar del Teniente de Infantería del Ejército Peruano en situación de retiro Carlos Alberto Villalba Olaechea, supone (o no) una violación del derecho constitucional a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley”*. *“Que, en ese sentido, este Supremo Intérprete de la Constitución debe precisar: a) Que de conformidad con el Artículo 139° inc. 1) y el Artículo 173° de la Constitución Política del Estado, el ámbito de la jurisdicción militar únicamente se ha reservado para el caso del juzgamiento de los delitos de función que hubiesen cometido los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y en el caso de civiles, para el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y de terrorismo, previstos en la ley correspondiente. b) Siendo ello así, una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento constitucional, necesariamente habrá de considerar, por un lado, que la extensión de la justicia castrense no puede entenderse en otros términos que no sean en franca armonía a su carácter esencialmente restringido, derivado de los propios términos de su reconocimiento y a su articulación con el principio de exclusividad judicial; c) Y por otro lado, en lo que se refiere al caso del juzgamiento de los integrantes de los institutos armados, limitado para el caso de la comisión de delitos de función, esto es, conductas que afecten bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan la afectación de deberes de función, y que tengan como sujetos activos del delito al personal que integre dichos institutos militares o policiales, bien sea en situación de actividad o bien en situación de disponibilidad, encontrándose excluidos de la posibilidad de cometer delitos de función, los militares en situación de retiro, pues éstos, al recobrar el ejercicio pleno de sus derechos civiles, según se está a lo dispuesto por el artículo 70° del Decreto Legislati-*

cabe apelar, y en tanto tal, sujeto a una doble restricción constitucionalmente impuesta: a) Por un lado, la prohibición de que en el proceso constitucional se pueda realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la materia ordinaria controvertida, y, b) De cuidar siempre que el proceso de Amparo no pueda convertirse en una supra-instancia casatoria donde, en definitiva, el justiciable pueda pretender hallar la vía óptima para prolongar el debate judicial, después de haber transitado la vía ordinaria, desvirtuando de ese modo la esencia misma de este género especial de procesos constitucionales, que no es otro que el de la protección de los derechos constitucionales". "Que, dentro de ese orden de consideraciones, a fin de que este Colegiado emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional, no puede menos que advertir que: a) Según se está a la resolución expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas trece, la declinatoria de jurisdicción promovida para el juzgamiento de los hechos imputados como delito contra la administración pública, contra la función jurisdiccional -favorecimiento a la evasión presos-, dispuso que el Juez Penal competente para juzgar, entre otras personas al actor, fuese el Juez Penal Ad Hoc de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y Pasco. b) Como consecuencia de ello, el Juez Penal Ad Hoc expidió la resolución de fecha primero de diciembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas veinticuatro, por virtud del cual se dispuso el sobreseimiento del proceso penal seguido contra Dante Damas Espinoza por el delito contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, contra la Función Jurisdiccional en su modalidad de favorecimiento a la evasión de presos, ordenando el archivamiento definitivo del proceso penal y el levantamiento del mandato de detención que contra el actor pesaba. c) No obstante ello, el Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de la Segunda Zona Judicial PNP de Lima, en sentencia condenatoria que fuera confirmada por la Primera Sala de la Segunda Zona Judicial PNP de Lima, de fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y siete, obrante a fojas treinta y tres, condenó al actor a la pena de dos años de prisión efectiva con la accesoria de separación de servicio durante el tiempo que dure la condena. d) Conforme se desprende de los documentos obrantes de fojas catorce a veinticuatro, y de fojas treinta y tres a treinta y siete, las resoluciones judiciales expedidas tanto por el Juez Ad Hoc de la Corte Superior de Justicia de Huánuco-Pasco como por

el de la Primera Sala de la Segunda Zona Judicial PNP de Lima, fueron como consecuencia de la investigación judicial (ordinaria en un caso, castrense en el segundo de los indicados) que se realizó tras la evasión de internos del Penal de Potracancha en Huánuco con fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete". "Que, siendo ello así, este Colegiado estima que la pretensión del actor debe ampararse, ya que, en primer término, el que a don Dante Damas Espinoza se le haya juzgado y condenado por juzgados y tribunales pertenecientes a la jurisdicción militar, no obstante contar con una resolución expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en vía de declinatoria de jurisdicción, declaró que la instrucción por el delito contra la administración pública y otros debería ser juzgado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; supone una violación del derecho constitucional al Juez Natural, pues de conformidad con el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción previamente determinada por la ley, lo que no se respetó en el caso de autos en tanto que, de conformidad con lo expresado por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, los delitos que presuntamente deberían investigarse al actor no constituyen delitos de función, sino delitos comunes". "Que, en ese orden de consideraciones el Constitucional no puede pasar por inadvertido que, en el caso de autos, al condenarse al actor por los órganos de la jurisdicción militar, cuando de los juzgados y tribunales pertenecientes al Poder Judicial el juzgamiento de los mismos hechos, ameritó la expedición de una resolución de sobreseimiento, se vulnerara el contenido esencial del derecho constitucional al debido proceso penal, ya que: a) Se infringió el principio non bis in idem, que aunque no se encuentre explícitamente enunciado en nuestro ordenamiento constitucional, constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal, que se desprende tanto del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, así como de su articulación, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución Política del Estado, con el artículo 8.4. de la Convención Americana de Derechos, en virtud del cual el inculcado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos. b) Se vulneró, igualmente, la autoridad de la cosa juzgada (res iudicata) que, si en primer término constituye un principio que informa la actuación funcional de los órganos de la jurisdic-

ción, al mismo tiempo se encuentra directamente conectado con el derecho constitucional al debido proceso, pues si de un lado, y de conformidad con lo previsto por el inciso 13) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados contra el actor, tienen los mismos efectos de la cosa juzgada; de otro, ello supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo un proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia”.

La lectura de los fundamentos consignados en esta ejecutoria constitucional, nos permite sin duda apreciar que para el Colegiado, el debido proceso jurisdiccional no solo se corresponde o es aplicable a propósito de la jurisdicción ordinaria sino que también resulta invocable ante la jurisdicción castrense o militar, asumiéndose que por principio, el único punto de distinción entre una y otra, solo viene representado por los alcances que ambas poseen y que mientras en el primer caso, son amplios, en el segundo, en cambio, son esencialmente restringidos. Por otra parte se puntualiza el carácter extraordinario que supone el cuestionamiento de las decisiones judiciales por conducto de las garantías haciendo ver que si en todo caso se admite dicha opción, es porque no solo existe en toda circunstancia el consabido respeto por la controversia de fondo, sino la garantía real de no convertir al proceso constitucional en una suerte de instancia supra casatoria. Bajo dicho marco conceptual, el Tribunal ha detallado pues la forma en que se ha vulnerado los derechos de la persona en cuyo favor se interpuso el habeas copus y reconociendo que, en efecto, el hecho de habersele sometido al fuero castrense a sabiendas que el fuero civil ya lo había procesado y además sobreseído, no solo por haberlo dispuesto así la Corte Suprema sino por la circunstancia misma de imputarsele delitos comunes y no de función, constituye además de una transgresión evidente al derecho a la jurisdicción predeterminada, un atentado contra el principio de no ser procesado dos veces por los mismos hechos así como contra la autoridad de la cosa juzgada.

6). Casí por la misma época en que la causa citada, fue vista por el Colegiado, otra coincidentemente relativa con el fuero militar, vendría a ratificar la doctrina antes expuesta, haciendo hincapie en otros aspectos procesales, igual de importantes. Nos referimos a la causa signada con el Expediente N° 585-96-HC/TC sobre habeas corpus interpuesto por don Carlos Alfredo Vallalba Zapata a favor de don Carlos Alberto Villalba Olaechea y contra las autoridades responsables del Centro de Operaciones del Ejército (COINDE)²⁸.

(28) Cfr. El Peruano del 30-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 132, Págs. 1262-1263.

En esta oportunidad, sin embargo, lo que se reclamaba por el accionante, era la afectación de los derechos constitucionales de su hijo, tras considerar que al mismo se le había privado de su libertad en forma arbitraria por parte de las autoridades del ejército, quienes en su propósito de juzgarlo por la comisión de un presunto delito, han desconocido que aquel es un militar en retiro y que como consecuencia de ello, le corresponde ser juzgado por el fuero civil u ordinario y no así por el fuero militar.

A este respecto y una vez examinada la causa, el Tribunal Constitucional, ha terminado por sostener: *“Que... a fin de que este Colegiado pueda pronunciarse en torno a la supuesta violación del derecho constitucional a no ser detenido en forma arbitraria, en primer término habrá de reparar si el juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción militar del Teniente de Infantería del Ejército Peruano en situación de retiro Carlos Alberto Villalba Olaechea, supone (o no) una violación del derecho constitucional a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley”*. *“Que, en ese sentido, este Supremo Intérprete de la Constitución debe precisar: a) Que de conformidad con el Artículo 139° inc. 1) y el Artículo 173° de la Constitución Política del Estado, el ámbito de la jurisdicción militar únicamente se ha reservado para el caso del juzgamiento de los delitos de función que hubiesen cometido los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y en el caso de civiles, para el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y de terrorismo, previstos en la ley correspondiente. b) Siendo ello así, una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento constitucional, necesariamente habrá de considerar, por un lado, que la extensión de la justicia castrense no puede entenderse en otros términos que no sean en franca armonía a su carácter esencialmente restringido, derivado de los propios términos de su reconocimiento y a su articulación con el principio de exclusividad judicial; c) Y por otro lado, en lo que se refiere al caso del juzgamiento de los integrantes de los institutos armados, limitado para el caso de la comisión de delitos de función, esto es, conductas que afecten bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan la afectación de deberes de función, y que tengan como sujetos activos del delito al personal que integre dichos institutos militares o policiales, bien sea en situación de actividad o bien en situación de disponibilidad, encontrándose excluidos de la posibilidad de cometer delitos de función, los militares en situación de retiro, pues éstos, al recobrar el ejercicio pleno de sus derechos civiles, según se está a lo dispuesto por el artículo 70° del Decreto Legislati-*

vo 752°, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, ya no pertenecen a los institutos armados, siéndoles aplicable, por tanto, el régimen jurídico constitucional que rige para el caso de los civiles”. “Que, en ese orden de consideraciones, este Colegiado no puede menos que concluir que, encontrándose don Carlos Alberto Villalba Olaechea sometido a un proceso judicial por ante la jurisdicción castrense, y tener éste la condición de militar en situación de retiro, y por tanto, serle aplicable el régimen jurídico que a los civiles les asiste, conforme se puede desprender de la Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 1911, de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno, a folios trece, mediante el cual el Teniente de Infantería Carlos Alberto Villalba Olaechea, fue pasado, en vía de regularización, a la situación de retiro por medida disciplinaria con fecha cuatro de enero de mil novecientos noventa y uno; se ha transgredido su derecho constitucional a la jurisdicción predeterminada por la ley enunciado en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Estado y en el artículo 8.1 de la Convención Americana de San José de Costa Rica”. “Que, siendo ello así, y no obstante que al momento de resolverse el presente proceso constitucional ante el Juez del Quinto Juzgado Penal de Lima, ya la persona a cuyo favor se interpone el Habeas Corpus se encontraba en libertad, al haberse dispuesto su libertad provisional, conforme consta del acta levantada por el Juez, obrante a fojas veinte, y por tanto su derecho a no ser detenido en forma arbitraria habría cesado, este Colegiado, de conformidad con lo expresado en los fundamentos jurídicos anteriores, se ve en la imperiosa necesidad de ordenar la suspensión total del proceso judicial que se le sigue al actor por ante el Segundo Juzgado Permanente de la Zona Militar de Lima, sin que ello pueda importar un pronunciamiento sobre la comisión o no del delito que se le imputa, y que se proceda conforme a ley”.

Una vez mas y como se puede observar, el Tribunal ha hecho suya la tesis de que la jurisdicción militar tiene carácter restringido. Por consiguiente toda interpretación tendiente a delimitar las fronteras de competencia de la misma, debe ceñirse a los parametros establecidos por la Constitución que impone como regla general el juzgamiento de civiles por el fuero ordinario y de militares por el fuero castrense, salvo las excepciones establecidas en la misma Norma Fundamental, empero que no se dan en modo alguno en el caso examinado. En función de aquello y tomando en consideración que los militares en situación de retiro, no son militares estricto sensu a tenor de lo que define la

propia Ley de Situación Militar, la que muy por el contrario, les reconoce el ejercicio pleno de sus derechos civiles o más propiamente, su condición de ciudadanos, es evidente, que el procesamiento por el fuero castrense de quienes como el beneficiario de habeas corpus tienen tal status, no puede considerarse legítimo en términos constitucionales ya que tal situación afecta el debido proceso y en específico, el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, que para el caso de autos, solo podía ser la ordinaria. El Tribunal constatada esta evidente irregularidad procesal ha terminado pues por ordenar la suspensión total del proceso seguido contra el hijo del actor, no empero que como ya es habitual, evitando pronunciarse sobre la comisión de los hechos que se le imputan por ser ello atribución exclusiva de las autoridades competentes, quienes en todo caso, mantienen vigentes sus atribuciones para proceder con arreglo a ley.

Puede decirse, sin temor a equívocos, que son estos los principales casos en que nuestro Supremo Interprete de la Constitución ha afrontado los temas del debido proceso jurisdiccional dentro de formulas estimativas y con la consecuente anulación de sentencias o resoluciones que ello supone. Cuando ello ha acontecido, sin embargo y tal como se ha visto, nunca ha supuesto dicho proceder, que el Colegiado, entre a examinar o corregir el fondo de los respectivos procesos, o lo que ha sido o debería ser materia de juzgamiento por las autoridades jurisdiccionales competentes, sino tan solo el que se respete irrestrictamente los principios y derechos integrantes del continente llamado debido proceso.

Para nuestro Tribunal, dicho en otros términos, ha sido garantía de proceder debido a su propio interior, o más correctamente dentro de sus propios procesos, el no invadir esferas funcionales que se le encuentran vedadas. Tal responsabilidad la ha ejercido con mucha prudencia, pero también —vale la pena subrayarlo— con decisión, pues a la larga sabe que se encuentra de por medio, la defensa de la Constitución.

2). El Debido Proceso Administrativo.

Una segunda aplicación del atributo constitucional que venimos examinando, corresponde a lo que se conoce en doctrina y nuestro Tribunal también denomina, como "*Debido Proceso Administrativo*"²⁹.

(29) Aún cuando son pocos los autores que nos hablan explícitamente de un Debido Proceso Administrativo, ninguno deja de reconocer, la importancia que la noción del debido proceso, tiene para la administración. Al respecto Miguel S. Marienhoff.- *Tratado de Derecho*

Con éste último, sin embargo, lo que se quiere indicar, es que en todo proceso seguido ante la administración pública y a donde se ventila la defensa o reconocimiento de derechos o de situaciones jurídicas del administrado, la administración, se encuentra obligatoriamente condicionada a respetar y de acuerdo a su naturaleza, aplicar, todos aquellos derechos y principios, que pertenecen al ámbito del Debido Proceso Jurisdiccional, los mismos que por otra parte y como regla general, suelen ser reconocidos en la ley, sin que ello importe ninguna desvaloración en cuanto a su importancia, la que en todo caso no se mide en términos formales o por el instrumento normativo que los reconoce sino por su contenido material, acorde con lo que proclama la Constitución.

El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo, reposa en el hecho elemental de que la administración, al igual que la jurisdicción, se encuentra indiscutiblemente vinculada o sometida a la Norma Fundamental³⁰. De manera que si aquella, resuelve sobre asuntos que afectan al individuo o administrado y lo hace a través de procedimientos internos (unos generales, otros específicos), no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional, que como se ha señalado en otra parte, son garantía de justicia efectiva, tanto más, si tomamos en cuenta, que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y es su deber primordial el protegerla.

Cabe en todo caso especificar que cuando hablamos de procedimientos administrativos, y de un debido proceso a su interior, estamos distinguiendo aquellos del llamado proceso administrativo o contencioso administrativo, pues es evidente, que mientras en los primeros, la administración actúa como juez y parte, en el segundo, la administración y el administrado comparecen como partes iguales ante la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, el debido proceso

Administrativo, Tomo I, 3ª edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982, Págs. 608-610, 671-677; Jesus Gonzales Perez.- *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid 1992, Pág. 70. En nuestro medio: Juan Carlos Moron Urbina.- *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Rodhas, 2ª Edición, Lima 1999, Págs. 107-108.

(30) La idea de sometimiento de la Administración a la Constitución es consecuencia del principio de vinculación de la misma Norma Fundamental a todos los tribunales y sujetos públicos y privados. Sobre dicho principio puede verse Eduardo García de Enterría.- *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª Edición, Editorial Civitas, Madrid 1985, Págs. 63-71; Eduardo García de Enterría & Tomas Ramón Fernandez.- *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª Edición, Editorial Civitas, Madrid 1989, Págs. 106-112; Luis Marcelo de Bernardis.- "Ob. Cit.". Págs. 410-412.

será administrativo en los procedimientos de la propia administración, empero será jurisdiccional, dentro del proceso en que aquella comparezca como parte ante el Órgano Judicial ³¹.

Precisado lo anterior, cabe entonces señalar que son perfectamente operantes e invocables ante la administración, principios como la jurisdicción predeterminada, la motivación resolutoria, la defensa, etc. y en consecuencia, no podrá considerarse un proceso administrativo como regular, cuando las normas conforme a las cuales este debe tramitarse y resolverse, son inobservadas o desacatadas, en desmedro o perjuicio del administrado.

Alcances del Debido Proceso en los procedimientos de defensa de los particulares ante los órganos de la administración activa.

Asumida la necesaria observación del debido proceso al interior de los procedimientos administrativos tramitados ante los órganos de la administración activa, cabe precisar que el hecho de suponer dicho atributo un conjunto bastante amplio de variables de naturaleza procesal o de contenido sustantivo pero con implicancia procesal, no supone desconocer la especial particularidad contenida o expresada en cada una de aquellas.

En efecto, aunque los derechos y principios integrantes del proceso debido no ofrecen mayores dificultades de comprensión y por consiguiente, cualquier órgano administrativo debería conocer lo que los mismos representan al interior del procedimiento administrativo, no ocurre lo mismo y necesario es advertirlo, cuando se trata de precisar los alcances o, en definitiva, los límites y extensión con que se aplican las diversas variables integrantes del debido proceso.

La cosa juzgada, por ejemplo, tan frecuente en el ámbito jurisdiccional común, es para el mundo de la administración pública un concepto a utilizar como marco de referencia del debido proceso, solo en la medida en que se admite la existencia de la llamada cosa decidida. Ello no supone, claro está, que se trate de dos institutos iguales por que de hecho no lo son, sin embargo, y en virtud a que ambos cumplen funciones similares (salvaguarda de la seguridad jurídica) es que puede analogarse su rol al interior del consabido atributo. Similar criterio puede seguirse respecto de la llamada jurisdicción predeterminada por la ley, cuyo contenido, viene a ser sustituido en el ámbito examinado por el

(31) Al respecto Miguel S. Marienhoff.- “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Págs. 86-92.

principio de potestad sancionatoria de la administración conforme a ley, principio con el que si bien se dota a la administración de una facultad por demás trascendente, al mismo tiempo se le condiciona conforme a lo que la normatividad de manera previa establece. Huelga dentro de dicho concepto, afirmar que la jurisdicción predeterminada o la potestad sancionatoria predeterminada, se refiere (al igual como ocurre en el ámbito jurisdiccional) tanto a un sector o ámbito de los procedimientos preestablecidos, como a los órganos investidos de manera previa con la facultad de decisión.

Existe desde luego, casos un poco más complejos. Ocurre ello, por cierto, cuando ciertos derechos integrantes del debido proceso, no operan o no se conciben de la misma forma en el ámbito judicial, que en el ámbito administrativo. Un caso simple nos lo grafica el derecho a la instancia plural, que de constituirse como auténtica regla general para el mundo jurisdiccional (sea común o especial) pasa no empero a convertirse en una particular excepción, sin que por ello deje de importar a la teoría del proceso debido. No es entonces que desaparezca como atributo de importancia, sino que la misma ha de operar, según la particular estructura o conformación de cada procedimiento en el que se le reconozca.

En consecuencia y como se observa, no se trata de cuestionar la presencia de atributos como los antes señalados a los efectos de articular un debido proceso administrativo, sino simplemente de reconocer, que no en todos los casos la fórmula es igual o repetitiva a la que aparece en la Norma Fundamental³². Se hace necesario por consiguiente observar la naturaleza de cada variable y de acuerdo a ello delimitar su forma de aplicabilidad.

El Debido Proceso Administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Son verdaderamente innumerables las oportunidades en que nuestro Colegiado se ha visto en la necesidad de encarar los temas relativos al debido proceso administrativo. Las estadísticas en este rubro son incluso acentuadamente mayores que en el correspondiente al debido proceso jurisdiccional.

(32) El hecho de que la fórmula sea relativamente distinta en el ámbito administrativo no significa tampoco el que las variables integrantes del debido proceso terminen por desnaturalizarse. Como lo veremos más adelante, el derecho de defensa dentro de los procedimientos administrativos se encuentra muchas veces en el centro del debate, no precisamente porque se le niega, sino y fundamentalmente porque se le restringe de un modo casi grotesco o francamente inadmisiblemente.

Cabe señalar, no obstante, que en esta misma materia el Tribunal ha tenido una evolución bastante notable. Tras los casos estimatorios iniciales que daban como existente una vulneración de algún derecho constitucional, aunque sin especificar que tal o cual atributo pertenecía a la órbita del debido proceso, con el paso del tiempo y la consolidación de las ideas, el Colegiado empezó paulatinamente a delimitar los alcances del debido proceso administrativo, a propósito de tal o cual derecho afectado. Ya no eran, por ejemplo, el unilateral derecho de defensa, la jurisdicción predeterminada, en particular, o en fin, la específica motivación resolutoria, los atributos que estaban siendo vulnerados, sino el debido proceso en alguna de sus variantes o manifestaciones.

Más recientemente incluso y a efectos de unificar las ideas a utilizar en este aspecto, el Tribunal ha intentado cierta aproximación conceptual, la misma que no siendo cerrada o totalizadora, sí permite en cambio, precisar la línea o camino a recorrer en lo sucesivo.

Si nos atenemos a lo afirmado en el fundamento 4° de la sentencia expedida en la causa con Expediente N° 026-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por la Empresa de Transportes “Andrés Avelino Cáceres” contra la Municipalidad Provincial de Huanuco³³, tendremos una noción más clara de lo que nuestro Colegiado pretende en esta materia. Allí se dijo expresamente: *“Que... el Debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el Artículo 139° de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.). Tales directrices o atributos en el ámbito administrativo general normalmente se encuentran reconocidos por conducto de la ley a través de los diversos procedimientos de defensa o reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas, por lo que su transgresión impone como correlato su defensa constitucional por conducto de acciones constitucionales como la presente”*.

Quiere significarse entonces con lo señalado, que el atributo examinado es, para el ámbito administrativo y al igual como ocurre con el jurisdiccional, un derecho de alcances amplios o extensivos y no pues, como se piensa por alguna

(33) Cfr. El Peruano del 16-10-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 135, Págs. 1298-1300.

doctrina aislada, un atributo de connotaciones restringidas. Por lo demás y como lo veremos enseguida, el Tribunal ha ratificado, en innumerables ocasiones esta línea doctrinal.

1). Una primera controversia que aquí podemos citar, entre las múltiples que se han conocido y resuelto estimativamente, se presentó con motivo del Expediente N° 020-96-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Idalia Muñoz Jaime contra el Instituto Peruano de Seguridad Social y el Gerente General del Hospital Nacional del Sur de Arequipa, don Pablo Céspedes Cruz³⁴.

En aquella oportunidad la demandante cuestionaba la transgresión a sus derechos constitucionales a la defensa, estabilidad laboral, legalidad y debido proceso, al haber sido sometida a un proceso de evaluación y posteriormente cesada en la entidad para la que prestaba sus servicios como secretaria, proceso en el que sin embargo no se respetó el plazo expresamente previsto por la ley para llevarlo a efecto. Al respecto, dijo el Tribunal “... *Que, conforme se desprende de los artículos primero, segundo y cuarto del Decreto Ley veinticinco mil seicientos treinta y seis, el Supremo Gobierno autorizó al Instituto Peruano de Seguridad Social a realizar un proceso de racionalización de su personal administrativo..., cuyo desarrollo y ejecución no debería de exceder los ciento veinte días calendario posteriores a la vigencia del referido Decreto Ley que venció el diez de diciembre de mil novecientos noventa y dos*”; “*Que conforme se desprende de la resolución de gerencia general número quinientos noventa y ocho-GG-IPSS-noventa y cuatro, su fecha cinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro, obrante de fojas cuatro a nueve, así como de los documentos obrantes de fojas veinticinco a treinta y uno, el proceso de selección y calificación realizado por la entidad accionada, respecto de la actora, se efectuó con fecha cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, y la resolución de gerencia general cero setenta y cuatro-GG-HNSA-IPSS-noventa y cinco, por la cual se declaró su cese por causal de racionalización, se expidió con fecha siete de febrero de mil novecientos noventa y cinco, ambos actos administrativos dictados y ejecutados notoriamente, fuera del plazo previsto en el segundo párrafo del artículo cuarto del Decreto Ley veinticinco mil seicientos treinta y seis*”

(34) Cfr. El Peruano del 25-11-96, *Separata de Jurisprudencia*, Año VI, N° 416, Págs. 2442-2443, El mismo pronunciamiento puede consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo I, S. 058, Págs. 147-149.

De los fundamentos especificados puede colegirse, aún cuando no se mencione expresamente, que una variante del debido proceso administrativo, es aquella que establece los procedimientos preestablecidos, idea que por otra parte resulta tributaria, tanto del principio de sometimiento de la administración a la legalidad como de la misma jurisdicción predeterminada en su variante administrativa de potestad sancionatoria conforme a ley. A lo dicho cabe agregar que para el Colegiado, son los límites que marca la ley o las normas relativas a la evaluación, las que establecen el marco de referencia con el que se merita la existencia o no de transgresión al proceso debido, raciocinio que posteriormente o en lo sucesivo, se convierte en un axioma para este tipo de casos.

2). Otro pronunciamiento que también podemos traer a colación, en este breve recuento, es el que se vincula al Expediente N° 194-95-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña María Luz Chavez Sixto contra el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía y Finanzas³⁵.

En esta causa, la demandante cuestionaba la amenaza de sus derechos constitucionales pensionarios por parte de las emplazadas, quienes pretendían desconocer una resolución administrativa firme por la que se le reconocía el status pensionario regulado por la ley N° 20530. El Tribunal, entendiendo que la amenaza denunciada no solo había quedado acreditada, sino que incluso se había materializado mediante actos concretos declaró: *“Que conforme consta de las instrumentales obrantes de fojas cuatro a catorce de autos, los actos practicados por la administración amenazaban con violar los derechos de la actora; que de lo expuesto en la segunda parte del petitorio de la demanda, se advierte que, desde enero de mil novecientos noventa y tres, esta privada de su derecho de pensión, circunstancia atentatoria a la vida y salud de la recurrente y su familia, por el carácter alimentario de las pensiones; que, estando en trámite la presente demanda, la administración resuelve declarar la nulidad de la resolución directoral que la incorporó al régimen del Decreto Ley N° 20530, cuando ya se habían superado, con exceso, los seis meses contemplados en el artículo 110° del Decreto Supremo N° 02-94-JUS”*

Como resulta fácil de apreciar, con este pronunciamiento el Colegiado ha hecho suya la tesis del respeto por la cosa decidida o lo que es lo mismo, la idea de que la administración, no puede arrogarse la prerrogativa de descono-

(35) Cfr. El Peruano del 07-06-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I. N° 7, Págs. 48. El mismo pronunciamiento puede consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo I, S-170, Págs. 451-452.

cer un mandato administrativo formal cuando este ha adquirido la calidad de consentido³⁶.

3). Al hilo de este mismo temperamento, otra de las sentencias estimatorias que vale la pena destacar, es la expedida dentro del Expediente N° 154-93-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Rosa María Mur Campoverde de Muñoz contra la Superintendencia de Banca y Seguros³⁷. El Tribunal en esta ocasión y de modo un poco más directo enfatizó: *“Que, mediante resolución SBS N° 611-86 de fecha 27 de octubre de mil novecientos ochentiséis cuya copia obra a fojas 2 y 3, se incorporó a la actora al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530”, “Que, por Resolución Administrativa SBS N° 347-88 de fecha dos de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, la entidad demandada reconoce a la actora veinticinco años seis meses y veintisiete días de servicios prestados íntegramente a dicha institución, tal como se aprecia de la copia de la citada resolución y que obra a fojas 5”, “Que, declarado formalmente el derecho y encontrándose en curso de pago su pensión durante varios años, sin conocimiento de la actora en un acto de facto, arbitrario y unilateral la demandada le suspende el pago de su pensión, argumentando la aplicación del D.S. N° 008-91-JUS. Para el caso, existiendo un derecho adquirido de la actora, reconocido por la autoridad administrativa competente, nadie puede suspender, desconocer y/o anular la cosa decidida, menos en forma unilateral y fuera de los plazos establecidos por ley, salvo única y exclusivamente mediante un proceso regular por ante el Poder Judicial”, “Que tratándose de pensiones, que asume el carácter alimentario del trabajador, y que sustituyen al salario, ellas son imperdibles, e irrenunciables tal como lo prescribía la Constitución de 1979, principio reconocido en el artículo 26° inciso 2) de la Constitución vigente”, “Que, si bien se suspendió la medida arbitraria de suspensión del pago*

(36) Por otra parte, fue esta la primera de una serie de resoluciones en materia pensionaria, que culminaría con sendas sentencias generales emitidas tanto en la Acción de Inconstitucionalidad N° 007-96-I/TC como en la Acción de Inconstitucionalidad N° 008-96-I/TC. Cfr. El Peruano del 26-04-97, *Separata de Normas Legales*, Año XV, N° 6145, Págs. 148807-148824. Los mismos pronunciamientos pueden consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo II, S-326 y S-327, Págs. 938-951 y 952-978, respectivamente.

(37) Cfr. El Peruano del 17-06-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 8, Pág. 56. El mismo pronunciamiento puede consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo I, S-181, Págs. 479-480.

de pensión de la actora, tal como el Procurador Público lo acreditó en su escrito de fecha 25 de febrero de 1992 que obra a fojas 50, dicho cese fue temporal, ya que a fojas 51 la actora acredita la vigencia de la amenaza y de hecho la existencia de la suspensión de pago de su pensión por lo que la presente Acción de garantía resulta amparable”.

Nuevamente en esta oportunidad, vemos que se ratifica la tesis del respeto por la cosa decidida. Si bien es notorio que para el momento en que se resuelve esta causa, aún no se reconoce que el atributo en mención forme parte del debido proceso administrativo, puede observarse, que el concepto que se empieza a mantener resulta un poco más elaborado que el utilizado para la sentencia emitida en el Expediente N° 194-95-AA/TC, pues ya no solo se repara en el plazo que la administración tiene para anular sus propias resoluciones o lo que es lo mismo en la garantía que dicho plazo supone para que tales resoluciones adquieran calidad de cosa decidida, sino que ahora, además de ello, se subraya la invulnerabilidad de dicho atributo como principio general a observar, así como la única y exclusiva excepción consistente en el hecho de acudir a la vía judicial ordinaria demandando la nulidad correspondiente.

4). Un nuevo pronunciamiento en la materia examinada, dentro de una línea doctrinal mucho más específica, lo podemos observar en el Expediente N° 050-95-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por don Andrés Edmundo Ponce Fonseca contra el Estado³⁸.

Dos aspectos eran, principalmente, los cuestionados en este caso. Por un lado el hecho de haberse desnaturalizado o convertido en impracticable el derecho de defensa, al haberse pronunciado una Comisión de Procedimientos Administrativos Disciplinarios antes que el demandante hiciera sus descargos ante ella, y por otra parte, el haberse vulnerado el derecho a la jurisdicción predeterminada, a consecuencia de haberse aplicado al mismo demandante una sanción de cese por intermedio de un órgano no legitimado o investido de autoridad para ello.

El Colegiado una vez examinada la correspondiente causa, emitió sentencia estimatoria fundamentalmente por entender *“Que del texto de la Resolución Ministerial N° 173-92-JUS expedida el nueve de marzo de mil novecientos noventa y dos (fojas tres y tres vuelta),*

(38) Cfr. El Peruano del 17-06-97, *Separata de Garantías Constitucionales*. Año I, N° 8, Págs. 57-59, El mismo pronunciamiento puede consultarse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo I, S-183. Págs. 483-487.

y particularmente de sus Artículos 2° y 3° se deduce que al haberse apurado proceso administrativo disciplinario contra el demandante, tenía este que formular sus descargos por ante la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios para Funcionarios del Sector Justicia, y ello, dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de su notificación personal con la referida resolución, notificación que por otra parte se produjo recién hacia el catorce de mayo de mil novecientos noventa y dos (fojas dos vuelta y tres vuelta), mientras que los descargos a los que hubo lugar se efectuaron el veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y dos (fojas cuatro a ocho)”, “Que sin embargo, y como se reconoce expresamente en los considerandos de la Resolución Ministerial N° 095-93-JUS expedida el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y tres (fojas trece y trece vuelta), la referida Comisión, -cuyo objetivo era investigar las presentes faltas del demandante- había emitido ya su pronunciamiento con fecha veintidós de abril de mil novecientos noventa y dos, hecho que supone que el mandato contenido en la Resolución Ministerial N° 173-92-JUS, carecía de todo efecto práctico y obviamente desnaturalizaba por completo el derecho de defensa del demandante”, “Que siendo esto así, resulta evidente que al emitirse la también cuestionada Resolución Ministerial N° 375-92-JUS del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y dos (fojas nueve) como por extensión la Resolución Ministerial N° 095-93-JUS, no solo se estaba ratificando la transgresión del derecho del accionante (muy a pesar de que pudo corregirse el error en el que había caído la propia administración), sino que incluso se estaba ampliando el daño con la destitución de la que era objeto vía esta última resolución”, “Que por consiguiente, el solo hecho de convertir en irregular el procedimiento administrativo seguido contra el demandante, convierte la acción interpuesta en legítima y por ende amparable, quedando en todo caso por analizar, si como se afirma por el quejoso, el Ministerio de Justicia es la entidad competente para instaurarle proceso administrativo y eventualmente sancionarlo”, “Que sobre tal extremo, debe puntualizarse que aunque a la fecha, efectivamente es el Ministerio de Justicia la entidad que resuelve sobre el status de los Defensores de Oficio, porque así lo dispone el Artículo 20° del Decreto Supremo N° 023-83-JUS (Reglamento del Ministerio de Defensa) y el Artículo 300° de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial o

Decreto Legislativo N° 767, no debe pasarse por alto que el demandante ya ejercía sus funciones como Abogado de Oficio desde antes de la vigencia de las citadas disposiciones, de donde resulta que su situación solo puede ser contemplada a la luz de las normas vigentes en el momento de su nombramiento, el mismo que según es de verse a fojas uno, se produce el año mil novecientos ochenta”, “Que para la fecha en que se produce el nombramiento del demandante, si bien es cierto que se encontraba vigente el Artículo 70° del Código de Procedimientos Penales cuyo texto disponía que los “...defensores serán nombrados por el Ejecutivo y percibirán el haber que les señale la ley de presupuesto” no es menos cierto que diversas normas legales, entre ellas, la Ley N° 15119 del tres de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, asimilaron el status de los Abogados de Oficio a la plana del Poder Judicial e incluso y según la Ejecutoria del veintidós de abril de mil novecientos setenta y seis, publicada en la Revista de Jurisprudencia Peruana (año 1976, página 1141) se estableció ...que los defensores de oficio, como abogados y representantes del Ministerio de Defensa, están sometidos a las potestades disciplinarias del Tribunal Correccional respectivo, conforme lo dispone el Artículo 217° del Código de Procedimientos Penales...”, “Que dentro de esta lógica, no debe tampoco ignorarse que con anterioridad, el mismo demandante había sido pasible de otro proceso administrativo por parte del Ministerio de Justicia, interponiéndose en aquella oportunidad una demanda de amparo, cuyo resultado no solo fue favorable en las tres instancias, conforme consta de fojas cuarenta y uno a cuarenta y cuatro de los autos, sino que incluso tuvo la virtud de definir con toda claridad, la situación jurídica en la que se encontraban los Abogados de Oficio y particularmente, el mismo demandante de esta causa, además de que fue dicho proceso el que determinó que se tuviese que dejar sin efecto una Resolución Ministerial de destitución, análoga a las que son materia del presente proceso”.

Puede entonces desprenderse, conforme la lógica de los fundamentos glosados que para el Tribunal Constitucional, el derecho de defensa no puede representar un simple enunciado al interior de los procedimientos administrativos disciplinarios, sino un atributo decididamente efectivo. Bajo dicho supuesto el hecho de que el mismo haya sido ejercitado como descargo en una determinada etapa de la investigación no convalida en absoluto el respectivo procedimiento, pues por principio no ha tenido éste consecuencia practica alguna, al haberse pronunciado la Comisión de Procedimientos Disciplinarios de manera notoriamente anticipada. Por otra parte y prescindiendo de dicho enjuiciamiento,

la transgresión al debido proceso se torna para el caso mucho más acentuada, al haberse detectado que la sanción aplicada al demandante fue llevada a efecto vulnerando el principio de jurisdicción predeterminada, tras haberse sometido al procedimiento antes referido por ante el Ministerio de Justicia y no así por ante el Tribunal Correccional respectivo, que era en rigor el competente para sancionarlo administrativamente conforme la normatividad vigente al momento de su ingreso al Poder Judicial (y de adquisición de su status como Abogado de Oficio), resultando de todo ello y por extensión aplicable el principio de irretroactividad de las normas jurídicas³⁹.

(39) Con posterioridad el Tribunal Constitucional habría de ratificar la tesis expuesta dentro del Expediente N° 322-96-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Luis Pilco Vicharra contra el Ministerio de Justicia, aunque limitando el análisis al tema de la jurisdicción predeterminada o lo que es lo mismo la potestad sancionatoria predeterminada (Cfr. El Peruano del 03-08-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 20, Págs. 179-181; el mismo pronunciamiento puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. II, S-315, Págs. 866-870). Se dijo en aquella ocasión *“Que la presente causa si bien tiene por objeto central dilucidar sobre la transgresión a los derechos constitucionales del demandante Luis Pilco Vicharra, la solución de la misma necesariamente pasa por determinar previamente, si el Poder Ejecutivo, y en particular, el Ministerio de Justicia, tiene o no competencia para instaurar proceso administrativo y eventualmente sancionar a un Defensor de Oficio, aspecto sobre el cual éste Colegiado ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse con anterioridad y a propósito del Expediente N° 050-95-AA/TC”*, *“Que sobre el particular y a efectos de precisar la opción jurisprudencial por la que se ha optado, debe puntualizarse, que aunque efectivamente existen diversas normas como el Artículo 70° del Código de Procedimientos Penales y el Artículo 300° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo N° 767) que facultan al Ministerio de Justicia a nombrar a los Defensores de Oficio en el área penal, no aparece claro ni concluyente, por lo menos en el contenido de dichas normas o en alguna otra que tenga su misma jerarquía, que sea la misma dependencia la que tenga la responsabilidad de destituirlos o separarlos de su cargo como sanción por las faltas en que incurran”*, *“Que en todo caso y si bien, el Artículo 20° del Decreto Supremo N° 023-83-JUS (Reglamento del Ministerio de Defensa) en efecto, otorga al Ministerio de Justicia la facultad de destitución de los Defensores de Oficio rentados, no es menos cierto que se trata de una disposición de inferior jerarquía que los dispositivos citados en el considerando anterior, siendo por el contrario significativo que la propia Ley Orgánica del Sector Justicia o Decreto Ley N° 25993 (obviamente de jerarquía superior) no haya repetido o ratificado en ninguna de sus cláusulas y de modo expreso, la citada facultad de destitución”*, *“Que mas bien resulta menester subrayar que desde hace mucho, el cargo de Defensor de Oficio ha venido recibiendo un tratamiento ligado al Órgano Jurisdiccional, pues ello se corrobora con toda claridad desde que la Ley N° 15119 del tres de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, determinó la dependencia presupuestal de aquellos al Pliego del Poder Judicial, resultando desde entonces dicho Órgano, el responsable absoluto de determinar sus ingresos así como de deducir sus aportaciones en la misma forma en que se ha acreditado en el presente proceso”*.

5). Otra de las sentencias que se puede traer a referencia a propósito del tema examinado es la emitida en el Expediente N° 028-93-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por la Asociación Centro Artesanal de Pueblo Libre contra el Juzgado Coactivo de Lima y el Concejo Distrital de Pueblo Libre⁴⁰

El reclamo en esta oportunidad es promovido por una persona jurídica, quien alega la afectación de sus derechos a la propiedad, inviolabilidad de domicilio y debido proceso por parte de un juzgado coactivo y una corporación municipal, quienes pretenden ejecutar una orden de lanzamiento en su contra dentro un proceso coactivo absolutamente irregular.

El Colegiado, bajo dicho supuestos y una vez examinada la causa acoge el petitorio por estimar *“Que, la inminente afectación de los derechos constitucionales de propiedad e inviolabilidad de domicilio que alega la demandante, se origina en la orden de lanzamiento dictada por el Juzgado Coactivo de Lima contra los Ocupantes del Mercado Artesanal N° 318, como consta de la cédula de notificación judicial que obra a fojas uno”, “Que, de fojas 2 a 6, 30 y 31 del expediente constitucional, obran documentos que prueban fehacientemente que la Asociación Centro Artesanal de Pueblo Libre tiene personalidad jurídica y sede domiciliaria distintas del destinatario de la cédula de notificación cuestionada, esto es, el Mercado Artesanal N° 318”, “Que, esta información fue presentada por la actora al Juzgado Coactivo a fin de que corrija el anómalo acto de notificación, tal como lo acredita el documento que obra a fojas siete”, “Que, en este sentido, la continuación del procedimiento coactivo de lanzamiento contra quien no fue parte del mismo, y menos aún tuvo la oportunidad de defenderse por desconocer la existencia de dicho procedimiento viola la garantía constitucional del debido proceso, y lesiona los derechos invocados en esta demanda...”*

De los fundamentos referidos, puede deducirse, que aunque para la fecha en que resuelve el Tribunal aún no se ha definido el status jurídico de los juzgados coactivos y de los procesos de los cuales conocen (vale decir, si revisen carácter jurisdiccional o administrativo) se asume con toda convicción la idea de que los mismos se encuentran condicionados a respetar el debido pro-

(40) Cfr. El Peruano del 10-08-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 22, Págs. 191-192. El mismo pronunciamiento puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo III, S-343, Págs. 21-23.

ceso y dentro de dicha esfera, el derecho de defensa, atributo que al haberse limitado en la presente controversia mediante un distorsionado manejo de las notificaciones, exige como correlato la estimación favorable de la demanda.

6). Concordante con la segunda y tercera sentencia examinadas, nuestro Interprete Supremo de la Constitución, ensaya un concepto más organico de la cosa decidida a través sentencia recaída en el Expediente 043-96-AA/TC sobre proceso de Amparo interpuesto por don Victor Omar Mendoza Rodriguez contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración de la Región Chavín⁴¹.

El asunto controvertido para este caso, como para todos aquellos en que se exige el respeto por lo decidido administrativamente, radica en haberse desconocido por parte de una dependencia de la misma administración, una resolución que reconoce y otorga un determinado tipo de derechos pensionarios y que por ende no puede ser cuestionada, sino dentro de los límites de temporalidad establecidos por las normas de la materia.

Dijo al respecto el Colegiado: *“Que, el cese laboral del demandante se realizó con el nivel remunerativo F-5, de conformidad con lo resuelto en la Resolución Directoral N° 014-94-RCH-CTRA/DRTCVIC, de fecha 22 de marzo de 1994”, “Que, a la fecha de la emisión de la acotada resolución el Decreto Supremo N° 002-94-JUS prescribía en su Artículo 110°, que “la facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas prescribe a los (6) meses contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidas”, “Que, la prescripción de las resoluciones, de conformidad con el artículo 139°, inciso 13) de la Constitución Política, produce los mismos efectos que la cosa juzgada, esto significa, que la resolución administrativa que otorgue o reconozca un derecho no puede ser posteriormente cuestionada o modificada», “Que, en este sentido, se aprecia de fojas 3, 11 y 15 que las resoluciones cuestionadas por el demandante fueron expedidas vencido el plazo de prescripción para declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 014-94-RCH-CTRA/DRTCVIC, debiendo la emplazada recurrir al Poder Judicial para obtener dicho pronunciamiento, en concordancia con el Artículo 3° de la Ley N° 26835...”*

(41) Cfr. El Peruano del 17-08-97, *Separata de Garantías Constitucionales*. Año I, N° 23, Págs. 202-203; el mismo pronunciamiento puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. III, S-354, Págs. 41-42.

Consecuencia de este pronunciamiento, es pues que el Tribunal no tiene duda alguna respecto de los alcances de la cosa decidida en materia administrativa, como de la analogía por demás evidente entre aquella y la cosa juzgada en materia judicial. En todo caso, precisa un criterio, que despues es reiterado en casos de este tipo y según el cual, se deja a salvo el derecho de cuestionar lo resuelto administrativamente, pero solo por conducto del Poder Judicial⁴².

7). El Colegiado, por otra parte, también ha utilizado la teoría del debido proceso administrativo en procedimientos de carácter colectivo. Puede ello observarse, en el Expediente N° 48-95-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por el Sindicato Unico de Trabajadores de la Corporación Peruana de Aereopuertos y Aviación Comercial⁴³.

(42) Tal temperamento se ha recogido en innumerables procesos, entre los cuales se puede mencionar el Expediente N° 520-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Romulo Augusto Meza Geldres contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 01-12-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 48, Págs. 450-452; igualmente en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. IV, S-602, Págs. 603-607), el Expediente N° 1187-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Tomás Socola Moscol contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 17-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 100, Págs. 931-932), el Expediente N° 1059-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Jorge Bartolomé Luna Rojas contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 17-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 100, Págs. 937-938), el Expediente N° 619-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Lester Sanchez Espinoza contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 18-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 101, Págs. 943-945), el Expediente N° 925-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Florencio Ninantay Herrera contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 18-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 101, Págs. 946-947), el Expediente N° 1030-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Víctor Colmenares Rentería contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 18-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 101, Págs. 947-949), el Expediente N° 1140-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por don Reynaldo Naranjo Tapia contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 18-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 101, Págs. 949-950), el Expediente N° 1256-97-AC/TC sobre Acción de Cumplimiento interpuesta por doña Bertha Moran del Carpio contra el Alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, (Cfr. El Peruano del 18-07-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 101, Págs. 953-954).

(43) Cfr. El Peruano del 03-09-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 26, Págs. 229-230; el mismo pronunciamiento puede verse en "*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Tomo III, S-377, Págs. 92-94.

El asunto controvertido se circunscribe en este caso, a las diversas irregularidades cometidas con motivo de un procedimiento laboral sobre reducción de personal regulado por el Decreto Legislativo N° 728, y que terminan finalmente por desnaturalizar el derecho de defensa de los asociados al Sindicato demandante.

Al acogerse el petitorio se sostuvo: *“Que como consta del Expediente instrumental N° 169-92 de la División de Negociaciones Colectivas concerniente con el proceso iniciado por la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial, contra el Sindicato Nacional de Trabajadores de CORPAC, el Sindicato Unificado de Controladores de Tránsito Aéreo, el Sindicato de Trabajadores Técnicos Aeronáuticos de CORPAC y el Sindicato Unico de Trabajadores de CORPAC, sobre reducción de personal, y particularmente de fojas uno a treinta y nueve y cuarenta y seis a cuarenta y ocho de dichos autos, no se ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 88°, inciso a), del Decreto Legislativo N° 728, toda vez que no se acompañó a la convocatoria de reunión para trato directo, la información considerada pertinente, ya que esta no sólo se circunscribe a enunciar genéricamente la nómina del personal comprendido en las medidas de racionalización, sino a precisar cual es la nueva estructura de la empresa que se pretende mantener pues de otro modo no habría forma de que ejerciten una adecuada defensa aquellos trabajadores que resulten eventualmente afectados por la medida de reducción”, “Que igualmente CORPAC, en su condición de empleadora que invoca causas objetivas y particularmente las de tipo económico, en pretensión de reducción de personal, no ha acreditado, ni en los autos del proceso ante la División de Negociaciones Colectivas ni en los del presente proceso de amparo, el haber solicitado dictamen a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) no obstante estar ello expresamente previsto como obligación en el artículo 88°, inciso c), del antes citado Decreto Legislativo N° 728”, “Que por otra parte y en el caso particular del Sindicato Unico de Trabajadores de CORPAC, demandante de la presente causa, es de meritarse que la inobservancia a lo dispuesto por el tantas veces citado artículo 88° del Decreto Legislativo No. 728 es todavía mas acentuada, por cuanto se ha evidenciado que no se cumplió en momento alguno con el requisito de la notificación previa sobre el proceso de reducción, pese a tratarse de un Sindicato formalmente reconocido al interior de CORPAC, conforme fluye de las*

instrumentales de fojas trescientos setenta y cinco a trescientos setenta y ocho de los autos del amparo, situación por la que incluso tuvo éste que verse obligado a solicitar su incorporación al proceso ante la División de Negociaciones Colectivas, aunque como se ha visto, sin efecto práctico alguno”, “Que correlativamente a lo dicho y aún asumiendo que CORPAC hubiese desconocido por completo la existencia del Sindicato demandante, estaba igualmente obligada, al revés de lo que ocurrió, a notificar de modo directo a los propios trabajadores que no pertenecieran a entidad sindical alguna, informándoles al detalle del proceso que estaba por iniciar dado que ello también se contempla en el artículo 88º, inciso a), del Decreto Legislativo No. 728 y es en cualquier circunstancia, la única garantía de su defensa”, “Que por consiguiente, al no haberse reparado oportunamente en las irregularidades señaladas durante el proceso ante la División de Negociaciones Colectivas, es evidente que en el extremo planteado por el Sindicato recurrente, la Resolución Sub-Directoral N° 148-92-SR.CALL del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y dos que resuelve en favor de la pretensión de CORPAC, no puede encontrarse ajustada a Derecho como y por consecuencia, tampoco lo puede estar la Resolución Directoral No. 187-92-DR-LIM del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos que la ratifica, debiendo por tanto este Colegiado corregir sus efectos hasta donde sea posible”.

Del pronunciamiento consignado fluye que la tutela al derecho de defensa en cuanto parte integrante del debido proceso, supone su respeto en todas y cada una de las etapas del procedimiento administrativo de que se trate. Aunque el Tribunal posteriormente reafirmará este concepto, lo importante de esta sentencia, es que no solo repara en el hecho de que se pueda poner en conocimiento de los interesados, una medida que eventualmente los afecte (como de hecho los afecta un proceso de reducción de personal) sino que busca limitar el actuar de la administración a lo que la ley expresamente establece como requisitos obligatorios de actuar o procedimientos preestablecidos pues ellos representan para los afectados, una particular garantía no solo de índole procesal (por ejemplo cuando se habla de las variantes en la notificación) sino también sustantiva (verbigracia, cuando se exige precisar la nueva estructura de la empresa, o se impone el trámite de dictamen previo de parte de la CONASEV). Incluso y a nuestro juicio, es éste uno de los pronunciamientos, que extiende al máximo la noción de debido proceso administrativo, aunque claro esta, principalmente, por el lado de la variable específica concerniente con la defensa.

8). Una de las sentencias más importantes en el rubro examinado, es sin lugar a dudas la expedida con motivo del Expediente N° 461-96-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S. R. Ltda. contra el Ejecutor Coactivo del Instituto Peruano de Seguridad Social⁴⁴.

El asunto de fondo se vincula directamente con la limitación excesiva y, en algunos casos, desnaturalización evidente, que para el ejercicio del derecho de defensa –primordialmente- supone el regimen jurídico establecido por el Decreto Ley N° 17355 que regula –o más correctamente, regulaba- el procedimiento por ante los Juzgados Coactivos o como se les conoce actualmente, Ejecutorías Coactivas. En la controversia referida, son una serie de derechos constitucionales relativos al debido proceso, los que se invocan como presuntamente transgredidos, a consecuencia de haberse tramitado un procedimiento coactivo contra la empresa demandante, e incluso haberse ordenado un embargo sobre sus bienes, sin tomar en consideración que existían una serie de reclamos administrativos pendientes de resolución por ante la administración del Instituto Peruano de Seguridad Social y que precisamente tenían como objeto el deslindar responsabilidades respecto de las obligaciones cuyo cumplimiento se exigía por la vía coactiva.

El Tribunal, en un fallo hartamente fundamentado acogió estimatoriamente la pretensión reclamada principalmente por estimar *“Que, en autos ha quedado acreditado que contra la demandante existe un procedimiento coactivo iniciado a instancias del Instituto Peruano de Seguridad Social, (I.P.S.S), por presunto incumplimiento en el pago de aportaciones a dicha entidad”, “Que, de las instrumentales obrantes en el expediente (fojas treinta y siete a cincuenta y siete) fluye que la demandante ha efectuado diversos reclamos ante la administración del I.P.S.S., principalmente a través de su oficina de la Sub-gerencia de Fiscalización, Oficina Central de Construcción Civil y su Departamento de Informática, sin que sus peticiones hayan sido contestadas o atendidas”, “Que no obstante la existencia de los citados reclamos administrativos, el expediente por presunto incumplimiento de pago fue derivado por ante el Ejecutor Coactivo del I.P.S.S., Roger Delgado Guevara quién reconoce estar sujeto a las normas del Decreto Ley 17355 para la ejecución de la cobranza coactiva sobre la recurrente, especificando*

(44) Cfr. El Peruano del 18-12-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 52, Págs. 485-487; el mismo pronunciamiento puede verse en *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, T. III, S-642, Págs. 691-695.

empero entre otras cosas, que su actuar no es de oficio sino a petición de parte y que las medidas coactivas se adoptan bajo costo y riesgo de dicha parte o entidad ejecutante, esto es el I.P.S.S.”, “Que respecto del caso sub-litis se hace necesario que éste colegiado proyecte una interpretación de alcances generales, que a pesar de utilizarse en esta oportunidad de modo particular, pueda empero servir como fuente de referencia en posteriores casos, ya que son numerosas las ocasiones en las que se ha venido cuestionando el status y función de los tradicionalmente llamados Juzgados Coactivos - hoy Ejecutorías Coactivas - y realmente pocas las oportunidades en que la judicatura ha querido encarar frontalmente dicho problema desde la perspectiva constitucional, situación que consideramos no podría ser aceptable en un órgano que como el presente, se encuentra en la inexorable obligación de interpretar las instituciones a la luz de la Constitución”, “Que, dentro de dicha lógica y por explícita referencia al caso examinado, resulta inaceptable sostener que porque el artículo 6°, del Decreto Ley 17355 dispone que “ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender el procedimiento coactivo, con excepción de la entidad encargada de la acotación” dicha tesis resulte irrefutable y peor aún, convalidada por no haber sido cuestionada por ningún gobierno democrático, ya que cualquier tipo de norma es pasible de ser evaluada constitucionalmente por vía del control difuso cuando su vigencia coloca en entredicho algún derecho fundamental conforme lo dispone el Artículo 3° de la Ley 23506 y porque la ausencia de cuestionamiento (que en realidad no es tal a nivel procesal constitucional) no convierte en constitucional lo que por su propia naturaleza y contenido no lo es”, “Que resulta notorio que el procedimiento coactivo, especialmente a partir de lo que disponen los artículos 3°, 6°, 7°, 8° y 11°, del Decreto Ley N° 17355 resulta acentuadamente insuficiente para garantizar un adecuado ejercicio del Derecho de Defensa, ya que por el contrario, coloca en una situación de evidente desventaja a las personas - sean naturales o jurídicas - que son emplazadas por conducto del mismo, pues la administración subrepticamente se coloca en situación de Juez y parte, buscando empero encubrirse en una nunca bien delimitada esfera de competencias entre lo que ella y el Juzgado - o la Ejecutoria Coactiva - representan”, “Que por lo dicho es de imperiosa necesidad precisar que, o bien el Juzgado, o la Ejecutoría Coactiva, le pertenecen a la administración - tal y como se ha dicho y en tal caso la defiende abiertamente como Juez y parte en los actos de coerción que le incumben-

o bien le pertenece a la jerarquía judicial con lo cual resulta a todas luces arbitrario investir a dicha entidad de facultades eminentemente jurisdiccionales sin un adecuado control que garantice la constitucionalidad de las decisiones adoptadas en su ejercicio”, “Que sostener que “el Ejecutor Coactivo no resuelve de oficio sino a petición de parte” y que las medidas coactivas operan “bajo costo y riesgo de la entidad ejecutante (IPSS)” no hace sino graficar lo antes dicho, pues no se puede invocar que se cumple con una función cuasi judicial a iniciativa de una determinada entidad cuando en los hechos y en derecho, se forma parte de dicha entidad, y nada tiene que ver, la exigibilidad o no que tiene la administración sobre los administrados, cuando el modo de actuar convierte la legitimidad de una potestad en la prepotencia de un comportamiento reñido con el espíritu de la Constitución”, “Que por otro lado, alegar como lo ha hecho el a quo, que porque “los Ejecutores Coactivo no pertenecen a la jerarquía judicial y su función no es jurisdiccional ... mal puede imputárseles el incumplimiento de las garantías a que se refiere el artículo 139° de la Constitución vigente” es una muestra de abierto desconocimiento de los alcances de nuestra norma fundamental, ya que los derechos de los justiciables que en conjunto forman lo que se conoce como “El Debido Proceso” poseen un radio de aplicación, que esta por encima del funcionamiento y actuación del órgano estrictamente judicial, pues de otro modo ninguna entidad o corporación privada y ni siquiera la propia administración, cuando conoce del llamado procedimiento administrativo, tendría porque respetar los derechos del justiciable, lo que sería absurdo e inconstitucional”, “Que tampoco puede invocarse para el presente caso, el requisito del agotamiento de las vías previas, cuando es a todas luces manifiesto, que sin existir un pronunciamiento definitivo del IPSS, sobre el reclamo de la demandante, se pretenda ejecutar por la vía coactiva el pago de las presuntas obligaciones, siendo procedente en tales circunstancias y al revés de lo que sucede, la aplicación del Artículo 28°, incisos 1° y 2°, de la Ley N° 23506”, “Que por último tampoco puede señalarse que “de ningún modo puede imputarse al acreedor coactivo que incumple obligaciones por no acreditar la cancelación que aduce haber efectuado la accionante” cuando lo que ha hecho esta última, es ejercer su derecho de petición, sin que la autoridad administrativa se tome la elemental molestia de contestarla siquiera para negársela, y nada tiene que ver una norma que rige para el ámbito de relaciones entre particulares, cuando de lo que se trata

es de intereses de orden público, como los que se ventilan a raíz de las relaciones entre los administrados y la administración”, “Que por todo lo dicho y considerando que el procedimiento coactivo contenido en el Decreto Ley N° 17355 contiene diversas normas que no permiten un efectivo ejercicio del Derecho Constitucional de Defensa y que su aplicación viene ocasionando abusos sobre los administrados, como sucede en el presente caso a propósito del reclamo contra el Ejecutor Coactivo del IPSS, resulta procedente la inaplicación para el caso concreto de los Artículos 3°, 6°, 7°, 8° y 11° del antes citado Decreto Ley, de conformidad con el Artículo 3°, de la Ley 23506 y 5°, de la Ley N° 25398”.

De la glosada resolución, puede fácilmente desprenderse la idea general que nuestro Colegiado asume respecto del status jurídico de los juzgados o Ejecutorías Coactivas. Si para la sentencia emitida en el anteriormente citado Expediente N° 028-93-AA/TC no se manejaba una noción muy precisa sobre dicho tema, con la resolución que ahora se expide, se deja claramente señalado que tanto los organos coactivos como los procedimientos de los que conocen, revisten carácter administrativo, pues el vínculo entre estos y la administración es directo, precisándose en todo caso que en cualquier circunstancia, no deja de ser invocable y además aplicable el derecho al debido proceso en sus diversas variantes o manifestaciones. Dicho esto y por lo que respecta al caso examinado, el Tribunal se permite merituar, no solo la arbitrariedad que supone el que por la vía coactiva se pretenda ejecutar presuntas obligaciones cuando estas aún no han sido definidas por la administración de la entidad emplazada, detallando dentro de dicho marco la inviabilidad que para el caso de autos, supone la exigencia en el cumplimiento del requisito de agotamiento de las vías previas; sino y principalmente la inconstitucionalidad manifiesta y particularmente, la desnaturalización evidente que para el derecho de defensa del demandante, suponen una serie de dispositivos contenidos en la norma que regula el procedimiento coactivo, situación que finalmente lo ha legitimado, como no podía ser de otra manera al uso de la potestad de inaplicación de las leyes contrarias a la Carta Fundamental.

9). Un grupo de sentencias que, en este breve recuento, resulta igualmente oportuno rescatar, son aquellas en que de manera concurrente se invocan los derechos de defensa y de procedimientos preestablecidos. Un típico caso nos lo ofrece, la emitida en el Expediente N° 684-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Esther Chávez Vargas, doña Amalia Judith Agapito Roldán, doña Luz Marina Aguirre Arias y doña Luz América Rueda

Calderón contra la Municipalidad Metropolitana de Lima⁴⁵.

Lo que se reclama en este caso, es la usurpación de competencias en las que incurre el Alcalde de Lima, al permitirse por ante sí ejercer funciones de una forma contraria al procedimiento disciplinario y específicamente a su etapa de investigación, establecida en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

En tal oportunidad el Colegiado argumentó *“Que, las demandantes fueron sometidas a procesos administrativos disciplinarios por la comisión de faltas disciplinarias graves, que se derivan del hecho que se plegaron a la huelga que fuera declarada ilegal por la demandada mediante Resolución N° 575 de primero de abril de mil novecientos noventa y seis, que se hizo efectiva a partir del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis”, “Que, el Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, establece en sus artículos 163° y 164° que el servidor público que incurra en falta de carácter disciplinario cuya gravedad pudiera ser causal de cese temporal o destitución, será sometido a proceso administrativo disciplinario, que será escrito y sumario y estará a cargo de una Comisión de carácter permanente. Asimismo, el artículo 166° señala que la Comisión tiene la facultad de calificar las denuncias que le sean remitidas y pronunciarse sobre la procedencia de abrir el proceso administrativo disciplinario, y precisa además que en caso de no proceder éste, elevará lo actuado al titular de la entidad con los fundamentos de su pronunciamiento para los fines del caso”, “Que, concordante con dicha disposición, el Reglamento Normativo de Procesos Administrativos Disciplinarios aprobado por Resolución de Alcaldía N° 1049 de veinticuatro de agosto de mil novecientos*

(45) Cfr. El Peruano del 16-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 118, Págs. 1107-1108. El criterio esbozado en esta sentencia es posteriormente ratificado e incluso acertadamente ampliado en otros fallos como los emitidos en el Expediente N° 861-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Gustavo Quintanilla Dávila contra el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima (Cfr. El Peruano del 07-12-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 147, Págs. 1433-1434), el Expediente N° 847-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Wilfredo Castillo Sabalaga, don William Dominguez Pinedo, doña Miriam Oyarce Amasifuén, don Cesar Yause López, don Rafael Sucre Huayllasca, don Miguel Huamán Vera, don Robin Elguera Cancho, doña Ubaldina Fuentes Cucche, doña Paula Prado Ayala, don Cesar Solís Ariza, don Pedro Guisado Casaverde, don David Roldán Ayquipa y doña Yolanda Quintanilla Mendoza contra la Municipalidad de Lima Metropolitana (Cfr. El Peruano 06-01-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 152, Págs. 1508-1509) y el Expediente N° 134-98-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Marisol Lidia Coronel Céspedes y don Jose Juarez Rives contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (Cfr. El Peruano del 12-04-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 158, Págs. 1602-1603), entre otros.

noventa y cuatro, aplicable a los servidores públicos de la Municipalidad de Lima Metropolitana, en sus acápite once punto uno y once punto tres consigna que la Comisión estudiará los antecedentes a fin de determinar si procede abrir proceso administrativo; y al determinar la Comisión la procedencia de instaurar proceso, elevará al despacho de la Alcaldía el proyecto de resolución, el que bajo sanción de nulidad debe hacer mención expresa al acuerdo a que se refiere el numeral doce punto siete de dicho reglamento; este último establece que los acuerdos de la Comisión sobre apertura de proceso administrativo se decidirán por votación directa de sus miembros, pudiendo ser por unanimidad o mayoría. Asimismo, señala que "Los acuerdos de la comisión deberán ser debidamente fundamentados y el que determine instaurar proceso administrativo deberá hacer mención expresa a los elementos o condiciones que se aplican para calificar la falta como grave", "Que, la demandada con fecha seis de marzo de mil novecientos noventa y seis expide la Resolución de Alcaldía N° 222, mediante la cual el propio Alcalde se faculta para abrir procesos administrativos por decisión directa y sin intervención de la Comisión de Procesos Administrativos, contraviniendo el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa", "Que, las Resoluciones de Alcaldía Nos. 639, 671, 1247, de fechas doce, veinticuatro de abril, y veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, respectivamente que, instauran los procesos administrativos, infringen las disposiciones del Reglamento de la Carrera Administrativa por cuanto la calificación de las denuncias o faltas y el pronunciamiento sobre la procedencia de la apertura del proceso disciplinario corresponde a la Comisión Permanente de Procesos Administrativos y no al Alcalde, viciándose en consecuencia el proceso y las decisiones que se derivan de él, como es el caso de las Resoluciones de Alcaldía que disponen la sanción de destitución", "Que, en consecuencia, se ha vulnerado el derecho al debido proceso de las demandantes"

El criterio que se sienta no es otro, entonces, que el de sujetar las etapas del procedimiento administrativo disciplinario a las categorías procesales de relevancia constitucional, pues al ser estas reconocidas por las normas relativas a los diversos procedimientos administrativos, no pueden en modo alguno ser desconocidas o transgredidas.

10). Otra de las sentencias, con las que el Tribunal ha trabajado el tema del debido proceso en relación directa con la administración, es la expedida dentro del Expediente N° 543-96-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida

por don Julio Cesar Lopez Prado contra el Gerente Departamental del Instituto Peruano de Seguridad Social⁴⁶.

Nuevamente en este caso se rescata el derecho de defensa, empero reconduciendolo por el lado de la importancia que para su ejercicio supone, el uso de adecuados medios probatorios. En otras palabras, se trata de precisar, si la utilización de una prueba atípica, puede ser suficiente elemento para sancionar disciplinariamente a una persona, cuando existe la posibilidad acudir a medios probatorios más idoneos, como los sugeridos por la parte demandante.

El Tribunal estimando favorable la pretensión alegada, sustenta su razonamiento principalmente en *“Que... este Colegiado no puede dejar de advertir, que si bien el inicio del proceso administrativo disciplinario contra el demandante dispuesto mediante Resolución N° 031-GDJU-IPSS-96 de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y seis, se ajustaba en efecto, a las justificaciones del caso originadas a consecuencia de la denuncia presentada por la paciente asegurada doña Liz Barraza Osoreo por actos contra el pudor e inmoralidad practicados en su agravio, el hecho de que el demandante negara categóricamente dichos acontecimientos mediante su escrito de descargo presentado ante la Comisión de Procesos Administrativos del Hospital de Apoyo III-IPSS de Huancayo, ameritaba que la citada Comisión realizara investigaciones mucho más profundas dada la gravedad de los hechos imputados y no limitarse únicamente a dar por absolutamente cierta la conversación telefónica ofrecida mediante cassette por la denunciante, dado que aquella si bien constituye un medio probatorio atípico, no tiene carácter absoluto y su autenticidad puede ser materia de prueba en contrario, a lo que se añade que el mismo demandante, además de cuestionar su validez ha señalado que otra persona, la auxiliar, doña Rosa Amancacs, estuvo presente en el momento de los hechos, sin que la Comisión antes citada optara por recibir su testimonio, el que por otra parte resultaba determinante para dicha investigación”, “Que, concordante con lo manifestado en el párrafo anterior debe además entenderse que cuando el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM establece que “La Comisión hará las investigaciones del caso, solicitando los informes respectivos, examinará las pruebas que se presenten y elevará un informe al titular de la entidad, recomendando las sanciones*

(46) Cfr. El Peruano del 27-11-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 141, Págs. 1368-1370.

que sean de aplicación”, dicho precepto no puede ni debe entenderse como que las pruebas susceptibles de actuación dentro de un procedimiento administrativo disciplinario, solo deben limitarse a las que expresamente se ofrecen por las partes, si no, que es no solo potestad, sino hasta obligación de la Comisión, el actuar de oficio determinadas pruebas o diligencias cuando el caso así lo requiera, criterio que, por otra parte y además de ser perfectamente lógico en casos específicos como el presente -donde resulta bastante difícil acreditar los hechos investigados-, resulta perfectamente compatible con el ejercicio de un adecuado y esencial derecho de defensa. De otro modo el procedimiento administrativo disciplinario solo se convertiría en un ritualismo puramente formal de descargos alejado por completo de la idea del Debido Proceso que este Tribunal se ha preocupado por mantener en reiterada Jurisprudencia”, “Que, por consiguiente y sin que éste Colegiado tenga por que señalar si el demandante es culpable o inocente de los cargos que se le imputan, ya que no es ese su cometido, se encuentra en la inexorable obligación de amparar la pretensión reclamada, principalmente por el lado de la tutela al derecho de defensa, ya que si fue insuficientemente investigado y por ende mal procesado es justo y de Derecho, rescatar el contenido esencial del Debido Proceso Administrativo, por lo que dentro de los límites marcados por las consideraciones expuestas, la Resolución N° 083-GDJU-IPSS-96 del dos de mayo de mil novecientos noventa y seis debiera inaplicarse al demandante”.

Lo que se quiere significar con este pronunciamiento, es pues la relevancia que suponen los medios de prueba en cuanto instrumentos de apoyo al derecho de defensa dentro del ámbito administrativo disciplinario. No se sugiere, en otros términos, que el demandante haya sido o no legítimamente procesado o que los hechos que se le imputan, resulten ciertos o falsos (algo semejante a lo que ocurre en el ámbito del debido proceso jurisdiccional), sino simplemente el que a propósito del procedimiento que se le sigue, se haga eco de medios idóneos en la determinación de responsabilidades y no pues, que el raciocinio termine por suponer un formalismo a todas luces opuesto a un real y efectivo ejercicio del derecho de defensa.

11). Comentario especial, merecen a su vez aquellas resoluciones que incorporan el principio de motivación resolutoria, a la esfera del proceso administrativo debido. Sin ser cronológicamente la primera, se puede mencionar entre ellas, la emitida en el Expediente N° 051-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Luz del Carmen Ibañez Carranza contra la Fiscal

de la Nación y Presidenta de la Junta de Fiscales Supremos, doña Blanca Nélica Colán y el Fiscal Supremo en lo Penal y Presidente del Comité de Evaluación de los Magistrados del Ministerio Público, don Cesar Galvez Soto⁴⁷.

En esta oportunidad se reclama por la transgresión de diversas variables del debido proceso e incluso por la vulneración de la tutela judicial efectiva, empero principalmente porque al expedirse la resolución por la que se dispone el cese de la demandante, no se le especifica en lo absoluto las razones o los motivos de semejante medida.

El Tribunal acogiendo favorablemente el petitorio sostuvo, entre otras cosas *“Que... tampoco es valido invocar la Disposiciones Complementarias Primera y Segunda del Decreto Ley N° 25735 así como el artículo 9° del Reglamento del Proceso de Evaluación y Selección de los Fiscales y Servidores no Magistrados del Ministerio Público aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 749-92-MP-FN, y a donde se establece que la acción contencioso administrativa será la vía de impugnación judicial contra las resoluciones de cese y que en todo caso el respectivo mandato judicial no dará lugar a restitución o posesión en cargo alguno, ya que dichas normas, analizadas dentro del contexto de la Constitución Política del Estado, resultan notoriamente incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva y particularmente con la tutela procesal constitucional, reconocida en los artículos 139° inciso 3 de la Norma Fundamental y en la Ley N° 23506. La acción contencioso administrativa será siempre o en cualquier caso una vía paralela y como tal optativa, según lo dispuesto a contrario sensu en el artículo 6° inciso 3 de la citada Ley N° 23506, empero nunca una vía exclusiva y única cuando de la defensa de derechos constitucionales se trata. Tampoco y mucho menos puede admitirse que norma alguna, le prohíba a un organo jurisdiccional, fuera de las hipotesis de sustracción de materia, el restituir a quien resulte afectado en su cargo por decisión inconstitucional, ya que de lo contrario, el proceso constitucional carecería del mas elemental de sus objetos, cual es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental. Este Colegiado por tanto considera pertinente para este primer supuesto la aplicación del artículo 3° de la tantas veces citada Ley 23506, en concordancia con el artículo 138° de la*

(47) Cfr. El Peruano del 04-01-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 151, Págs. 1502-1504.

Constitución Política del Estado”, “Que por otra parte y entrando a las cuestiones de fondo que entraña el presente reclamo, debe señalarse, que aunque la parte emplazada sostiene que la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 131-93-MP-FN que dispone el cese de la demandante, ha sido expedida luego de un proceso administrativo totalmente regular, dicha afirmación no se condice en lo absoluto con la forma como se ha tramitado el proceso que culmino con la separación de la demandante ni tampoco con el modo de cómo, finalmente, se desestima su recurso de revisión contra la antes citada resolución”, “Que en efecto, si bien la Resolución N° 131-93-MP-FN (fojas uno y dos) se sustenta en el Oficio N° 055-93-MP-CEF emitido por el Comité de Evaluación de Fiscales con fecha quince de enero de mil novecientos noventa y tres y en la Resolución N° 108-93-FN-JFS expedida por la Junta de Fiscales Supremos, que precisamente, propone el cese de la demandante, no existe en el contenido de la Resolución objeto de cuestionamiento central, forma alguna de deteminar las razones o los motivos que, de hecho, han conducido a la Fiscalía de la Nación a tomar la decisión de separarla definitivamente de su cargo. Semejante circunstancia resulta en el entender de este Supremo Colegiado una forma de atentar contra el derecho al Debido Proceso Administrativo y particularmente contra la motivación o fundamentación resolutoria y el derecho de defensa irrecstricta, pues es evidente que si la demandante no ha conocido con veracidad, y ni siquiera referencialmente, los cargos que han servido de sustento para cesarla, mal puede exigirsele que pueda posteriormente recurrir de los mismos y evidentemente defenderse con un mínimo de seguridad, tanto más si la misma Fiscalía de la Nación, ante el elemental y lógico requerimiento de la demandante porque se le informe sobre los motivos de su cese, se ha limitado a declarar sin lugar dicha solicitud mediante la Resolución de fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y tres (fojas cuatro)”, “Que por añadidura cuando la demandante se ha visto en la necesidad, esencialmente formal, de interponer su recurso de revisión con fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y tres y éste ha sido resuelto mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 311-93-MP-FN del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y tres, tampoco y mucho menos puede sostenerse, que porque tal pronunciamiento, por cierto desestimatorio, le especifica los motivos o razones que sirvieron de sustento para expedir la Resolución N° 131-93-MP-FN, se respeto con ello el Debido Proceso Administrativo, pues la simple lectura de los

considerandos de semejante resolución, no hacen otra cosa que ratificar el proceder arbitrario con el que se le ceso”, “Que en efecto, una cosa es que el Comité de Evaluación de Fiscales goce de libertad de criterio al momento de evaluar a los representantes del Ministerio Público y otra distinta, que carezca del elemental sentido de equidad al merituar hechos y circunstancias como las que acontecen con la demandante. A este respecto y si la calificación global tiene, según el Reglamento de Evaluación de Fiscales, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 750-92-MP-FN de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, especial prioridad en la ficha moral a la cual le otorga un porcentaje de treinta y cinco por ciento, es absolutamente incongruente que se tome como referencias cuatro quejas con resultado desestimatorio, es decir, todo lo contrario, a conclusiones positivas o inculpativas. Es por otra parte, desproporcionado, que mientras se toma en cuenta la Resolución N° 148-88-MP-DFSL expedida por el Fiscal Superior Decano de Lima con fecha con fecha veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho y los fundamentos e imputaciones que en su contenido se hacen, no se permita en cambio a la demandante, la oposición de ninguna prueba en su defensa, especialmente cuando existen abundantes instrumentales que demuestran todo lo contrario (fojas veintiocho a cincuenta y dos y fojas sesenta y siete a sesenta y nueve) y que de haberse tomado en cuenta como medio de descargo, hubiesen permitido cuando menos una ponderación mas real y objetiva de las cosas”, “Que por consiguiente al haberse obrado por los emplazados dentro de una forma contraria a las condiciones que supone un Debido Proceso Administrativo, es evidente que se ha transgredido a la demandante su derecho constitucional a la permanencia en el servicio. No obstante y como quiera, que no solo ha sido la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 131-93-MP-FN la que ha creado tal estado inconstitucional de cosas, sino que aquellas se han prolongado hasta culminar con la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 311-93-MP-FN, deberán inaplicarse ambas para el caso particular de la demandante”.

Existe en la señalada resolución, aparte de nociones relativas a la tutela judicial y referencias implícitas del debido proceso sustantivo, una manifiesta voluntad de salvaguardar o exigir el sentido de coherencia en las decisiones administrativas que afectan derechos. No en vano, se subraya la importancia de la motivación resolutoria como elemento del debido proceso y se le impone a la par como prevalente frente a cualquier conducta (sea o no formal) que la

transgreda o desconozca. Por otra parte y al hilo de un razonamiento semejante al graficado en el Expediente N° 543-96-AA/TC, se rescata la importancia del factor probatorio en la merituación de toda decisión administrativa sancionatoria.

12). Una última resolución que podemos analizar en este recuento, necesariamente referencial, dada la amplitud de sentencias estimativas existentes en este rubro, es la que se vincula al Expediente N° 1176-97-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por don Jose Tulio Gasco Rubio contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de la RENOM, don Cesar Ramal Pesantes ⁴⁸.

Materia de reclamo, resulta en este caso, la transgresión de la jurisdicción y procedimiento prestablecidos por la ley al haberse sometido al demandante a un organismo investigador incompetente conforme lo señalado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

El Tribunal acogió la pretensión del actor fundamentalmente por considerar *“Que por otra parte y en lo que se refiere al procedimiento mismo que culmina con la sanción al demandante y la posterior desestimación de su recurso de reconsideración, este Colegiado entiende que cuando la ley impone a la administración determinadas formas en la tramitación de los procedimientos de determinación de responsabilidades, o en general, en cualquier procedimiento administrativo interno, no es para que las mismas sean observadas o inobservadas a libre discreción de la administración, sino para que aquellas sean escrupulosamente cumplidas, pues de su existencia depende la real garantía de un Debido Proceso Administrativo”*, *“Que a este respecto y siendo manifiesta la condición de servidor de carrera del demandante (condición incluso, no cuestionada y antes bien, reconocida por la parte demandada) la entidad administrativa competente para investigarlo ha debido ser en todo momento o circunstancia la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios conforme a la primera parte del artículo 165° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM y no así la Comisión Especial cuya competencia solo se aplica para el caso del procesamiento a funcionarios. Pretender invocar dentro de tal contexto principios como “la economía procesal” y la “unidad de criterio” es algo absolutamente impertinente cuando lo que esta de por medio el respeto de uno de los atributos más importantes del Debido Proceso,*

(48) Cfr. El Peruano del 24-03-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 157, Págs. 1590-1592.

como lo es, sin duda alguna, el relativo a la Jurisdicción Predeterminada por la Ley”, “Que por consiguiente el hecho de haberse convertido en irregular el proceso que culminó con el cese temporal al demandante y la posterior desestimación de su recurso de reconsideración, hace plenamente legítima la demanda interpuesta, siendo necesario, dentro de las consideraciones expuestas, que este Tribunal otorgue la tutela del caso, por haberse transgredido, en efecto, los derechos reclamados...”

Fluye de la consignada sentencia, que para el Tribunal es casi un axioma, la idea del respeto por la jurisdicción y procedimientos preestablecidos como parte integrante del proceso debido. Si el órgano que debía investigar al demandante era dentro de dicha lógica, una Comisión Permanente, dada su condición de servidor de carrera, no era válido o procesalmente legítimo, el haberlo sometido a una comisión especial diseñada exclusivamente para funcionarios. Bajo tal óptica el que la administración haya pretendido apelar a principios como la unidad de criterio o la economía procesal, carece de todo asidero, pues la administración por principio no se maneja de modo discrecional, sino bajo el marco que impone el principio de legalidad, lo que significa, que todas las facultades de las que goza o los límites de su actuación no pueden ir más allá de lo que la ley explícitamente establezca.

El repertorio de pronunciamientos en materia de debido proceso administrativo es pues, reiteramos, verdaderamente abundante. Sin duda representa una carga procesal inmensa en el universo de procesos de los que conoce el Tribunal. Fluye sin embargo de lo que aquí se consigna que la idea doctrinaria que se maneja es desde todo punto de vista y como se dijo al inicio extensiva y no de alcances restrictivos. Por ello es casi un hecho, que la casuística sobre la materia prosiga en aumento dado el horizonte de incidencias propias del mundo administrativo.

3). El Debido Proceso ante Corporaciones de Particulares.

Una tercera aplicación que el Tribunal Constitucional ha reconocido respecto del derecho comentado dentro del ámbito formal, es la que podemos denominar como *“Debido Proceso ante Corporaciones de Particulares”*; queriéndose con ella indicar que el derecho al Debido Proceso, al igual como ocurre en el ámbito jurisdiccional y administrativo, resulta un atributo incuestionablemente operante al interior de las entidades colectivas o

de las personas jurídicas⁴⁹.

En efecto, como es bastante conocido, toda organización de individuos, estructurada bajo la forma de persona jurídica o de una corporación de particulares, no funciona de modo anárquico o discrecional, sino que se sujeta a las directrices derivadas de su propio Estatuto o Reglamento de Funcionamiento⁵⁰. Consecuencia de ello los derechos y obligaciones de sus integrantes así como las prerrogativas de sus órganos de dirección o de gobierno, consignadas de suyo en dichos estatutos, son pues el marco de referencia, para que pueda invocarse el atributo aquí comentado.

Si como resulta evidente, una persona, es sometida a un proceso al interior de una persona jurídica, y dicho proceso se ventila o tramita fuera de los cauces previstos en dichos reglamentos o estatutos o lo que es lo mismo, de manera contraria a las instituciones procesales con rango constitucional o a las normas sustantivas con implicancia procesal, estamos pues, sin duda alguna, frente a una transgresión especial del Derecho al Debido Proceso y es en tales circunstancias que el afectado no solo puede sino que debe reclamar por la defensa tal atributo.

Alcances del Debido Proceso al interior de las corporaciones de particulares.

Admitida la incorporación del debido proceso en la estructura de los diversos procedimientos establecidos para que las corporaciones de particulares, puedan determinar situaciones o definir derechos de sus asociados, cabe señalar, que al igual como ocurre en el caso del procedimiento administrativo, con el de carácter corporativo particular, nuestro citado atributo asume características o connotaciones bastante singulares.

En efecto, si nos atenemos a las variables que integran nuestro comentado atributo y las cotejamos en relación con la fisonomía del procedimiento corporativo particular, podremos con bastante facilidad, encontrar una multiplicidad de

(49) El asumir la existencia de un debido proceso al interior de corporaciones de particulares, empieza por admitir, que la teoría de los derechos fundamentales rige, incuestionablemente, al interior de las relaciones establecidas entre los particulares. Al respecto: Tomás Quadra Salcedo.- *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Editorial Civitas, Madrid 1981.

(50) Y ello es así no solo por simple exigencia racional, sino por tratarse de un marco jurídico ya predeterminado, por ejemplo a través del Código Civil cuando se trata de asociaciones y comites, o de la Ley General de Sociedades, cuando se trata de sociedades comerciales.

matices, que aunque claro esta no suponen o significan negacion de derechos relativos al debido proceso, si representan en cambio, típicas y notorias equivalencias.

La jurisdicción predeterminada, por resaltar un caso notorio, no se presenta en los mismos terminos o de la misma forma a nivel de los procedimientos corporativos, que a nivel de los procesos judiciales, respondiendo dicha circunstancia al hecho de que en la estructura organica de las personas jurídicas, no existe la jurisdicción en el sentido estricto de la palabra, sino simplemente la facultad sancionadora, lo que obliga a replantear el concepto dentro de dicho supuesto, o en todo caso por el lado de los procedimientos prestablecidos.

Aunque la lógica es similar con otras manifestaciones del proceso debido (cosa juzgada, motivación resolutoria, instancia plural, etc.) lo importante es entonces rescatar que nuestro atributo comentado, no resulta en ningún caso desnaturalizado o desconocido, sino simplemente, acoplado a la naturaleza especial del procedimiento particular correspondiente. Ello exige como cuestión previa un mínimo esfuerzo de interpretación analógica, cuyo cumplimiento casi cantado resulta decirlo, es responsabilidad de quienes por la vía ordinaria o especial defienden nuestra norma constitucional.

El Debido Proceso ante corporaciones de particulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Nuestro Colegiado ha conocido en diversas ocasiones de garantías sustentadas en transgresiones al debido proceso provenientes de corporaciones particulares, por lo que aplicando extensivamente los derechos procesales de rango constitucional (tambien podría ello ocurrir en el caso de normas sustantivas con implicancia procesal) ha tutelado con toda convicción los derechos objeto de reclamo.

1). Una primera sentencia que puede graficarnos la idea reseñada es la emitida dentro del Expediente N° 067-93-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por don Pedro Arnillas Gamio contra el Club Regatas Lima⁵¹.

Lo que por entonces reclamaba el demandante era el hecho de haberse dispuesto su expulsión como socio del Club Regatas Lima, tras un procedimiento

(51) Cfr. El Peruano del 07-02-96, *Separata de Jurisprudencia*, Año VII, N° 437, Págs. 2821-2822. El mismo pronunciamiento puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. I, S-105, Págs. 276-278.

disciplinario que vulnero sus derechos a la defensa, presunción de inocencia y honor, ya que no solo se le negó acceso a la denuncia formulada en contra suya sino que no se le permitió una confrontación con quienes oficiaban como sus acusadores.

El Colegiado no obstante ser esta la primera oportunidad en que se le sometió a su conocimiento un asunto vinculado al debido proceso corporativo particular, acogió estimativamente la demanda, principalmente por considerar: *“... Que... del exámen del estatuto de la entidad demandada se advierte que el único procedimiento a transitar por el actor para obtener la revisión de la decisión de expulsión dictada en su contra por la Junta Calificadora y de Disciplina del Club, era el dispuesto en el Artículo sesenta y seis de la norma estatutaria”; “Que es de señalar que dicho procedimiento denominado “reconsideración” según el artículo precitado, tiene un trámite cuyo promedio de duración es de seis años, conforme se infiere de la concordancia de los Artículos sesenta y cuatro, inciso c), ochenta y cuatro, ciento dos y ciento veintinueve del Estatuto, por lo que en realidad, se trata mas bien de un procedimiento de rehabilitación, cuya prolongada tramitación como se ha señalado, busca desalentar el reingreso del socio espulsado, apreciación que ha sido ratificada, el día catorce de enero del presente año, por el propio Presidente del Club demandado, doctor Oscar Ortigosa”; “Que siendo esto así, este Colegiado considera que, mientras pendiera el reclamo del actor vía el procedimiento de rehabilitación antes mencionado, y dados los términos por si excesivamente exigentes de su tramitación, pudiera causársele daño irreparable a sus derechos constitucionales invocados en la demanda”; “Que, tal situación constituye causal de excepción al agotamiento de las vías previas, conforme lo dispone el Artículo veintiocho, inciso b) de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, perfectamente aplicable al presente caso, por lo que la acción de garantía submateria resulta procedente”; Que, atendiendo al fondo del asunto, se desprende de autos que las alegaciones del actor referidas a la vulneración de su derecho de defensa en el procedimiento disciplinario que le instauró el Club y que devino en su expulsión, por los hechos acaecidos el día tres de julio de mil novecientos noventa y uno, resultan acreditadas con las instrumentales que obran a fojas ciento veinte, ciento veintiuno, ciento veinticinco aciento treinta y uno, y ciento noventa y uno del expediente constitucional, las que denotan que el cargo atribuido al actor así como el sustento probatorio del mismo no fueron puestos oportunamente en conocimiento del*

demandante para efectos de que ejerciera cabalmente su derecho de defensa, garantizado por el Artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, habiéndose vulnerado este derecho constitucional”; “que, asimismo, no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que la “sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club... y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial”, lo que no parece aceptable, por cuanto el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado”; “Que si bien, en consecuencia, no se privó al demandante de todo derecho de defensa, tampoco se le brindaron las garantías constitucionales del caso”

Dos cosas bastante claras se aprecia del glosado pronunciamiento; por un lado, que el debido proceso o sus garantías (según la terminología utilizada) resultan invocables en toda clase de procedimientos, así sean estos de carácter corporativo particular, y por otro lado, el hecho mismo de entender a la defensa como un atributo revestido de un contenido esencial, lo que supone, que no por haberse dado su ejercicio formal, quiere decir que haya sido cumplido a cabalidad, sino que es correlativamente necesario que el aquel opere de una forma no incompatible con sus objetivos, o lo que es lo mismo de una manera incompleta o insuficiente para lo que de tal derecho se espera en un determinado procedimiento.

2). Un segundo caso que permitió al Tribunal delinear los criterios de nuestro analizado derecho es el que se vincula a la sentencia emitida en el Expediente N° 331-96-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Francisco William Palomino Mendoza contra el Consejo Directivo de la Asociación del Centro de Esparcimiento Lima “El Potao”⁵².

Objeto principal de reclamo, resulta en esta ocasión el hecho de haberse procesado y posteriormente sancionado al demandante, por intermedio de un órgano incompetente conforme lo dispuesto en los Estatutos de la entidad demandada, ya que en su condición de directivo, le correspondía tal atribución

(52) Cfr. El Peruano del 08-10-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 34, Págs. 286-288. El mismo pronunciamiento puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. III, S-433, Págs. 219-222.

a la Asamblea General y no a sus colegas del Consejo Directivo, añadiéndose a dicha circunstancia, ya de por sí delicada, la desnaturalización evidente que operó sobre su derecho de defensa, tras haberse impedido sus descargos de manera oportuna y efectiva.

El Tribunal luego de examinada la causa estimaría legítimo el petitorio formulado por considerar sustancialmente *“Que, conforme fluye del texto de la Resolución No. 02-ACEL-CD obrante a fojas tres y cuatro de los autos, el Consejo Directivo de la Asociación Centro de Esparcimiento Lima “El Potao”, con fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cinco, resolvió, no sólo destituir al demandante por los cargos que se le imputaron sino consultar su exclusión como asociado de la referida entidad, además de prohibir su ingreso a todas sus instalaciones y ponerlo a disposición de su unidad de origen, entre otras medida”*; *“Que... como quiera que toda persona jurídica por principio se encuentra sometida a sus propios Estatutos Internos, que son los que regulan su funcionamiento y establecen los derechos y obligaciones de sus asociados, es de meritarse que en ninguna de las disposiciones del Estatuto de la Asociación demandada, y que corre de fojas cinco a treinta y nueve de los autos, se establece como facultad del Consejo Directivo, la destitución de alguno de los integrantes del referido Consejo, tal y como ha ocurrido en el presente caso, reconociéndose por el contrario, y de modo expreso, que tal atribución corresponde a la Asamblea General Extraordinaria, según se está al Artículo 55° inciso “i”, en concordancia con el artículo 71° inciso “f” del referido Estatuto”*; *“Que, por consiguiente, no puede reputarse como legítima la facultad que el Consejo Directivo de la Asociación demandada se ha arrogado, ya que ello contraviene manifiestamente al debido proceso y particularmente al derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, que, como es evidente, y en parte ya lo ha establecido este Colegiado en el Expediente No. 067-93-AA/TC, resultan aplicables al interior de cualquier persona jurídica dentro de la cual se hayan reconocido atribuciones de proceso y correlativa sanción a sus integrantes”*; *“Que por otra parte, resulta necesario puntualizar, que además de encontrarse viciada la antes citada resolución por haberse expedido por órgano incompetente, la forma como se ha procedido a delimitar la supuesta responsabilidad del demandante, es igualmente arbitraria, pues en ningún momento y como consta de los autos, se le notificó en forma debida y oportuna al actor a los efectos de que presentara sus descargos por ante el Consejo de Vigilancia de la Asociación demandada, lo que supone que también existe transgresión de su*

demandante para efectos de que ejerciera cabalmente su derecho de defensa, garantizado por el Artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, habiéndose vulnerado este derecho constitucional”; “que, asimismo, no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que la “sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club... y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial”, lo que no parece aceptable, por cuanto el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado”; “Que si bien, en consecuencia, no se privó al demandante de todo derecho de defensa, tampoco se le brindaron las garantías constitucionales del caso”

Dos cosas bastante claras se aprecia del glosado pronunciamiento; por un lado, que el debido proceso o sus garantías (según la terminología utilizada) resultan invocables en toda clase de procedimientos, así sean estos de carácter corporativo particular, y por otro lado, el hecho mismo de entender a la defensa como un atributo revestido de un contenido esencial, lo que supone, que no por haberse dado su ejercicio formal, quiere decir que haya sido cumplido a cabalidad, sino que es correlativamente necesario que el aquel opere de una forma no incompatible con sus objetivos, o lo que es lo mismo de una manera incompleta o insuficiente para lo que de tal derecho se espera en un determinado procedimiento.

2). Un segundo caso que permitió al Tribunal delinear los criterios de nuestro analizado derecho es el que se vincula a la sentencia emitida en el Expediente N° 331-96-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Francisco William Palomino Mendoza contra el Consejo Directivo de la Asociación del Centro de Esparcimiento Lima “El Potao”⁵².

Objeto principal de reclamo, resulta en esta ocasión el hecho de haberse procesado y posteriormente sancionado al demandante, por intermedio de un órgano incompetente conforme lo dispuesto en los Estatutos de la entidad demandada, ya que en su condición de directivo, le correspondía tal atribución

(52) Cfr. El Peruano del 08-10-97, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año I, N° 34, Págs. 286-288. El mismo pronunciamiento puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. III, S-433, Págs. 219-222.

a la Asamblea General y no a sus colegas del Consejo Directivo, añadiéndose a dicha circunstancia, ya de por sí delicada, la desnaturalización evidente que operó sobre su derecho de defensa, tras haberse impedido sus descargos de manera oportuna y efectiva.

El Tribunal luego de examinada la causa estimaría legítimo el petitorio formulado por considerar sustancialmente *“Que, conforme fluye del texto de la Resolución No. 02-ACEL-CD obrante a fojas tres y cuatro de los autos, el Consejo Directivo de la Asociación Centro de Esparcimiento Lima “El Potao”, con fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cinco, resolvió, no sólo destituir al demandante por los cargos que se le imputaron sino consultar su exclusión como asociado de la referida entidad, además de prohibir su ingreso a todas sus instalaciones y ponerlo a disposición de su unidad de origen, entre otras medida”*; *“Que... como quiera que toda persona jurídica por principio se encuentra sometida a sus propios Estatutos Internos, que son los que regulan su funcionamiento y establecen los derechos y obligaciones de sus asociados, es de meritarse que en ninguna de las disposiciones del Estatuto de la Asociación demandada, y que corre de fojas cinco a treinta y nueve de los autos, se establece como facultad del Consejo Directivo, la destitución de alguno de los integrantes del referido Consejo, tal y como ha ocurrido en el presente caso, reconociéndose por el contrario, y de modo expreso, que tal atribución corresponde a la Asamblea General Extraordinaria, según se está al Artículo 55° inciso “i”, en concordancia con el artículo 71° inciso “f” del referido Estatuto”*; *“Que, por consiguiente, no puede reputarse como legítima la facultad que el Consejo Directivo de la Asociación demandada se ha arrogado, ya que ello contraviene manifiestamente al debido proceso y particularmente al derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, que, como es evidente, y en parte ya lo ha establecido este Colegiado en el Expediente No. 067-93-AA/TC, resultan aplicables al interior de cualquier persona jurídica dentro de la cual se hayan reconocido atribuciones de proceso y correlativa sanción a sus integrantes”*; *“Que por otra parte, resulta necesario puntualizar, que además de encontrarse viciada la antes citada resolución por haberse expedido por órgano incompetente, la forma como se ha procedido a delimitar la supuesta responsabilidad del demandante, es igualmente arbitraria, pues en ningún momento y como consta de los autos, se le notificó en forma debida y oportuna al actor a los efectos de que presentara sus descargos por ante el Consejo de Vigilancia de la Asociación demandada, lo que supone que también existe transgresión de su*

derecho de defensa, sin que puede invocarse como excusa la absolución de preguntas que figura de fojas ciento veintidós a ciento veinticinco, pues éstas fueron cursadas en total destiempo, y cuando el citado Consejo ya había emitido su Informe No. 13-CV.ACEL-P de fecha trece de mayo de mil novecientos noventa y cinco, conforme se corrobora a fojas ciento veintiuno”; “Que en éste orden de ideas, resulta por demás inadmisibile que la Asociación demandada pretenda subsanar con fecha posterior a la interposición de la demanda de Amparo las diversas irregularidades en las que incurrió su Consejo Directivo apelando para ello a la expedición de la Resolución de Consejo No. 04-ACEL-PCD del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y seis (fojas ciento cincuenta y dos y ciento cincuenta y tres), ya que además de no tenerse muy clara la participación de la Asamblea Extraordinaria de Delegados de la Asociación (por no acompañarse las actas firmadas por los Delegados de conformidad con el artículo 59° de los Estatutos), la resolución en referencia no se pronuncia en lo absoluto acerca del grave problema de competencia expuesto anteriormente y por el contrario, lejos de ello, ratifica como suyas todas las conclusiones del Consejo de Vigilancia, que como se dijo en el considerando precedente, fueron hechas de modo ostensiblemente arbitrario. Este Colegiado, en consecuencia, no puede aceptar, que por espíritu de cuerpo se distorsionen Estatutos o normas internas, pues ello sentaría un pésimo precedente en el funcionamiento de la misma Asociación demandada, si es que desde ahora y en lo sucesivo no se corrigen tales excesos”; “Que por último cabe puntualizar que esta última Resolución No. 04-ACEL-PCD, de fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y seis, además de pretender convalidar las irregularidades de su antecesora, ha generado una inconstitucionalidad sobreviniente, al haber pasado por encima del mandato de medida cautelar que el Juzgado de Primera Instancia emitió con fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (fojas ciento cincuenta y cuatro a ciento cincuenta y cinco de los autos) y a través del cual se ordenó expresamente a la emplazada suspender los efectos de la Resolución de Consejo No. 02-ACEL-P, por lo que mal puede la Asociación demandada proseguir, como lo ha hecho, con la expedición de medidas o resoluciones que ratifiquen los actos violatorios sobre los derechos cuya tutela provisional precisamente se está disponiendo. Es entonces deber de éste Colegiado reparar en esta posterior inconstitucionalidad al igual como lo ha hecho con la derivada de la primera resolución cuestionada”

Se aprecia en esta resolución no solo un intento de delimitar el marco jurídico dentro del cual procede alegar la existencia de categorías propias del proceso debido al interior de las personas jurídicas o corporaciones de particulares, sino una individualización de dos de aquellas categorías o variables, la jurisdicción predeterminada por la ley (o su equivalente, que es la potestad disciplinaria conforme a los estatutos o reglamentos) y el derecho de defensa como atributo irrestricto.

3). Una tercera sentencia expedida al hilo de un temperamento bastante similar al reseñado en el caso anterior lo tenemos en el Expediente N° 685-97-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por doña Rafaela Quispe Rojas contra la Asociación de Comerciantes del Mercado de Santa Luzmila-Comas⁵³.

Como en la controversia anterior, en ésta también se reclama principalmente, por una transgresión de las competencias resolutorias reconocidas sobre determinados órganos de la asociación demandada.

Bajo dicho supuesto el Colegiado argumenta *“Que, respecto de la violación de su derecho de socia, a fojas 8 a 17, corre copia del Estatuto de la Asociación demandada, que en el Artículo 28°, establece que el recurso de apelación de las sanciones impuestas en el Artículo 23°; es decir expulsión y pérdida de la conducción de la tienda, sanciones que le fueron impuestas a la recurrente, será ejercitado ante la Asamblea General, debiendo ser resuelto por la Asamblea; que, por carta de fecha 30 de enero de 1997, de fojas dos, se le comunica a la actora que su recurso de apelación ha sido declarado extemporáneo por el Consejo Directivo; Que, en consecuencia se han violado las garantías del debido proceso, que son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado, al haber sido resuelto el recurso de apelación de la actora por un órgano de la Asociación que carece de competencia para pronunciarse al respecto”*.

Se colige de la sentencia consignada que el tema de las competencias conferidas a los órganos de una corporación de particulares no es un asunto baladí, sino que se conecta directamente con el proceso debido, cuya doctrina se vuelve a reiterar. Bajo dicho supuesto y en la medida en que para el caso examinado fue un órgano incompetente el que resolvió sobre un recurso de la demandante, es evidente que se produjo con ello un atentado a la jurisdicción predeterminada por la ley y por tanto deviene en legítima la demanda interpuesta.

(53) Cfr. El Peruano del 14-02-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 68, Págs. 625-626; el mismo pronunciamiento puede verse en *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, T. IV, S-805, Págs. 1016-1018.

4). Otro caso que nos patentiza la línea protectora que nuestro Tribunal maneja en materia de debido proceso ante corporaciones de particulares es el que se vincula con el Expediente N° 976-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Ruperto Paredes Morán contra la Asociación de Campesinos del Valle del Rimac⁵⁴.

Objeto de reclamo es para esta oportunidad, la infracción tanto del principio de tipicidad como del derecho de defensa, pues la entidad demandada, aparentemente, ha procedido a sancionar al recurrente no solo sin causal ni motivo alguno, sino además, sin concederle la oportunidad de formular los descargos a que hubiere lugar.

El razonamiento del Colegiado se ha orientado por señalar *“Que, según el Art. 2° Inc. 24), letra d) de la Constitución Política del Estado prescribe que nadie será sancionado con pena no prevista en la Ley. Asimismo, el Art. 139° Inc. 14) de la Constitución anotada preceptúa que nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Este principio es extensivo a toda clase de procedimientos legales que posean un elemento sancionador”, “Que, el Art. 56° de los Estatutos de la Asociación de Campesinos del Valle del Rimac, obrante a fojas sesenta y dos, preceptúa que para aplicar la sanción de expulsión a los socios se requiere: a) Que exista por escrito el informe del Fiscal y b) Dar un plazo de ocho días al socio para que ejercite su descargo. Estos dos supuestos no ha cumplido la entidad demandada, se ha limitado a cursar la carta notarial de exclusión de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y seis, de fojas veintiuno y la carta notarial de fojas veinticuatro, su fecha nueve de octubre de mil novecientos noventa y seis por el cual desestimó el recurso de Reconsideración planteado contra la decisión de expulsión como asociado. No precisa la demandada, en forma indubitable, los cargos o hechos que supuestamente realizó don Ruperto Paredes Morán que hayan afectado los Estatutos. Los hechos del demandado acreditan que se ha afectado el legítimo derecho de defensa, el principio de tipicidad o legalidad. Nadie puede ser sancionado sin ser previamente oído y privado del derecho a responder en el plazo de ley los cargos respectivos”*.

Fluye del pronunciamiento consignado que el principio de tipicidad en el ámbito corporativo particular, supone, al igual que en el ámbito jurisdiccional, el respeto u observación de determinadas y específicas causalidades para efectos

(54) Cfr. El Peruano del 23-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 125, Págs. 1182-1183.

sancionatorios, lo que como es de verse no se ha respetado para el presente caso, situación que por otra parte resulta mucho más delicada, cuando tampoco ni mucho menos se ha respetado el elemental derecho de defensa del demandante, al haberse impedido su ejercicio no obstante habersele previsto mediante los estatutos correspondientes.

5). Un último caso, que naturalmente no agota el repertorio de sentencias sobre el rubro examinado, empero que merece ser consignado, es el que se vincula con la sentencia emitida dentro del Expediente N° 757-96-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Elver Arpita Rios, don Edmundo Darío Ita Cueva y don Roberto Huánuco Tapia contra la Asociación Mutualista “6 de Diciembre” de la Policía Nacional del Perú⁵⁵.

Se reclama en esta ocasión la vulneración del debido proceso a que tienen derecho los demandantes tras haberseles separado como socios de la entidad demandada y haberse valido de ello, para impedir su derecho de defensa y posteriormente proceder a expulsarlos.

Examinada la causa así como sus antecedentes, el Tribunal concluye por estimar la pretensión constitucional, fundamentalmente por entender *“Que, si bien la entidad demandada a través de su Asamblea General Ordinaria procedió a expulsar a los demandantes de la Asociación Mutualista “6 de Diciembre” de la Policía Nacional del Perú previo el informe del Consejo de Vigilancia de la referida institución, cumpliéndose lo previsto en el inciso b) del Artículo 78° de sus Estatutos, sin embargo, en la realización de dicho procedimiento no se cumplió con respetar el derecho de defensa de los demandantes, no solo ante el Consejo de Vigilancia, de cuyo Informe N° 001-95-CIM-AM6-DIC-PNP, obrante a fojas ochenta y seis, no se desprende que estos hayan sido citados y oídos, sino que, inclusive, en idéntica indefensión se encontraron ante la Asamblea General Ordinaria de asociados realizada con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco, en las que no se les dejó participar como consecuencia de la vigencia de la Resolución Administrativa N° 001-95-AM6-DIC-PNP, por la que se suspendió sus derechos como asociados”, “Que, el que ello haya acontecido así, supone, como se ha anotado, una manifiesta violación al derecho al debido proceso, y particularmente al derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del Artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que como contenido*

(55) Cfr. El Peruano del 30-09-98. *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II. N° 132, Págs. 1261-1262.

esencial de aquel este Colegiado ha reconocido, y cuya violación exige del Juez Constitucional una tutela pronta y eficaz”.

Quiere con este pronunciamiento significarse, que el derecho de defensa no es un atributo susceptible de restricción o limitación durante la secuela de los procedimientos librados ante corporaciones de particulares, sino un derecho operante en todo momento y sea cual fuere la situación en la que se encuentre cualquiera de los integrantes de dichas corporaciones. De no ser así, fácilmente podría desconocersele, con el solo hecho de apelar a sanciones preliminares, como se ha pretendido hacer con el demandante en el caso glosado y que por lo mismo ha merecido la tutela constitucional correspondiente.

En resumen y no obstante que en materia de debido proceso ante corporaciones de particulares, los pronunciamientos son todavía bastante pocos, ello no empero, no ha impedido en modo alguno que nuestro Colegiado, haya construido alguna doctrina sobre tal extremo y que en función de la misma se haya marcado específicos derroteros muy útiles por lo demás, en lo sucesivo.

IV). Aplicaciones del Debido Proceso Material.

Como se ha dicho en otro momento, es todavía embrionario lo que hasta la fecha se ha venido trabajando jurisprudencialmente en materia de Debido Proceso Sustantivo o Material.

Cierto es que el Poder Judicial ha construido alguna doctrina sustentada en el principio de razonabilidad, incluso desde la vigencia de la anterior Carta de 1979. Es un hecho, sin embargo, que de la concepción de un debido proceso sustantivo, no existe o por lo menos, no conocemos pronunciamientos expresos, hasta el momento presente.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ya ha tenido la ocasión de encarar el tema. Y lo ha hecho, nos parece, dentro de una línea que a futuro, marcará un precedente importante a tomar en cuenta.

1). La primera aproximación a la teoría del debido proceso material, se presentó a raíz del Expediente N° 090-97-AA/TC tramitado con motivo del amparo interpuesto por don Félix Herrera Huaranga contra el Presidente de la Comisión Reorganizadora del Instituto Nacional Penitenciario, don Juan Nakandakari Kanashiro⁵⁶.

(56) Cfr. El Peruano del 19-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 121, Págs. 1144-1145.

En aquella ocasión, se discutía acerca de la constitucionalidad o no de un cese a un trabajador del Instituto Nacional Penitenciario sustentado en una disposición cuyo texto establecía “la exhaustiva revisión y evaluación del legajo personal, comportamiento laboral, moral ético y profesional” como requisito de evaluación objetiva. Nuestro Tribunal, independientemente a que tal dispositivo formara parte del reglamento de evaluación (lo que como se ha visto anteriormente, suele ser de ordinario, el único parámetro de merituación cuando se trata de causas donde se reclama por transgresión del debido proceso formal) consideró que: *“... este Colegiado no puede dejar de observar que la “exhaustiva revisión y evaluación del legajo personal, comportamiento laboral, moral, ético y profesional” al que fue sometido el demandante no guarda coherencia con el contenido de los documentos obrantes a fojas siete y ocho, expedidos por el Director General de la Dirección Regional Central-Huancayo y del Jefe de la Oficina de Personal de la Región Centro-Huancayo del Instituto Nacional Penitenciario, que certifican que el demandante no registra haber sido sometido a proceso administrativo alguno, ni proceso penal, como tampoco existe en su contra sanción disciplinaria; de lo que cabe inferir la subjetividad de la evaluación a la que fue sometido, en franca transgresión del principio de interdicción de la arbitrariedad que como contenido se desprende del principio de razonabilidad, previsto en el artículo 200° de la Constitución Política del Estado” agregando “Que, en consecuencia, este Colegiado estima que al no haberse respetado el derecho constitucional al debido proceso administrativo, consistente en la posibilidad de que se brinde al demandante el mínimo de defensa y que la decisión de cesarlo por excedencia sea la resultante de no habersele evaluado conforme a criterios objetivos, valga la redundancia, de evaluación, procede declarar fundada la demanda”.*

En otras palabras, lo que el Tribunal ha querido indicar, es pues que independientemente a que exista un reglamento que determine las condiciones dentro de las cuales se procede a evaluar a los trabajadores de una determinada entidad pública, este último tiene que revestir cierto margen de objetividad y no prestarse a la arbitrariedad manifiesta. Para el caso glosado, ya se ha visto y así se ha señalado que el requisito de evaluación del legajo no es en si mismo atentatorio del debido proceso⁵⁷, no obstante lo cual dicha exigencia, en principio

(57) No obstante lo cual podrían existir hipótesis en que ciertas normas contenidas en un reglamento de evaluación, fueran no empero, directamente transgresoras del debido proceso

válida, se ha visto manifiestamente desnaturalizada como consecuencia de no existir congruencia alguna entre aquella y los antecedentes laborales del demandante, por otra parte, debida y fehacientemente acreditados mediante instrumentales.

No esta demás recordar, que, como quiera que la situación en la que se encontraba el demandante de esta causa, no era un asunto excepcional, sino colectivo, otros demandantes cuyas causas similares también ingresaron al Tribunal, obtuvieron pronunciamientos sustentados en las mismas consideraciones. Puede ello observarse en el Expediente N° 390-98-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Graciela Soledad Monteza Tapia contra el Presidente del Consejo Nacional Penitenciario, don Juan Nakandakari Kanashiro y el Ministerio de Justicia⁵⁸, en el Expediente N° 432-98-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por don Cesar Martín Castillo Córdova contra la Presidencia de la Comisión Reorganizadora del Instituto Nacional Penitenciario⁵⁹, en el Expediente N° 319-98-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Florime Azañero Ruiz contra el Presidente de la Comisión Reorganizadora del Instituto Nacional Penitenciario, don Juan Nakandakari Kanashiro y el Ministerio de Justicia⁶⁰, y en el Expediente N° 135-98-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por doña Laura Patricia Rico Vergara contra el Presidente de la Comisión Reorganizadora del Instituto Nacional Penitenciario, don Juan Nakandakari Kanashiro y el Ministerio de Justicia⁶¹.

2). Un segundo caso que permitió al Tribunal, establecer ciertas pautas sobre lo que a su juicio importa el debido proceso material, se presentó tanto en el Expediente N° 340-98-AA/TC sobre amparo interpuesto por don Guillermo Rey Terry contra el Congreso de la República⁶², como en el Expediente N°

sustantivo, debido a su arbitrariedad manifiesta. En tales casos, somos del criterio, que el Tribunal no solo podría sino que debería inaplicarlas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad.

(58) Cfr. El Peruano del 22-01-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 154, Pág. 1520.

(59) Cfr. El Peruano del 20-03-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 156, Págs. 1554-1555.

(60) Cfr. El Peruano del 20-03-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 156, Págs. 1559-1560.

(61) Cfr. El Peruano del 20-03-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 156, Págs. 1560-1561.

(62) Cfr. El Peruano del 25-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 127, Págs. 1218-1222.

358-98-AA/TC sobre amparo promovido por don Manuel Aguirre Roca contra el Congreso de la República⁶³. En ámbos casos, como se recordará, el Colegiado tuvo que pronunciarse ante la delicada contingencia de conocer de reclamos iniciados por quienes, en algún momento habían sido sus propios Magistrados y que reclamaban por la defensa de sus derechos constitucionales, tras considerar que el Congreso de la República, los había destituido con transgresión, entre otros derechos, del debido proceso.

Aunque el Tribunal Constitucional, terminaría por desestimar la pretensión de los demandantes, dejó claramente establecido que *“... si bien... ..el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado si puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional”*.

Más allá de lo que puedan representar estos fallos en terminos político-institucionales, esto es, a partir de sus resultados, que como se ha dicho, no fueron en favor de los demandantes (tampoco y por lo mismo del beneplácito de muchos sectores), lo real es que por lo menos, dejarón abierta la posibilidad de que el Tribunal pueda conocer de reclamos incluso contra el ejercicio de potestades políticas reservadas, aunque claro esta, condicionando la procedencia de tal evaluación a criterios de razonabilidad o debido proceso sustantivo.

3). Una sentencia que por el contrario si puede considerarse como tributaria de la doctrina del debido proceso sustancial se presentaría

(63) Cfr. El Peruano del 25-09-98, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año II, N° 127, Págs. 1223-1226.

posteriormente dentro del Expediente N° 675-97-AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por doña Lourdes Catalina Carpio Salas contra la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos ⁶⁴.

Aunque el asunto de fondo era en este proceso, un reclamo por presunta transgresión de derechos constitucionales netamente sustantivos, como la no discriminación, la libertad de conciencia y la libertad de trabajo, a consecuencia de un proceso de evaluación al que se le sometió a la demandante en su condición de docente, el Tribunal, entendió, que más que hablar de vulneración de tales atributos, cabía merituar si dentro de dicha evaluación hubo o no transgresión del debido proceso, entendido tanto en términos formales como sustantivos.

Los argumentos principalmente utilizados se orientaron a sostener “Que a este respecto, y si bien es cierto que la afectada se presentó al proceso de evaluación de profesores llevado a cabo en la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, conforme se aprecia de la apelación que contra la Resolución Rectoral N° 5114-CR-95 presenta la misma recurrente con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (fojas diecisiete a dieciocho de los autos), no deja de ser menos cierto que el citado proceso, no por haberse sujetado a las directrices de la Ley N° 26457 (Ley de Reorganización de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos) y al artículo 13° de las normas de evaluación y ratificación extraordinaria de docentes, quiere decir que haya sido correctamente utilizado para el caso de la demandante, o que, en otros términos, haya respetado el contenido esencial de un Debido Proceso”, “Que en efecto, si la citada Resolución Rectoral N° 5114-CR-95 procedió a declarar como no ratificada en su cargo a la demandante, lo menos que ha debido hacer es motivar las razones de tal decisión, pues si la Resolución de Decanato N° 267-FPSIC-95, la había, por el contrario ratificado (aunque variando sus horas), no termina de entenderse, el cambio repentino de opinión. Dicha situación en el entender de este Tribunal, ya supone una transgresión al debido proceso formal y en particular al principio de motivación resolutoria, pues lo que se resuelve administrativa o judicialmente siempre debe responder a una causalidad específica, la que, sin embargo y para el presente caso, no ha existido, por lo menos hasta el momento de emitirse las resoluciones rectorales objeto de cuestionamiento”, “Que si bien posteriormente o a nivel del presente proceso constitucional,

(64) Cfr. El Peruano del 13-05-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 167, Págs. 1174-1175.

el representante de la demandada Comisión de Reorganización ha hecho saber que la razón por la que se dispuso la no ratificación de la demandante ha sido el incumplimiento de la carga lectiva solicitada por la universidad, dicha explicación tampoco se armoniza, por otra parte, con la idea de un debido proceso sustantivo o de razonabilidad en la decisión adoptada, pues si la recurrente, hizo saber por conducto de su apelación que la razón por la que no registraba carga lectiva, específicamente durante los Semestres Académicos 92 (I y II), 93 (I y II) y 94 (I) respondía al hecho de haber sido injustamente privada de su libertad, ha debido aplicarse el artículo 149° del Estatuto de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que contempla la retención de los derechos del profesor para casos como los de la demandante y no merituar su situación como incumplimiento funcional, máxime si la misma ya se había reincorporado a dicha universidad desde el segundo semestre de mil novecientos noventa y cuatro”, “Que por consiguiente y en la medida en que no se ha observado el debido proceso, formal y sustantivo para el caso de la demandante, y que a consecuencia de ello, se ha transgredido su derecho al trabajo como profesora en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, aunque no así los otros derechos que invoca y respecto de los cuales no existe acreditación alguna, la presente demanda debiera estimarse específicamente en aquellos aspectos relativos a su condición docente, la que debiera reconocerse en la forma en que lo dispuso en su momento la Resolución de Decanato N° 267-FPsic-95, esto es, como Profesora Asociada a Tiempo Parcial (20 horas)”.

Ha querido significarse con este pronunciamiento, más allá de lo que pueda representar el haberse merituaado la transgresión de derechos distintos a los originalmente invocados, que para nuestro Tribunal no es solamente el procedimiento formalmente establecido el que sirve como marco de referencia al momento de pronunciarse sobre la existencia o no de vulneración al proceso debido, sino que también lo es y con mucha mayor relevancia, el sentido de aplicación que se le otorga al mismo, ya que es en función de este último que opera la razonabilidad de toda decisión. Para el caso de autos, ya se ha visto, no solo se ha detectado infracción al debido proceso formal en la variante de la motivación resolutoria, sino y fundamentalmente infracción al debido proceso material al haberse expedido una resolución sin merituar la situación especial en la que se encontraba la demandante y respecto de la cual existían dispositivos expresos, que podían haber conducido a conclusiones totalmente distintas a las adoptadas mediante la resolución objeto de cuestionamiento por vía de amparo.

4). Un último caso, que ha vuelto a reiterar la doctrina aquí reseñada, lo tenemos por conducto del Expediente N° 408-97-AA/TC sobre Acción de Amparo promovida por don Juan Pedro Vaca Avalos contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, don Walter Eguberto Díaz Díaz⁶⁵.

Objeto de reclamo es para esta ocasión, el hecho de haberse vulnerado por parte del emplazado, los derechos constitucionales del demandante relativos a sus haberes, la legítima defensa, la pluralidad de instancia y el debido proceso. Bajo dicho supuesto, lo que principalmente se cuestiona es el haberse aplicado una sanción de suspensión sin goce de haber, es decir, una sanción grave, no solo por un hecho no tipificado y además irrelevante dentro del contexto en que se comete la supuesta infracción que se imputa al demandante, sino que tampoco se compatibiliza dicha medida con los antecedentes laborales que aquel exhibe y que sin embargo en ningún momento fueron ponderados. A todo ello se agrega, el hecho de haberse canalizado y resuelto todos los reclamos en la vía previa, ante la misma autoridad emplazada, como si esta fuera la instancia exclusiva y excluyente dentro de todo el procedimiento administrativo.

Las consideraciones por las que el Tribunal acoge estimatoriamente la demanda se orientan por sostener *“Que, conforme se aprecia en el petitorio contenido en la demanda interpuesta, el objeto de éste se orienta al cuestionamiento de la Resolución Administrativa N° 041-96-P/CSJLL de fecha dos de mayo de mil novecientos noventa y seis, así como de las Resoluciones Administrativas S/N de fechas siete de mayo, veintisiete de mayo y quince de julio de mil novecientos noventa y seis, expedidas todas ellas por el demandado Presidente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, tras considerar que con las mismas se han transgredido los derechos constitucionales del demandante relativos a sus haberes, así como a la legítima defensa, pluralidad de instancia y debido proceso”, “Que, por consiguiente, y a efectos de acreditar las condiciones de procedibilidad de la presente acción o, en su caso, la legitimidad o no de la demanda interpuesta, debe empezarse por señalar que para el presente caso, el trámite de agotamiento de las vías previas previsto por el artículo 27° de la Ley N° 23506, ha sido debidamente cumplido por el demandante con la presentación de los sucesivos recursos administrativos internos, no obstante que, como se verá en seguida, estos no han sido resueltos por el emplazado respetando los supuestos mínimos de un debido proceso administrativo. Por otra parte la demanda ha sido interpuesta dentro del término*

(65) Cfr. El Peruano del 17-05-99, *Separata de Garantías Constitucionales*, Año III, N° 168, Págs. 1719-1720.

contemplado por el artículo 37° de la norma antes acotada, lo que supone su no caducidad”, “Que en lo que respecta al asunto de fondo, este Colegiado considera que si bien es un hecho acreditado que el emplazado Presidente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad tenía facultades disciplinarias sobre el demandante y dentro de dichos supuestos, podía, en efecto, sancionarlo por la comisión de las faltas o infracciones en que éste incurra, conforme se desprende del artículo 2° de la Resolución Administrativa N° 074-CME-PJ del uno de abril de mil novecientos noventa y seis, expedida de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 26546, que a su vez modifica el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de funciones de gobierno y gestión; dichas facultades solo podían ejercitarse con sujeción al respeto por el contenido esencial del derecho al debido proceso, hipótesis que en el caso de autos, definitivamente no se ha dado”, “Que en efecto, el hecho de que el demandado pueda aplicar sanciones sobre el demandante, no supone para nada el desnaturalizar los principios de razonabilidad y proporcionalidad incisos a toda medida sancionatoria. Si el demandado invoca el artículo 26° inciso b) del Decreto Legislativo N° 276 así como el artículo 155° inciso b) del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que ciertamente contemplan la sanción de suspensión sin goce de haber impuesta al demandante mediante la cuestionada Resolución N° 041-96-P/CSJLL, es absolutamente arbitrario y desproporcionado que las razones que sirven de sustento a dicha decisión no hayan sido merituadas en relación con otros dispositivos como el artículo 27° del mismo Decreto Legislativo N° 276 o los artículos 151° y 154° del igualmente citado Decreto Supremo N° 005-90-PCM. El hecho de que el demandante haya cometido un error alterando el protocolo de una ceremonia con un discurso no previsto, evidentemente puede ser pasible de una sanción pero que la misma pueda llegar hasta el extremo de suspenderlo por ocho días sin goce de haber no termina de justificarse, cuando precisamente el mismo demandante había sido una de las dos personas premiadas en dicha ceremonia. No tomar en consideración la naturaleza de la infracción cometida, los antecedentes del servidor, la absoluta falta de reincidencia respecto de dichos hechos así como otros factores -todos ellos atenuantes- y, en lugar de ello, preferir una equivocada y mal entendida concepción de la disciplina -como si la organización judicial fuera equivalente a la castrense-, es una muestra de distorsión en la potestad sancionatoria, que desdibuja la relación entre causa y efecto y atenta contra el sentido

básico de justicia. Este Colegiado entiende por consiguiente, que así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contraviene los derechos y principios de quien es procesado judicial, administrativa o corporativamente, (hipótesis que por cierto, también ha ocurrido en el caso de autos) dicho atributo es igualmente distorsionado, empero en términos materiales o sustantivos, cuando, como en el presente caso, no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada”, “Que por otra parte y aún cuando la norma que habilita la potestad sancionatoria del demandado (específicamente, la Resolución Administrativa N° 074-CME-PJ) era insuficiente por sí misma para garantizar la presencia de un irrestricto proceso debido, el demandado tampoco ha debido proceder en la forma en que lo hizo, una vez producido el reclamo administrativo del demandante. Si, en principio, y como lo establece el artículo 139° inciso 6) de la Constitución Política del Estado, es un derecho de las partes el hacer uso de la pluralidad de instancia, y en el presente caso la instancia administrativa plural no existía por entonces todavía al haber aglutinado el Presidente de la Corte Superior todas las facultades sancionatorias, no ha debido fungir el emplazado como instancia revisora de todos los reclamos del demandante, al extremo de haber resuelto sucesivamente sus recursos de apelación (siete de mayo de mil novecientos noventa y seis), revisión (veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis) y queja (quince de julio de mil novecientos noventa y seis), ya que dicha circunstancia altera el sentido lógico de imparcialidad y libertad de criterio con el que se supone, funciona el sistema de la instancia plural, distorsionando incluso el derecho de defensa del interesado”, “Que a tenor de lo expuesto, este Colegiado no puede menos que acoger la pretensión del demandante pues aunque entiende que la organización judicial goza de plena y absoluta autonomía tanto en sus decisiones de tipo jurisdiccional como en la de contenido administrativo, asume a su vez que las mismas solo resultan válidas cuando son ejercidas de forma compatible con la Constitución Política del Estado y con los derechos que aquella reconoce”, “Que por consiguiente y habiéndose acreditado transgresión del derecho al debido proceso, entendido tanto en términos sustantivos como formales, y por otra parte, afectado con ello los derechos económicos y laborales, del demandante resultan de aplicación los artículos 1°, 3°, 7°, 24° incisos 16) y 22) de la Ley N° 23506 en concordancia con los artículos 1°, 40°, 139° incisos 3), 6) y 14) de la Constitución Política del Estado”

Puede colegirse de los fundamentos utilizados una distinción mucho más precisa entre lo que se entiende por debido proceso formal y lo que supone el debido proceso material. Respecto de éste último y aunque no se cuestiona en lo absoluto la potestad sancionatoria de la autoridad emplazada, se asume que la misma no puede utilizarse como ha ocurrido en el presente caso, de una forma incompatible con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello en otros términos, quiere significar, que para el Tribunal la sanción aplicada carecía por completo de sustento tras no revestir gravedad alguna la conducta que supuestamente la motivó y en el peor de los casos, ha debido tomarse en cuenta no solo el contexto en que fue realizada sino los propios antecedentes del demandante, pues además de ser dichos supuestos perfectamente lógicos, se encontraban jurídicamente previstos como formulas de juzgamiento administrativo a las que no empero, en momento alguno se acudió. Por otra parte y ya en lo que concierne al debido proceso formal, es más que evidente, que si una sola persona —en este caso, el emplazado— se permite por ante si resolver toda clase de recursos impugnativos respecto de sus propios actos, es manifiesto que con ello no solo se quiebra el sentido de equidad, sino que se desnaturaliza el régimen de la instancia plural tan necesario como lógico en cualquier sistema de procesamiento y sanción.

En resumen y tras pronunciamientos como este y los anteriores, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional ha iniciado un ciclo bastante interesante en lo que a tutela de los derechos fundamentales se refiere. Siendo en todo caso y como insistimos, bastante nuevo lo que se ha trabajado en materia de debido proceso sustantivo, convendría en todo caso marchar con cierta cautela, pues al revés de lo que ocurre con el debido proceso formal, en que las categorías son siempre objetivas, no existe sobre dicho ámbito sustantivo sino elementos de referencia netamente subjetivos. Lo razonable, lo proporcional, en fin, lo no arbitrario, son criterios que invitan al interprete a operar sobre supuestos más elásticos o flexibles, que los que ofrecen conceptos como la defensa, la jurisdicción predeterminada o la motivación resolutoria. De allí que si lo que se desea es un robustecimiento de la Justicia Constitucional y no un manejo peligroso de la misma, sea necesario establecer ciertos límites a dicho derecho y no avanzar sin brujula en mano, pues la sublimación de conceptos, tampoco puede interpretarse como invitación al decisionismo jurisdiccional⁶⁶. Bajo dicha

(66) En efecto, la concepción de un debido proceso sustantivo, es de capital importancia, pero el uso indiscriminado de la misma sin la existencia de ciertos parametros o condicionamientos mínimos podría llevar a extremos inprevistos, como podrían ser, por ejemplo, los de cuestionar

lógica, elemento principal a tomar en cuenta podría ser el de la necesaria articulación de este derecho al debido proceso sustantivo con el resto de valores que la Constitución reconoce. Creemos, que si lo que la Constitución propugna es un cuadro de valores materiales, todos ellos importantes, debe saberse matizar cuando es que unos deben prevalecer sobre otros, sin que con ello se afecte o desnaturalice el mismo sistema que se desea mantener.

V). Reflexiones finales.

La tutela del derecho al debido proceso, es como se ha visto, una máxima que el Tribunal Constitucional ha querido hacer suya en diversas oportunidades. Lo ha hecho en materia jurisdiccional, administrativa y corporativo-particular cuando se trata de la dimensión formal de dicho atributo y más recientemente, también, desde la perspectiva material o sustantiva.

Esta realidad procesal, sin embargo, no nos lleva, naturalmente al extremo de afirmar una línea doctrinal absolutamente definida y por ende permanente, pues de antemano, somos conscientes, que no todos los fallos han respondido en todos los casos a criterios iguales. Bastaría con anteponer las sentencias aquí examinadas en relación con algunas otras, que por cierto también existen y que no siempre han sido del todo consecuentes, para atenuar —en realidad desdibujar— cualquier entusiasmo anticipado. No obstante, aún aceptando que en el proceso de construcción de conceptos, y en particular, en el de los atinentes al debido proceso, han existido y aún existen ciertos imponderables, puede afirmarse sin temor a equívocos que la evaluación o el promedio general resulta, por encima de lo dicho, bastante alentador. Bajo dicho supuesto y aunque como insistimos no se puede hablar de línea doctrinal, en cambio si resulta perfectamente legítimo hablar de tendencias, pues ellas están delineadas con toda precisión y en más de una oportunidad.

Es en función de esas tendencias que podemos atrevernos a afirmar que el debido proceso, es algo más que un simple derecho contenido en la Constitución, es una forma de convertir una simple aspiración, en Justicia como realidad.

Lima, Junio de 1999.

un fallo judicial ya no precisamente por infracción a las normas del debido proceso formal, sino incluso por ser en si mismo arbitrario (todos los fallos lo serían para los perjudicados), en otras palabras, el proceso constitucional como una inobjetable supra instancia jurisdiccional de todo tipo de procesos. Ni más ni menos, que lo que precisamente se trata de evitar, cuando se postula el debido proceso formal.

UN ANTECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL JURY CONSTITUTIONNAIRE (Una lectura heterodoxa de Sieyés)

Edgar Carpio Marcos

“Sé que no concediendo a los jueces el derecho de declarar anticonstitucionales las leyes, damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la constitución, puesto que no encuentra ya barreras legales que lo detengan. Pero vale más todavía otorgar el poder de cambiar la constitución del pueblo a hombres que representan aunque sea imperfectamente esa voluntad popular, que a otros que no representan más que a ellos mismos”.

Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, FCE, México 1984, pág.108

I. INTRODUCCIÓN

Es un tópico común, no del todo acertado a nuestro juicio, si es que no se realiza una serie de matices, inflexiones y precisiones, el atribuir a la experiencia constitucional americana dos ideas angulares en torno a las cuales se ha edificado todo el Derecho Constitucional: En primer lugar, la idea de que la Constitución es una norma jurídica, la primera de las fuentes del Derecho, que al igual que cualquier otra fuente, vincula, compele y obliga a autoridades, funcionarios y particulares, a todos por igual, actuar de conformidad con ella. En segundo lugar, y precisamente en la intención de garantizar la superioridad de la Constitución sobre las demás fuentes del Derecho, la idea de establecer un órgano, no importa por ahora la naturaleza de las funciones que éste pueda tener, que le servirá como “custodio” o defensor.

De hecho, las frases de Tocqueville que hemos reproducido y que fueron lanzadas hacia mediados del siglo XIX, si es que no se les da una lectura contextualizada, varios lustros después que la obra de la Revolución Francesa llegara a su fin, puede inducir a confirmar lo que parece ser una perogrullada del Derecho Público actual.

Pues bien, y esto me parece absolutamente necesario poner de manifiesto desde el inicio: el que en América estas dos ideas hayan permanecido inalterables

y se hayan consolidado con el transcurrir del tiempo, no significa que la noción de Constitución como norma suprema y necesitada de un órgano que garantice su especial posición en el sistema jurídico, le sean propias y exclusivas, o, como se ha dicho, “la más importante creación”, y del Tribunal Constitucional, “una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano”¹, “una contribución de las Américas a la Ciencia Política”².

Sucede que ello no es del todo cierto, pues ni la idea de la Constitución como norma jurídica suprema, ni la de su correlato, la necesidad de establecer una jurisdicción constitucional, son creaciones originales cuya paternidad pueda atribuirse, en exclusiva, al constitucionalismo americano. Pensamos, y lo intentaremos probar luego, que si bien la idea de que la Constitución es una norma suprema, se manifestó en forma primigenia en el constitucionalismo americano, a través de la Constitución Federal de 1787; el que en Francia, la otra cuna del nuevo sistema político, no se haya formulado en términos tan contundentes, ello no significa que tal concepción le fuera en lo más mínimo extraña.

Otro tanto ha de suceder con el asunto de la jurisdicción constitucional, que si bien en su expresión o configuración jurisdiccional, puede reclamarse para Estados Unidos, como una de sus más importantes contribuciones al constitucionalismo moderno, tras la asunción pretoriana de tamañas facultades por su Suprema Corte³ hacia 1803⁴; sin embargo, la finalidad que con su armazón

(1) Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid 1985, pág. 51 y 123, respectivamente.

(2) Cfr. J.A.C. Grant, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México 1963, passim.

(3) Aunque la Judicial Review haya sido insinuada por Charles Evans Hughes (*La Suprema Corte de Estados Unidos*, FCE, México 1946, pág. 7) como consustancial al proceso mismo de confección de la Constitución como norma suprema, no deja de constituir un tópico sumamente opinable el que ello efectivamente haya acontecido así. En ese sentido no deja de ser interesante recordar que si en el caso americano la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad de los actos legislativos se manifiesta sólo en 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, la formulación francesa del *Jury Constitutionnaire* es sin lugar a dudas notoriamente anterior, bien que ello tenga que matizarse con el hecho de que ya en 1788, Alexander Hamilton en los *Federalist Paper* (N. 78) ya aludiera sobre la exigencia de los jueces de preferir, en caso de incompatibilidad entre una ley y la Constitución, a ésta última (Cfr. Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista o la nueva Constitución*, FCE, México 1943, pág. 338 y sgtes.).

(4) Cfr. La sentencia *Marbury vs. Madison* en *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 3, México 1947, p. 317 y ss.

se buscara y hasta la propuesta teórica para configurarla como un órgano típicamente jurisdiccional, no le fueron caros al constitucionalismo francés, bien que al final se optara por una postura que por diversas razones que no es el caso entrar aquí en detalles, se encontraba lejana a una configuración jurisdiccional del órgano encargado de defender la Constitución.

Que ambas concepciones hayan sido parcialmente condenadas al olvido, nos parece, una de la más graves de las injusticias teóricas que pueda haber podido realizarse con el principal mentor de estas ideas en Francia, Emmanuel Sieyés.

Por curioso y sorprendente que pueda parecer, la obra de Sieyés ha sido condenada a lo que él mismo pretendió realizar con el concepto de poder constituyente, que, como es sabido, pretendió reclamar en exclusiva para la experiencia francesa, pretendiendo desconocer los aportes que en dicho ámbito teórico aportó la experiencia de la revolución americana.

“En 1788 - diría Siéyes - se estableció una idea sana y útil: la de la división del poder constituyente y de los poderes constituidos. Habrá de figurar entre los descubrimientos que han hecho avanzar a la ciencia; se la debe a los franceses⁵”

Sucede, sin embargo, que Sieyés no es sólo un personaje que interese, o tenga que interesar en exclusiva a los juristas. Bien es cierto que tras su obra, bastante dispersa en folletos, discursos y propuestas legislativas, él transitara por lo que hoy son lugares comunes y recurrentes en el Derecho Público, que obliga a que los juristas tengan necesariamente que prestarle dedicación (poder constituyente, poderes constituidos, sistema representativo, Constitución, y un largo etcétera de tópicos no pueden ser analizados con un mínimo de seriedad si no se recurre a Sieyés)⁶.

(5) E. Siéyes, “Opinión de Siéyes sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Siéyes*. Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja, FCE, México 1993, pág. 247 (en adelante, *Escritos Políticos de Sieyés*).

(6) La “revolución jurídica” de la que ha hablado Albert Soboult (*Compendio de la historia de la Revolución Francesa*, Edit. Tecnos, Madrid 1994, pág. 93), tuvo pues en Sieyés, si no el único exponente, sí al que le cupo asumir el papel teórico más importante: “Oráculo del Tercer Estado” se le tildó no sin razón. Cfr. al respecto, Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1994, passim. Idem, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Edit. Taurus, Madrid 1984, pág. 13-67. Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, Madrid 1994, especialmente, pág. 181 y sgtes.

Y no obstante ello, pocas veces se ha reparado que tras sus formulaciones legislativas, se esconde un pensador político, que no empece ser tributario de las tesis del iusnaturalismo racionalista, sin embargo, ofrece más que notables peculiaridades que es bueno no desatender⁷. Ciertamente uno de los ámbitos por demás interesantes en Siéyes, es el tema de la “jury constitutionnaire”, que si en el plano del formalismo jurídico puede suponer la coronación del *goverment by law and not by men*, sin embargo, la legitimidad de una institución como ésta así como las atribuciones que se le pretendiera reconocer, en verdad no podría explicarse ni entenderse en sus justos contornos, si es que no se realizara una aproximación, siquiera general, a su pensamiento⁸.

Rescatar, entonces, las invalorable contribuciones que Sieyés formulara en torno a este asunto, y con ello, el modelo de Estado de Derecho que de su pensamiento resultase, no es solamente una tarea que pueda ya justificarse en el dato de la anécdota histórica, o en el rescate de una contribución que en la historia del constitucionalismo moderno se haya ofrecido, sino, por sobre todas las cosas, el de puntualizar que sobre sus planteamientos jurídicos-políticos gira, en gran parte, el debate actual, y nunca acabado, en torno a la propia configuración de la jurisdicción constitucional de nuestra época.

II. LA IDEA DE “SISTEMA” CONSTITUCIONAL EN EL PENSAMIENTO DE SIEYES

Ahora bien, la propuesta que Siéyes formulara para configurar un Tribunal Constitucional en la Constitución francesa, no es una cuestión que resultara de un golpe de ingenio o de audacia política que se pueda atribuir al Abate de Fréjus. Es, por el contrario, la resultante de un bosquejo de “sistema” constitucional que Siéyes maneja, en el que cada institución y cada concepto se va enlazando en forma armónica, y en lo que a nuestro propósito interesa relieves, habrá de verse puesto de manifiesto en toda su contundencia, precisamente, en la propuesta de establecer este Jury Constitutionnaire.

(7) “El más importante de los pensadores de la revolución de 1789”, “el gran clásico del Derecho Público francés...” lo ha llamado David Pantoja, “Introducción” a los *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 17-18.

(8) Cfr. Ramón Maiz, “Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyés”, en *Revista de Estudios Políticos*, N. 72, Madrid 1991, pág. 46, para quien Sieyés representa el “pensador político más profundo de la revolución francesa”.

Ciertamente, la originalidad del método empleado por Siéyes para realizar sus formulaciones teóricas, no es un asunto del que sólo cabe predicar en materia constitucional. En general, puede decirse que la emplea para bosquejar todos sus planteamientos. Por decirlo de alguna manera, existe una obsesión de Siéyes porque sus planteamientos sean la resultante de un *more geométrico* en el análisis socio-político¹¹.

“Jamás se comprenderá el mecanismo social si no se toma el partido de analizar una sociedad como una maquina cualquiera, considerando separadamente cada parte de ella y reuniéndolas después *in mente* las unas con las otras a fin de darse cuenta de sus concordancias y percibir la armonía general”¹².

Y este es un dato que es común encontrar a lo largo de toda la obra. Así, cuando en el capítulo I de su referido trabajo, ingresa resueltamente a desarrollar la tesis de que el Tercer Estado constituye el todo, y que en él no es posible ni deseable tener en consideración a la nobleza, dirá:

“...No basta con haber mostrado que los privilegiados, lejos de ser útiles a la nación, no pueden sino debilitarla y perjudicarla, hay que probar aún que el orden notable no entra en la organización social: que puede ser una carga para la nación pero que, en cualquier caso, no forma parte de ella”¹³.

No es nuestro propósito, naturalmente, detenernos aquí a analizar cómo cada institución, que a lo largo de su obra se detalla, va adquiriendo especial sentido, encadenándose muchas veces en una relación causal dentro del pensamiento de Siéyes. Lo que nos interesa precisar, sin perjuicio de lo hace poco afirmado, es que cuando en enero de 1789 se publica *¿Qué es el Tercer Estado?*, aunque las bases ideológicas del iusnaturalismo racionalista se encontraban fuertemente afianzadas en la Francia pre-revolucionaria, ningún autor anterior a Siéyes se había sentado y meditado en torno a la configuración de un Estado “liberal concreto”¹⁴.

(11) Cfr. el trabajo de Ramón Maiz, “El Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Siéyes”, citado, especialmente, pág. 48-53.

(12) E. Siéyes, Ob. Cit., supra, pág. 141.

(13) E. Siéyes, Ob. Cit., supra, pág. 89.

(14) El caso de Siéyes es, en relación a un Hobbes, Locke o el mismo Montesquieu, realmente particular, pues si bien el último de los nombrados, en su famosa obra *Del Espíritu de las Leyes* (especialmente relevante es el libro XI, Capítulo VI, que citamos por Ediciones Orbis, Buenos Aires 1984, T. I, pág. 143) traza de manera general el asunto de la división de poderes, sin

Antes de él, en las formulaciones de un Locke, Rousseau y especialmente Montesquieu, apenas si podían vislumbrarse cuestiones bastantes generales en torno a tal asunto, pero no sobre lo que Siéyes instaba a su generación realizar. Este es un dato frente al cual el propio abate de Fréjus habría de reparar, y advertir:

“... el plan de aquello que quieran establecer para el interés del pueblo, no es más que la obra de un filósofo; sólo un proyecto. Por su propio sentido, el administrador buscará los medios de ejecución. Se dará cuenta de la posibilidad de llevar a cabo las buenas ideas del filósofo, pero éstas son dos distintas maneras de pensar.”¹⁵

No se trata tampoco de pretender realizar un análisis lógico, abstracto, cartesianamente calculado, en el que los designios de la razón resuelvan los problemas sociales.

“Mientras el filósofo -afirmaría en el introito de *¿Qué es el Tercer Estado?*- no traspase los límites de la verdad, no le acuséis de ir demasiado lejos. Su misión es marcar la meta; es preciso, pues, que llegue a ella. Pero si a medio camino se atreve a izar su bandera, ésta puede resultar engañosa. Por el contrario, el deber del administrador es graduar su paso siguiendo la naturaleza de las dificultades... Si el filósofo no está en la meta, no sabe dónde se encuentra; si el administrador no distingue esa meta no sabe adónde va.”¹⁶

Hay en la frase transcrita, no un recurso al pasado, a las tradiciones seculares del Estado absolutista, sino la visión de un estadista, que pretende edificar un edificio estatal, unas bases constitucionales que en su accionar respondan a las nuevas exigencias que con su creación se persigue.

embargo, al final, sus impresiones fueron lanzadas en un contexto en el que aún no se había dado lugar, materialmente hablando, de lo que a la postre sería el derrocamiento del absolutismo como sistema político imperante. En un Hobbes, Locke o Rousseau la cuestión aún es más incipiente. No sucede lo mismo con Siéyes, que en este sentido, no sólo le cupo hacer las veces de “oráculo de la revolución”, sino que, y tal vez sea ésto lo más importante, recrear y polemizar con las formulaciones teóricas de todos ellos, con miras a edificar lo que después se conocería como el Estado de Derecho.

(15) E. Siéyes, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en *Escritos Políticos de Siéyes*, citado, pág. 65.

(16) E. Siéyes, *Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 83.

“La física no puede ser más que el conocimiento de lo que es. El arte social, más osado en su vuelo, se propone adaptarse y acomodar los hechos a nuestras necesidades y a nuestro gozo; él exige lo que debe ser para la utilidad de los hombres. El arte es para nosotros; la especulación, la combinación y la operación nos pertenece igualmente; además de todas las artes, el primero, sin duda, es aquel que se ocupa de disponer para la convivencia humana del plan más favorable para todos. Y yo pregunto: ¿es necesario consultar aquí los hechos...? (...) ¿... buscar el modelo del orden social en el cuadro de los acontecimientos históricos?... ¡Qué diferencia para el legislador cuando los hechos deben pesar sobre su corazón! Y que él debe sentirse presionado para escapar al fin y hacer frente ¡a la terrible experiencia de los siglos! ¹⁷.

Apenas unas cuantas líneas más adelante, enfáticamente diría: “Los archivos de los pueblos no han desaparecido, no sin duda: pero éstos están en la razón y no fuera, en donde está su depósito fiel y seguro (...) Librémonos de tristes recuerdos, ya que aun cuando esos orígenes se descubrieran de golpe ante nuestros ojos, ¿qué esperaríamos de ellos? ¹⁸.

En lo que se refiere a la creación del Estado constitucional, Siéyes describe pues una situación de hecho, verdaderamente paradójica en lo que respecta a los propósitos que se debería perseguir. Hay una suerte de descripción de un *status quo* frente al cual Siéyes y su generación deberán de enfrentarse. Ya en 1788, en las “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, diría:

“... Se invocan los principios fundamentales del orden social y se sabe bien que de todas esas leyes, la primera, la más importante para los pueblos, es la de una buena Constitución. No hay más que una buena Constitución que dar a los ciudadanos para garantizarles el gozo de sus derechos naturales y sociales...” ¹⁹.

(17) E. Siéyes, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en *Escritos Políticos de Siéyes*, citado, pág. 72.

(18) Idem, pág. 72.

(19) Idem, pág. 63.

En efecto, antes de él, la idea de que el Estado es un ente artificial, producto del Contrato Social, cuyos poderes deberían de limitarse, para evitar la concentración del poder y, por consiguiente, impedir la violación de los derechos naturales, ya se había esbozado. En enero de 1789, tras la convocatoria realizada por el Rey a los Estados Generales, el 8 de agosto del año anterior, la meta que se encontraba trazada, necesitaba de instrumentos y de medios. Era la oportunidad, de alcanzar a constituir aquel Estado e invertir los supuestos lógicos y antropológicos que Siéyes mismo ya había advertido en su *Essai sur les privilèges*, en noviembre de 1788, sobre lo que después se llamaría el *Ancien Régimen*.²⁰

A nuestro juicio, es éste el sentido del “incendiario comienzo” de *¿Qué es el Tercer Estado?*:

“El plan de este escrito es bastante simple. Debemos plantearnos tres preguntas:

1. Qué es el Tercer Estado? Todo.
2. Qué ha sido hasta hoy en el orden político? Nada
3. Qué pide? Llegar a ser algo²¹.

Desde esa perspectiva, no es exagerado afirmar que Siéyes tuviera que justificar su labor de “ingeniería constitucional” en dichos términos. Antes de él, filósofos habían señalado la meta. Era la oportunidad, tras la convocatoria a los Estados Generales, que los representantes de la Nación alcancen la meta trazada, “graduando su paso siguiendo la naturaleza de las dificultades”.

No obstante ello, el pensamiento de Sieyès ha solido ser minimizado como consecuencia de su vida pública ciertamente polémica. Al ideólogo de 1789, le devino pocos años después el calificativo de “topo de la revolución”(Robespierre). Sin embargo, no se comete un exceso si, abstracción hecha de su azarosa participación política, se afirma -extrapolando lo que María Sánchez Mejía ha afirmado respecto de Benjamin Constant²²- que Sieyès es un auténtico pensador liberal, impulsor y defensor de un bien dibujado régimen constitucional de pluralismo y representación política, de libertades, de división de poderes y de respeto de las formas constitucionales.

(20) Cfr. sobre este asunto, en cierta forma relativizando lo que en el texto decimos, el clásico y espléndido libro de Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, FCE, México 1996, passim..

(21) E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 84.

(22) María Sánchez Mejía, “Estudio Preliminar” al texto de Benjamín Constant, *Del espíritu de la conquista*, Edit. Tecnos, Madrid 1988, pág. XI.

Naturalmente, ello no quiere decir que tras la obra de Sieyés, obra de por sí escasa y normalmente dispersa en panfletos y discursos, pueda encontrarse un tratamiento específico y detallado, cronológicamente, de cada tópico constitucional. Siéyes no es el académico que escribe, es el político que, paso a paso como transcurrían los memorables sucesos de fines del siglo XVIII, iba perfilando sus ideas. El contexto en el que vive y elucubra sus ideas, es vital para comprender el alcance y también los límites de su pensamiento. Por decirlo de alguna manera, es imposible separar en Siéyes al pensador del político, pues “su pensamiento se desarrolló absolutamente pegado a los acontecimientos”²³, encontrándose ambas características inescindiblemente ligados, y ello habrá de advertirse, en lo que a nuestro propósito interesa relieves, en su formulación sobre el Tribunal Constitucional.

III. LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

Como se sabe, dos son las premisas básicas para poder articular en un Estado constitucional, un Jury Constitutionnaire: por un lado, la distinción absolutamente esencial entre un Poder Constituyente y los poderes constituidos, y por otro, el que el producto de las labores constituyentes, la Constitución, se considere como una norma jurídica suprema, a partir de la cual se torne exigible su acatamiento por gobernantes y gobernados.

Ahora bien, al abordar el asunto del Poder Constituyente no vamos a incidir mayormente si tal teoría realmente nació en las formulaciones del abate de Fréjus, que como ya hemos señalado, él pretendió reclamar su originalidad al “genio de los franceses”, o si por el contrario, sus antecedentes han de encontrarse en pensadores anteriores, previos a los cruciales momentos que van entre 1788 y 1789²⁴.

(23) Marta Lorente y Lidia Vázquez, “Introducción” a *Qué es el Tercer Estado*, citado, pág.8.

(24) Cfr. para un planteamiento general sobre el Poder Constituyente, Carlos Sánchez Viamonte. *El Poder Constituyente*, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1957. Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría Constitucional*, T. 1 (Teoría Constituyente), Edit. Depalma, Buenos Aires 1975. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1982, pág. 93-114. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid 1988, especialmente, pág. 13-76, y un largo etcétera.

Nos basta con recordar que si bien le correspondió a Sieyés realizar su formulación teórica más coherente, sin embargo, las raíces propias de su construcción pueden ya deducirse del planteamiento de Monstequieu, en su obra *Del Espíritu de las Leyes* (1748), en el que tras la teorización sobre la necesidad de limitar a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como poderes constituidos se esconde el reconocimiento de un poder previo y superior a todos ellos, que precisamente les ha dado existencia.

O tal vez, en las ideas de un Emer de Vattel, quien una década después, en su libro *Derecho de Gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos* (1758), desde una opción un tanto escéptica, pero perfectamente explicable por la época, ya claramente vislumbrara la necesidad de distinguir entre un poder constituyente de los poderes constituidos. En un párrafo extenso, que no nos resistimos de transcribir, Vattel diría:

“...Pero la constitución será un fantasma vano, é inútiles las mejores leyes, si no se observan religiosamente. La nación, pues, debe vigilar sin descanso para que los respeten igualmente los gobernantes y los gobernados. Atacar la constitución del estado, y violar sus leyes, es un crimen capital contra la sociedad; y si los que le cometen son personas revestidas de autoridad, añaden al crimen mismo un pérfido abuso del poder que se les ha conferido...”

...Es claro, pues, que la nación goza el pleno derecho de formar ella misma su constitución, mantenerla, perfeccionar y arreglar a su gusto todo lo perteneciente al gobierno sin que nadie pueda con justicia impedirselo, pues sólo se ha establecido para su conservación y felicidad...

...Aquí se presenta ahora una cuestión muy importante. Pertenece esencialmente a la sociedad hacer las leyes...cuya potestad se llama poder legislativo. La nación puede confiar su ejercicio al príncipe, ó a una asamblea, ó a ésta y al príncipe conjuntamente; los cuales tienen desde entonces un derecho de hacer leyes nuevas y abrogar las antiguas. Pregúntase ¿si su poder se extiende hasta las fundamentales, y si pueden mudar la constitución del estado? Los principios que hemos establecido nos obligan ciertamente a decidir que la autoridad de estos legisladores no alcanza a tanto; y que deben mirar como un sagrado las leyes fundamentales, si la nación no los ha autorizado

expresamente para mudarlas, porque la constitución del estado debe ser permanente; y puesto que la nación la ha establecido primero, y ha confiado después el poder legislativo a ciertas personas, las leyes fundamentales están exceptuadas de su comisión. Es claro que la sociedad ha querido solamente que el estado estuviese siempre autorizado con leyes convenientes a las circunstancias, y ha delegado para este efecto a los legisladores el poder de abrogar las leyes civiles, pero ninguna cosa induce a creer que haya querido someter su constitución misma a su voluntad. En fin, si la constitución es la que autoriza á los legisladores, ¿cómo han de poder mudarla sin destruir el fundamento de su autoridad?

... cuando las leyes fundamentales del estado han arreglado y limitado el poder soberano, ellas mismas señalan al príncipe la extensión y los límites de su poder, y el modo de ejercerlo. Está, pues, estrechamente obligado no sólo a respetarlas, sino también a mantenerlas, porque son el plan sobre el cual la nación ha resuelto trabajar en su felicidad, y cuya ejecución le ha encargado. Observe religiosamente este plan: mire las leyes fundamentales, como inviolables y sagradas; y sepa que desde el momento en que se aparte de ellas, sus órdenes son injustas, y son puramente un abuso criminal de las potestad que le confirieron. Y si es en virtud de esta potestad el depositario y defensor de las leyes y está obligado á reprimir al que ose violentarlas ¿podrá despreciarlas él mismo?²⁵

No fue pues, Sieyés quien creó la doctrina del Poder Constituyente, como acabamos de ver, ni tampoco cabe decirse que ella fuera una obra exclusiva del modelo de las colonias americanas, como a su turno, se ha sostenido generalizadamente. Era una propuesta que se hallaba ínsita en el pensamiento iusnaturalista, como lo acredita la obra de Vattel. Cabe, no obstante, atribuir a Sieyés el genio de haber sabido instrumentalizarla, y haber desarrollado, sus

(25) E. de Vattel, *Derecho de Gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, traducción de Lucas Miguel Otarena, Tomo Primero, Casa de Masson e Hijo, París 1824, págs. 44, 45, 47 y 48, por la edición que hemos consultado. Cfr. a propósito, Pablo Lucas Verdú, "Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación", en su *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Edit. Tecnos, Madrid 1984, pág. 864.

más importantes consecuencias políticas y jurídicas, como enseguida habremos de ver.

La recreación de la doctrina del Poder Constituyente en Sieyés ha de realizarse en un franco diálogo con la tesis central del iusnaturalismo racionalista (la justificación del poder estatal), y en la necesidad histórica y práctica de edificar el nuevo edificio constitucional sobre la base del principio democrático.

Por un lado, frente a la teoría del origen teológico del poder estatal, en la pretensión de legitimar el poder, Sieyés, siguiendo la doctrina del *Pacto Societatis*, atribuirá a la Nación, ente abstracto integrado por los ciudadanos tras la suscripción del contrato social, el origen de todo el poder:

“La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella, sólo existe el derecho natural.”²⁶

“...la nación se forma tan sólo por derecho natural (...) la nación es todo lo que puede ser por el mero hecho de que es. No depende de su voluntad atribuirse más derechos de los que tiene.”²⁷

“la voluntad nacional sólo necesita de su realidad para ser siempre legal, es el origen de toda legalidad”²⁸

“Su voluntad (de la Nación), al no existir más que en el orden natural sólo necesita, para surtir todo su efecto, poseer los caracteres naturales de una voluntad. De cualquier manera que quiera algo una nación, basta con que quiera; todas las formas son válidas y su voluntad es siempre la ley suprema”²⁹.

Ahora bien, del hecho que Sieyés haya atribuido a la nación el origen de todo el poder, y de ese modo realizado el salto de la soberanía popular (propia de Rousseau y que llevada a sus últimas consecuencias, propiciaría un utópico ejercicio del poder por la voluntad general, al estilo de una democracia de identidad o directa) a la soberanía de la nación, habría de desprenderse una consecuencia importante sobre la que el Abate habría de detenerse. En concreto, ésta es: porque la soberanía de la nación, en realidad es la soberanía de un ente abstracto, el ejercicio del poder por éste ente necesariamente habría de realizarse a través de unos representantes. Ahora bien, esta introducción de mecanismos

(26) E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 145.

(27) E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 147.

(28) E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 148.

(29) *Ibidem*, pág. 149

de representación en el ejercicio del poder, aparejaría, a su vez, otra serie de consecuencias importantes:

Por un lado, y por lo que se refiere a la creación del organismo social, el dios mortal hobbesiano, habrá de constituirse por obra del Poder Constituyente, un poder que, en cuanto representativo de la soberanía de la Nación, ha de ser absoluto e ilimitado en cuanto a su ejercicio, como lo es su delegante:

“Puesto que una gran nación no puede reunirse en realidad cada vez que pudieran exigirlo las circunstancias fuera de lo común, necesita confiar a unos representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones (...)

Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la asamblea de la nación... substituye a la nación en su independencia de toda forma constitucional(...)

Están situados en lugar de la propia nación para modificar la Constitución. Son como ella, independientes. Les basta con querer como quieren unos individuos en estado natural (...) obran en virtud de una comisión extraordinaria del pueblo, su voluntad común equivaldrá a la de la nación misma”.³⁰

Y puesto que la Nación no tiene límites, es de carácter absoluto, lo puede todo, nada le está vedado, el Poder Constituyente, integrado por un cuerpo especial de representantes, tampoco se encontrará sometido a una legalidad positiva, previa y anterior:

“No sólo la nación no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, no debe estarlo, lo que equivale a decir que no lo está.”³¹

“una nación es independiente de toda forma: y de cualquier forma que quiera, basta con afirmar su voluntad para que todo derecho positivo se interrumpa ante ella como ante el origen y el dueño supremo de todo derecho positivo.”³²

Pero no sólo el Poder Constituyente, ha de tener dichas características. Al frente del carácter supremo e ilimitado frente a cualquier clase de derecho positivo que pudiera encontrar en la impronta por realizar su obra, ha de encontrarse con ésta otra: ha de constituir siempre un poder extraordinario y exclusivo.

(30) Ibidem, pág. 151-152.

(31) Ibidem, pág. 148.

(32) Ibidem, pág. 149.

Al hecho de que al poder constituyente se le confíe el dar una Constitución, Sieyés une la precaución de que a éste no le será posible extender sus prerrogativas más allá de lo que la propia *Chartae Magna* ha previsto. La organización de los poderes públicos y la determinación de sus competencias, habrá de ser una obra extraordinaria puesto que una vez constituidos, el Poder Constituyente se disuelve. Su obra termina con la elaboración de la Constitución.

La dación de una Constitución, corresponde al “poder constituyente, convocado de manera extraordinaria con este único objeto”³³

“la nación... puede otorgar a su confianza a representantes que se reunirán con este objeto solamente, sin que puedan ejercer por sí mismos ninguno de los poderes constituidos.”³⁴

Con lo que llegamos a un punto de capital trascendencia en el pensamiento de Sieyés, sobre el que lamentablemente no nos queda más que advertir, pues su desarrollo excedería en demasía los límites de este trabajo. Que el Poder Constituyente sea el responsable de dar una Constitución en ejercicio de la soberanía de la nación, y que al mismo tiempo éste no pueda extender el ejercicio de sus funciones más allá del objeto exclusivo para el cual fue convocado, ha de suponer, por de pronto: a) Por un lado, que una vez dada la Constitución por el Poder Constituyente, no hay más soberano en el estado civil que la Constitución. b) De otro, puesto que el único soberano es la Constitución, y ella ha de organizar el poder estatal, los poderes públicos que ésta crea, necesariamente se han de encontrar en relación de subordinación y acatamiento, debiéndole a la Carta Política, ya no sólo el fundamento de su existencia, sino también, los límites del ejercicio de sus competencias. c) Finalmente, el que el sistema de gobierno de ese nuevo Estado, en la medida que es un Estado Constitucional, tras la distinción entre gobernantes y gobernados, ha de ser siempre el de la democracia representativa, caracterizada por la minimización del principio político democrático en favor del principio de supremacía constitucional:

“... más allá del sistema representativo...- dirá Sieyés- no hay sino usurpación, superstición y locura.”³⁵

(33) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 178.

(34) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 183.

(35) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 242. Hoy, desde luego,

IV. LA CONSTITUCIÓN COMO LEX SUPERIOR

1. La Constitución como fundamento del poder estatal

Detengámonos un poco en la idea de Constitución que maneja Sieyés, pues, como trataremos de probarlo, no se trata de un tópico más o menos relevante en su pensamiento, que sólo permita articular la creación del Estado, sino que adquiere una importancia notable desde que su dación ha de significar *per se* la propia destrucción de la lógica de los antecedentes socio-políticos, imperante en la época que le tocó vivir.

Ya en 1788, diría sobre el papel que deberían de cumplir los Estados Generales:

“Es tiempo de concluir con el título de esta segunda sección, en que los Estados Generales, comenzando por ponerse bajo la protección de la totalidad de impuestos, pueden en seguida, si lo desean, deliberar y establecer con la libertad más completa, todo lo que juzguen útil a la nación”³⁶.

Un poco más adelante, redondearía su idea de aquello que él consideraba que era vital que realicen los Estados Generales:

“Es necesario...llevar a cabo operaciones legislativas innumerables. No se puede, sin duda, reformarlo todo, restablecerlo todo a la vez; pero se debe, dentro del sistema general del buen orden, discernir cuál es la parte fundamental y comenzar por allí (...)

estas apreciaciones de Sieyés en torno al gobierno representativo tal vez puedan resultar ajenas a cualquier controversia. Sin embargo, cuando fueron lanzadas aquellas frases si el “régimen del terror” había sucumbido, no habría de ser ésta la última experiencia que, en materia de forma de gobierno, tuviera que afrontar Francia en aquellos capitales días (Cfr. este proceso confuso y contradictorio, el clásico libro de Guglielmo Ferrero, *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Editorial Tecnos, Madrid 1995, *passim*). Frente a lo que debe ser (la democracia de identidad) y lo que la realidad impone que sea, Stuart Mill, hacía 1861, diría: “no hay nada más deseable, que la participación de todos en el ejercicio del poder soberano del Estado. Pero en virtud de que, como no sea en una comunidad muy pequeña, no todos pueden colaborar personalmente sino en proporciones muy pequeñas en los asuntos públicos, se deduce que el tipo ideal del gobierno perfecto debe ser el representativo”. Jhon Suart Mill, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Edit. Gernika, México 1991, pág. 85.

(36) E. Sieyés, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 94-95.

Una constitución es como el grito de unión de 25 millones de hombres que componen el reino. Es necesario, por lo mismo, una Constitución”³⁷.

“.. una constitución es la única base de toda reforma, de todo orden y de todo bien...”³⁸.

La Constitución en el pensamiento de Sieyés, es pues el punto de inicio y de culminación de la obra que debería realizarse. Pero ¿qué relación ha de tener la Constitución con el Contrato Social? y, ¿Cuál será con la nación?

En primer lugar, ha de precisarse que para Sieyés, la Constitución no se confunde con el Contrato Social, no ha de significar los términos conformes a los cuales ha de suscribirse el Pacto Social. Quienes suscriben el Pacto Social son personas, individualmente consideradas, que han convenido en asociarse. Se trata de un compromiso, libre y voluntario:

“No hay compromiso cuando éste no se funda en la voluntad libre de los contratantes. Por consiguiente no hay asociación legítima cuando no se establece en virtud de un contrato recíproco, voluntario, libre de parte de los co- asociados”³⁹.

Tampoco la Constitución puede constituir la nación. Constitución y nación son dos cosas totalmente distintas, que no cabe confundir. ¿Qué es la nación? se preguntará Sieyés en varios pasajes de su dispersa obra, y su respuesta no siempre será la misma. En 1788, diría que la Nación se encuentra en la reunión de los tres órdenes, y que sus representantes son los diputados de los Estados Generales:

“... hablemos de lo que es: los Estados Generales se establecerán sin duda; entonces les diremos, escojan: o representan o no representan a la nación; en este último caso, no pueden obligar a nada, ni a pagar los impuestos ni a nada más, pero si opinan en nombre de la nación, lo podrán todo”⁴⁰.

Para el Sieyés de 1789, el contenido de la Nación cambia por completo. Queda reducida sólo al Tercer Estado:

(37) Idem. pág. 108.

(38) Idem. pág. 95.

(39) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 179.

(40) E. Sieyés, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág.71.

“¿Quién se atrevería, pues, a decir que el Tercer Estado no posee todo lo necesario para formar una nación completa... No basta -diría en *Qué es el Tercer Estado?*- con haber mostrado que los privilegiados, lejos de ser útiles a la nación, no pueden sino debilitarla y perjudicarla, hay que probar aún que el orden notable no entra en la organización social; que puede ser una carga para la nación pero que, en cualquier caso, no forma parte de ella.”⁴¹

Obviamente se trata de un cambio de perspectiva radical, visceral, formulado tras disponerse que el sistema de votación de los Estados Generales no habría de ser por cabezas, sino por órdenes. Pero no nos desviemos de nuestro propósito, pues siendo este asunto importante, su dilucidación nos llevaría por otros derroteros.

Para Sieyés, la nación, cuando ejerce el Poder Constituyente, se otorga una Constitución, pero no a la inversa.

“Tal es el verdadero sentido de la palabra Constitución...Lo que se constituye no es la nación, sino su establecimiento político.”⁴²

¿Qué es la Constitución? ¿Cuáles son sus fines y/o el objeto que con su elaboración puede perseguir la nación?

Como lógico tributario de las ideas del iusnaturalismo racionalista, Sieyés ha de encontrar en la Constitución, la forma de organizar y estructurar, en sus palabras, el “establecimiento público”.

“Si diésemos a la palabra Constitución su justo valor, lo descubriríamos casi por entero en la organización del establecimiento público central, es decir, en esa parte de la máquina política que constituís para formular la ley, y en aquella que la contiene inmediatamente y que destináis a procurar, desde el punto de vista central en que la colocáis, la ejecución de la ley en todos los puntos de la República”⁴³.

(41) E. Sieyés, *Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 89.

(42) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 183.

(43) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 240.

La Constitución juega así un papel central en la organización del poder público, que él esencialmente lo delimita en los que hoy se denomina poder legislativo y poder ejecutivo:

“La constitución abarca, a la vez, la formación y organización interiores de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca. Por último, las precauciones políticas de que es prudente rodearlos, para que sin dejar de ser útiles no puedan nunca tornarse peligrosos. Tal es el verdadero sentido de la palabra Constitución; es relativa al conjunto y a la separación de los poderes públicos”⁴⁴.

¿Cuál es la finalidad o el objeto de que una Constitución organice y regule el poder público?

“Los representantes de la nación francesa, al ejercer desde este momento las funciones del PODER CONSTITUYENTE, consideran que toda unión social y, por consiguiente, toda constitución política no puede tener más objeto que el de manifestar, ampliar y garantizar los derechos del hombre y del ciudadano (...) que su exposición razonada debe anteceder al plan de Constitución, por ser su preliminar indispensable, y que esto es presentar a todas las constituciones políticas el objeto o la finalidad que todas, sin distinción alguna, deben esforzarse por alcanzar”⁴⁵.

Ahora bien, si la consideración de que el Estado se organiza con el objeto de preservar las libertades es una cuestión que está en la base misma del pensamiento iusnaturalista, y frente al cual, no le cabe a Sieyés reclamar formulación original alguna, sin embargo, su planteamiento no se agota allí:

“...Los ciudadanos tienen derecho también a todos los beneficios de la asociación...Una asociación concebida para el mayor bien de todos será la obra maestra de la inteligencia y de la virtud (...) Pero no es en la declaración de los derechos donde hemos de encontrar la lista de todos los bienes que una buena Constitución puede procurar a los pueblos. Basta aquí con decir que los ciudadanos tienen en común derecho a todo lo que el Estado puede hacer en su favor.”⁴⁷

(44) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 183.

(45) Idem, pág. 178.

(46) Idem, pág. 182.

Pues bien, un aspecto que normalmente no se ha rescatado en Sieyés, y del que ciertamente habría de cobrar toda complejidad bien entrado el siglo XX, precisamente tiene que ver con este último aspecto tratado por el abate de Fréjus. No se trata únicamente de preservar un ámbito inmune de libertad frente al cual los diversos poderes públicos no han de interferir, como se planteó originalmente el problema de las libertades en el constitucionalismo decimonónico, pues frente a la concepción del Estado como “vigilante nocturno”, como lo llamó Ferdinand Lasalle, Sieyés tempranamente habría de plantear, bien que en forma rudimentaria, la tesis que ha caracterizado al Estado Social de Derecho: me estoy refiriendo a la característica que informa a los hoy llamados derechos sociales, que ya no sólo exigen abstenciones de parte del Estado, sino inclusive de acciones que éste deberá realizar en favor de los individuos.

Ahora bien, que la Constitución haya de servir como fundamento del poder del Estado, esto es, el dato previo y necesario a partir del cual ha de explicarse la estructura pública, ya que éste le debe su propia creación, y cuyo fundamento último de su establecimiento ha de ser buscarse necesariamente en el respeto de las libertades de los individuos, no supone que allí se agote el papel que la Constitución tiene y juega en un Estado Constitucional.

2. La Constitución como norma jurídica

Pues bien, al hecho de que el Estado sea, en primer lugar, un ente artificial creado por la Constitución, y por tanto que el ejercicio del poder público ha de encontrar en él su propia fundamentación, y de otro, que en cuanto creación de la Constitución, en el interior del establecimiento público, por de pronto, no ha de encontrarse ningún órgano en calidad de soberano,

(“Una constitución supone, ante todo, un poder constituyente.

Los poderes que forman parte del establecimiento público están todos sujetos a leyes, reglas y formas que no pueden cambiar a su antojo. Tal y como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución; de igual modo, nada pueden respecto a la constitución de unos y otros.”)⁴⁷

ha de suponer que esa propia Constitución tenga necesariamente que configurarse como el propio soberano.

(47) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 183.

Es precisamente en esta configuración de la Constitución como soberana al interior del Estado, donde se ha de producir una mutación de capital importancia para el futuro del Estado de Derecho, que, finalmente permitiría hablar en rigor de un Estado Constitucional de Derecho, y del que ya es posible desprenderse la propia articulación de la jurisdicción constitucional: a saber, el tránsito de la constitución políticamente soberana, a una constitución jurídicamente suprema.

En 1789, en su panfleto *¿Qué es el Tercer Estado?*, refiriéndose a las diversas clases de normas que podría dictar los representantes de la Nación, en una situación tan excepcional como en los prolegómenos a la instalación de la Asamblea Nacional, diría:

“Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas que pueden emanar de su voluntad (se está refiriendo a la Nación), vemos en primera línea las leyes constitucionales que se dividen en dos tipos: unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos (se está refiriendo a los poderes constituidos). Estas leyes son llamadas fundamentales, no porque puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarlas... ningún poder delegado puede cambiar lo más mínimo de las condiciones de su delegación. Las leyes constitucionales son, en este sentido, fundamentales.”⁴⁸

La idea en virtud de la cual una vez creado el Estado, éste no puede entenderse sino como un Estado de Derecho, en cuyo vértice ha de encontrarse la Constitución, queda pues sentada. En adelante, los poderes que ella ha creado, sólo han de legitimar su actuación en la medida que el ejercicio de la cuota del poder con el que se han visto investidos, lo realicen en franco respeto de las leyes fundamentales.

Pero hay algo mucho más importante que, a los propósitos que perseguimos, nos interesa relieves en el pensamiento de Sieyès. No sólo se trata que el ejercicio del poder se realice con sujeción a la ley, y entre tal categoría y por sobre todas las cosas a la Constitución, sino que adicionalmente, de ello se desprenderá la necesaria subordinación de las leyes ordinarias a la Constitución, con lo cual el principio de supremacía constitucional quedará

(48) E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 145-146.

sentado desde los inicios mismos del constitucionalismo decimonónico.

Ya en 1788, en su panfleto sobre “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, había dicho:

“...los Estados Generales...no dejarán de dar a Francia una Constitución (...) la Constitución establecida velará sobre las leyes que de ella han emanado, que las mantendrá por su sólo presencia y que garantizará a la nación la reunión periódica de sus representantes”⁴⁹.

Bien es verdad que los párrafos inmediatamente transcritos de Sieyés, puede verse en cierta forma desvirtuados, si prosiguiendo con su desarrollo, se dice con él que,

“...las leyes propiamente dichas, las que protegen a los ciudadanos y deciden el interés común, son obra del cuerpo legislativo que se ha formado y actúa según sus condiciones constitutivas. Por mucho que presentemos estas últimas leyes en segundo orden, son, sin embargo, las más importantes, porque son el fin, mientras que las leyes constitucionales son tan sólo medios...”⁵⁰.

Y, no obstante, cuando Sieyés alude a la supuesta o real mayor importancia de las leyes ordinarias, no está aduciendo al eventual carácter subordinado que puedan tener las leyes constitucionales en relación a las leyes ordinarias, sino esencialmente, al papel que las últimas tienen en relación a los propósitos que con la consolidación de un *goverment by law*, éstas han de jugar en el marco de la preservación de las libertades:

“...el cuerpo de los representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, sólo existe bajo la forma que la nación ha querido darle; éste no es nada sin sus formas constitutivas, sólo actúa, dirige, gobierna a través de ellas.

A esta necesidad de organizar el cuerpo gubernativo,...hay que añadir el interés que tiene la nación porque el poder público delegado no pueda llegar a ser nunca perjudicial para sus comitentes”⁵¹.

(49) E. Sieyés, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág.95.

(50) E. Sieyés, *Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 146-147.

(51) Idem, pág. 144.

¿A qué interés puede referirse Sieyés? Ni más ni menos a la preservación de las libertades de los individuos y de los intereses de la voluntad general:

“...Es imposible concebir una asociación legítima que no tenga por objeto la seguridad común, la libertad común y en definitiva la cosa pública”⁵².

Las leyes constitucionales son “los medios”, mientras las ordinarias, son los “fines”, pues, recuérdese, que una vez elaborada la Constitución, y prefijada la estructura y las competencias de los poderes públicos, cualquier limitación de los derechos han de provenir de parte de los órganos del Estado, en cuando entes delegados de realizar la obra inconclusa, por tener carácter extraordinario, del Poder Constituyente.

“No puede haber, de ninguna manera, una libertad o un derecho sin límites. En todos los países, la ley ha establecido unos caracteres determinados...”⁵³

“Los límites de la libertad individual se sitúan tan sólo en el punto en que comenzarían a perjudicar la libertad de otro. Corresponde a la ley reconocer tales límites y marcarlos. Fuera de la ley, todo es libre para todos.”⁵⁴

En la “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, advertiría:

“cuidaos de no vincular a la calidad de un representante único todos los derechos que tenéis; distinguid cuidadosamente vuestras diferentes procuraciones representativas y ved que la Constitución no permita a ninguna clase de vuestros representantes salirse de los límites de su procuración especial.”⁵⁵

Un poco más adelante, en el discurso del 2 del Termidor, coronaría su tesis acerca del carácter normativo de la Constitución, en frases bastante breves que no nos resistimos de transcribir:

(52) Idem, pág. 172.

(53) E. Sieyés, *Qué es el Tercer Estado?*, citado, pág. 106.

(54) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 181.

(55) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 243.

“Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada.”⁵⁶

De ese modo, quedarían sentadas las bases, que después abandonaría el Derecho Público Francés, de la concepción normativa de la Constitución, de aquella idea sin la cual simplemente no es posible hablar del establecimiento de una jurisdicción constitucional.

Sin perjuicio de que volvamos a incidir sobre ello más adelante, hay un aspecto que no queremos dejar pasar por inadvertido en torno a la concepción de Constitución que maneja Sieyés, y sobre la cual, más de un siglo después, retomará y expondrá uno de los más lúcidos aunque decididamente polémicos constitucionalistas de este siglo. Nos estamos refiriendo al concepto de Constitución material esbozada por Carl Schmitt⁵⁷, en contraposición a la idea de constitución racional normativa, hasta ahora advertida.

En 1795, no bien terminada la experiencia nefasta, en términos humanos, de la gestión del Comité de Salvación Pública, y todo lo que ello en el ámbito del naciente Derecho Público supuso (omnipotencia del poder legislativo, con su lógica consecuencia, de que la Constitución no se concibiera como una norma suprema inmodificable por cualquier poder constituido, por lo que aquí nos interesa significar), Sieyés delimitaría los justos contornos del contenido de una Constitución:

“Indudablemente, junto a la obra constitucional, podemos poner artículos de máxima importancia, declarar principios, formular leyes más o menos fundamentales; no por ello dejar de ser cierto que, lo que llamamos estrictamente la Constitución, no rebasa los límites que acabamos de describir, y que lejos de los 200 o 300 artículos hay tan sólo unos 50 a los que este punto de vista reduciría la Constitución.”⁵⁸

Pero ¿cuáles son esos límites de los que estrictamente cabe regular normativamente a una Constitución? El mismo Sieyés, como ya nos hemos encargado de precisar, lo expondría así:

(56) E. Sieyés, Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 258.

(57) Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1982, pág. 37 y sgtes.

(58) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 241.

“Si diésemos a la palabra Constitución su justo valor, lo descubriríamos casi por entero en la organización del establecimiento público central, es decir, en esa parte de la máquina política que constituís para formular la ley, y en aquella que la contiene inmediatamente y que destináis a procurar, desde el punto de vista central en que la colocáis, la ejecución de la ley en todos los puntos de la República.”⁵⁹

Más adelante, diría:

“...Es patente que organizar este movimiento es tanto como dar toda la Constitución; e incluso, una vez que se ha logrado organizar el establecimiento central, puede considerarse terminada la obra de la Constitución...”⁶⁰

Esta delimitación explícita entre lo que pertenece propiamente regular a la Constitución, de aquellas otras normas que, aunque incorporadas en la misma Carta Política, sin embargo, no forman parte del contenido mismo de ella (más bien admiten ser tildadas de “leyes constitucionales”, como a finales de la segunda década de este siglo las denominara Schmitt); es consecuencia de la democracia roussoniana que implantó Robespierre cuando se alzó al frente del Comité de Salvación Pública.

Pero es también la lógica consecuencia, audazmente intuida por Sieyés, del contraste terrible que significó los primeros años de republicanismo francés, en el que las diversas constituciones y un número bastante importante de leyes, quedaron reducidos al papel de meras intenciones o proclamas, muchas de ellas en convivencia con la pura retórica revolucionaria.

Ahora bien, el lector atento podrá haber advertido que en ese contenido de lo que propiamente forma parte de la Constitución, en ningún momento se ha hecho referencia a la tabla de derechos y libertades, dato éste que en modo alguno puede considerarse baladí, desde que, como se sabe, en la concepción de los revolucionarios franceses, expresada a través de su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se llegaría advertir, a tenor de su artículo XVI, que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

En ese sentido, en cierta forma puede parecer paradójico que entre el contenido de lo que es propiamente una Constitución, Sieyés no incluya ni aluda

(59) Idem, pág. 240.

(60) Idem, pág. 241.

en momento alguno a la declaración de derechos y la posición que ésta a de ocupar en el ordenamiento jurídico.

Es lógico entonces preguntarse: ¿La declaración de derechos forma parte del contenido de la Constitución? Si no lo es, ¿su incorporación en la Constitución, se realiza a guisa de mera “ley constitucional”? En definitiva, ¿cuál es el valor de la declaración de derechos según Sieyés?

En el “manuscrito inédito de Sieyés sobre las Declaraciones de los derechos del hombre”, probablemente escrito entre Julio y Agosto de 1789, pero de hecho con posterioridad a su escrito sobre “Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (20-21 de julio de 1789), el abate de Fréjus, después de quejarse de la poca o nula atención que le prestaron en su “...Reconocimiento y exposición razonada...”, diría:

“Quise hacer el peristilo, el preliminar de la mejor Constitución política, y ese es el título que le dí. Hice analíticamente el reconocimiento de los fines y los medios del estado social tomados de la naturaleza del hombre, de sus necesidades y sus medios. Desde luego, han estado lejos de escucharme, y para acercarme a la opinión pública me he visto forzado a agregar después de mi declaración unos cuarenta al estilo de los estadounidenses, y al estilo de los menos malo de las declaraciones que mencionamos anteriormente.”⁶¹

Hemos transcrito tan largo párrafo, porque creemos que el pensamiento sieyesiano expresado en 1789, como él mismo se encargará de recordarlo, está fuertemente influenciado por la experiencia americana en materia de declaraciones de derechos, y, como más adelante comprobaremos, con la impronta que siguiera la Constitución americana de 1787, anterior a las diez primeras enmiendas.

Como es bien conocido, la Constitución americana de 1787 no incluía una declaración de derechos, pues como lo expresará Hamilton en 1788, ante los ataques furibundos que venía sufriendo la obra de los Constituyentes de

(61) Cfr, dicho texto en Christine Fauré, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, México 1995, pág. 320. Dicho texto contiene una valiosa compilación del material que, sobre la Declaración... de 1789, se preparó y discutió en la Asamblea Nacional de Francia.

1787, por no haber incorporado una lista de derechos, en el octogésimo cuarto ensayo de *El Federalista*:

“Es evidente... que de acuerdo con su primitiva significación, éstos instrumentos (la declaración de derechos) no tienen aplicación para constituciones claramente fundadas en el poder del pueblo, y ejecutadas por sus representantes y servidores inmediatos. En éstas, en rigor, el pueblo no renuncia a nada; y como él lo retiene todo, no tiene necesidad de enumerar reservas particulares. ‘Nos, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América’. Hay aquí -finalizaría- un mejor reconocimiento de los derechos del pueblo que volúmenes enteros de los aforismos que constituyen el elemento principal de las declaraciones de derechos de nuestros estados, y que estaría mucho mejor en un tratado de ética que en una constitución política”⁶².

Pues bien, similar criterio ha de tener Sieyés. La Declaración de Derechos no forma parte de la Constitución, no constituye un conjunto de preceptos que tengan que incorporarse en la Constitución, pues ésta precisamente tiene por objeto, al regular la estructura del poder y fijar el abanico de competencias de los poderes delegados, como vimos, la preservación de las libertades de los miembros de la Nación. En palabras de Sieyés:

“De dos maneras se puede exponer grandes verdades a los hombres. La primera consiste en imponérselas como artículos de ley, y en confiar en la memoria antes que en la razón. Muchas personas sostienen que la ley debe cobrar siempre este carácter. Sea como fuere, una Declaración de los Derechos del Ciudadano no es una serie de leyes, sino una serie de principios.”⁶³

(62) Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista o la nueva Constitución*, FCE, México 1943, pág. 376.

(63) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 177.

Al ser la Constitución “un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada”⁶⁴, y las declaraciones de derechos una serie de principios (distinción de capital importancia en Sieyés, como tratamos de probar cuando nos referíamos a la diferencia entre Constitución y leyes constitucionales), casi ocioso resulta puntualizar el por qué la Declaración de los Derechos, no haya de formar parte del contenido de la Constitución.

Dicho en pocas palabras, el reconocimiento de los derechos no es una cuestión que pueda estar librada a la contingencia de una formulación positiva, como es la Constitución, pues los derechos de los integrantes de la Nación, son anteriores y superiores a ella; En ese sentido, la Constitución, al regular la “estructura pública”, en palabras de Sieyés,

“... no puede tener más objeto que el de manifestar, ampliar y garantizar los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Por consiguiente, consideran que primeramente deben darse a la tarea de reconocer tales derechos; que su exposición razonada debe anteceder al plan de Constitución, por ser su preliminar indispensable, y que esto es presentar a todas las constituciones políticas el objeto o la finalidad que todas, sin distinción alguna, deben esforzarse por alcanzar.”⁶⁵

Desde esa perspectiva, no es difícil ya responder al valor principal que Sieyés atribuye a la Declaración de Derechos: el de constituir el fundamento último de legitimidad del poder estatal, cuya articulación de manera preliminar a la Constitución, no tiene sino otro objeto que el formularlas como principios que se han de preservar. Ya vamos a ver, cuando abordemos el asunto del Tribunal Constitucional sieyesiano, cómo estas últimas consideraciones en torno a las declaraciones de los derechos y su relación con la Constitución, habrán de adquirir singular importancia cuando el abate de Fréjus proponga las competencias que, a su juicio, debería contar el Jury Constitutionnaire.

(64) E. Sieyés, Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 258.

(65) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 178.

V. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: EL JURY CONSTITUTIONNAIRE

La tesis de la defensa de la Constitución que maneja Sieyés, es, no obstante su temprana formulación, en realidad bastante compleja, y varía, o tal vez mejor sería decir, que se complementa, conforme se van sucediendo los hechos.

En ese sentido, cabe distinguir en Sieyés dos etapas bien marcadas: A saber, el anterior a la instalación de la Asamblea Nacional, en el que esencialmente apela a mecanismos de control que hoy suelen caracterizarse como “políticos”, y que en buena cuenta se constriñen al asunto de la división de poderes⁶⁶, en la propia distinción entre poderes constituidos y el Poder Constituyente, y en determinado momento, en reservar esta tarea al propio Poder Constituyente⁶⁷.

En un plano ulterior, ha de encontrarse el Jury Constitutionnaire, que, a diferencia de los anteriormente mencionados mecanismos de defensa política

(66) “En materia de gobierno y, más en general, en materia de Constitución política, unidad, sin más, es despotismo, como división sin más es anarquía: división con unidad nos proporciona la garantía social sin la cual es precaria cualquier libertad”. E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 241.

(67) En las “Palabras del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real” (*Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág.214), diría: “la Asamblea Nacional ordinaria ya no será más que una asamblea legislativa. Le quedará prohibido tocar jamás parte alguna de la Constitución (...) Convengo en que un poder, cualquiera que sea, no se contiene siempre en los límites que le prescribe su Constitución, y que los cuerpos públicos, los mismo que los particulares, pueden dejar de ser justos los unos con los otros.

Añado a esto, a su vez: que la historia nos enseña a temer a los atentados del poder ejecutivo contra los cuerpos legislativos mucho más que a los del poder legislativo contra los depositarios de la ejecución. Pero poco importa: tanto uno como otro de estos inconvenientes merecen que se les ponga remedio; y puesto que el peligro amenaza por igual a todos los poderes, la defensa debe ser la misma para todos. (...) Este medio es sencillísimo. No es la insurrección, no es la interrupción del pago de impuestos, tampoco es el veto real. Todos estos remedios son peores que el mal; el pueblo es siempre la verdadera víctima y debemos impedir que el pueblo sea la víctima. *El medio que buscamos consiste en reclamar la delegación extraordinaria del poder constituyente. Esta convención, en efecto, es el único tribunal ante el cual pueden llevarse esta clase de reclamaciones*” (Subrayado nuestro).

Nos ha parecido de vital importancia incorporar esta cita, pues como veremos más adelante, esta delegación extraordinaria del Poder Constituyente del que habla Sieyés, finalmente culminaría con la propuesta del Jury Constitutionnaire, no como un órgano más, sino precisamente como el “comisionado del Poder Constituyente”.

de la Constitución, a diferencia de lo que en forma generalizada se ha venido sosteniendo, puede caracterizarse como un mecanismo “cuasi jurisdiccional” de protección de la Constitución, cuya articulación bien puede llegarse a considerar como el antecedente más remoto de los actuales tribunales constitucionales.

Como es absolutamente obvio, no vamos a realizar mayores referencias sobre los mecanismos de defensa política de la Constitución, pues ello supondría que nos apartemos un tanto de nuestro objetivo inmediato. Lo que sí nos interesa resaltar es que la preocupación de Sieyés por garantizar la Constitución no es un tópico que surja en él únicamente con motivo de la experiencia que le tocó observar durante el régimen del Comité de Salvación Pública.

Ya en 1788, en sus “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, Sieyés se preguntaría por vez primera:

“Pero esta Constitución, con la que nosotros garantizamos los estatutos nacionales, ¿quién la garantizará?”⁶⁸.

No vamos a detenernos a indagar las razones políticas que llevaron al abate de Fréjus, para que contestando a su pregunta, llegará afirmar en términos rotundos, que esa garantía iba a estar constituida por la ley del impuesto⁶⁹. Sólo nos interesa poner de relieve lo prematuro del planteamiento de tal tópico en

(68) Idem, pág. 95

(69) “Ya es tiempo de responder, expresaría textualmente: la nueva ley del impuesto”, en E. Sieyés, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág.95. Hay que precisar que cuando allí Sieyés alude a la ley del impuesto como medio de defensa de la Constitución, se está refiriendo no a dicha ley en cuanto por sí misma pueda tutelar la Constitución, sino, al hecho de que ese fue el motivo que llevó al Rey a convocar a los Estados Generales (que hacia 1788, como advertiéramos, Sieyés incluía al orden de los nobles). Desde esa perspectiva, a quien en última instancia correspondía ejercer la labor de custodia de la Constitución, en la primera formulación sieyesiana, era el Poder Constituyente. En su discurso sobre la cuestión del veto real, diría: “Convengo en que un poder, cualquiera que sea, no se contiene siempre en los límites que le prescribe su Constitución, y que los cuerpos públicos, lo mismo que los particulares, pueden dejar de ser justos los unos con los otros (...) Tanto uno como otro de estos inconvenientes merecen que se les ponga remedio; y puesto que el peligro amenaza por igual a todos los poderes, la defensa debe ser la misma para todos (...) Debe encontrarse en la Constitución social un medio para remediar tal desorden (...) El medio que buscamos consiste en reclamar la delegación extraordinaria del poder constituyente. Esta convención, en efecto, es el único tribunal ante el cual pueden llevarse esta clase de reclamaciones”. E.Sieyes, Palabras del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real”, en *Escritos Políticos...*citado, pág. 214.

Sieyés, que si hacia 1789 no culminaría con la proposición de un órgano *ad hoc*, sin embargo, apenas unos años más adelante, por diversas circunstancias terminaría con su propuesta del Jury Constitutionnaire.

Lógicamente la radicalización de su pensamiento en torno a la creación del Tribunal Constitucional como ente encargado de ejercer la custodia de la Constitución, tal vez su propuesta más original, no pueda explicarse si no se tiene presente el previo interregno del “Régimen del Terror”, y los excesos evidentes del régimen de asamblea que encabezara en su etapa más dura Robespierre.

No es este lugar, desde luego, donde tengamos que analizar los duros momentos por los que tuvo que pasar Francia entre marzo de 1793 y agosto de 1794. Lo que nos interesa recordar, pues a partir de allí Sieyés lanzaría su propuesta, es que llevada a sus últimas consecuencias la doctrina de la soberanía popular que en ese interregno se propugnara como ideología del régimen, ello habría de suponer como lógico corolario que la idea de Constitución como cuerpo normativo al que todos los poderes constituidos le deben fidelidad, se desvanezca y se olvide, levantándose en contraposición la doctrina de la omnipotencia del Poder Legislativo como representante del pueblo.

Es frente a esta experiencia histórica que chocará Sieyés, y de la que aquí no cabe sino exponer en sus grandes consecuencias político y jurídicas, desde donde es posible ya entender su planteamiento.

En su discurso parlamentario del 2 de Termidor del año III, diría frente al proyecto de Constitución que la Comisión de los Once propusiera:

“Después de haberla examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse, y precaver con ella al orden público, de un nuevo choque revolucionario..⁷⁰”

“...os falta -diría un poco más adelante respecto del proyecto de Constitución- en la primera parte de este establecimiento, es decir, en la que está encargada de dictar la ley, una garantía indispensable, esencial; hablo de aquella de vuestra Constitución precisamente: se le ha olvidado en todos los proyectos y en todas las épocas⁷¹”

(70) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 240.

(71) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 240 - 241.

Al lado de los mecanismos políticos de defensa de la Constitución, a la que ya hemos hecho referencia, por primera vez Sieyés aludiría a la necesidad de establecer un *Jurie Constitutionnaire*.

“Si queréis dar una salvaguardia a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, estableced una *jurie constitutionnaire*”⁷².

“Pido, en primer lugar, un *jury de constitution*, (...) un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se puedan hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución”⁷³.

“La necesidad de una *jurie constitutionnaire* constituye una suerte de cuestión preliminar; no ha tropezado con dificultades. En efecto, ¿cómo sería posible -preguntaría en el discurso del día 18- que la previsión del legislador se acostumbre a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión desde su nacimiento?”⁷⁴

Desde luego que la propuesta de Sieyés, formulada como ya hemos indicado hacia 1795, es un claro indicio de lo insuficiente que habían resultado sus planteamientos en torno a la división de poderes, la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos o, inclusive, la de otorgar la custodia de la Constitución al propio Poder Constituyente. Los hechos históricos inmediatamente precedentes por los que Francia transitó no habían sido precisamente fieles seguidores de aquellas tesis. Más aún, fueron su negación ideológica más rotunda.

Creo que este es un dato del que no se puede perder de vista, pues su propuesta del Tribunal Constitucional nace en franco diálogo de oposición con la doctrina de la soberanía popular, tesis que sería llevada, como se ha dicho, hasta las últimas consecuencias por Robespierre.

Pues bien, su primera propuesta legislativa la habría de lanzar en el ya citado discurso parlamentario del día 2 del 3 Termidor, en el que, conjuntamente con otros aspectos a los que aludía en aquella intervención, propondría la creación del Jury en los siguientes términos:

(72) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 247.

(73) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 247

(74) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la *jurie constitutionnaire* propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 258.

“Artículo IV.

Existirá, con el nombre de corte constitucional un cuerpo de representantes, cuyo número equivaldrá a tres vigésimos de la legislatura cuya misión especial será juzgar y dictaminar acerca de las acusaciones de violación de la Constitución que se levanten contra los decretos de la legislatura.”⁷⁵

Pero ¿cuál era la naturaleza de aquella Jury Constitutionnaire?, ¿Qué tipo de infracciones serían aquellas que debería conocer?, ¿Qué competencias tendría?, ¿Cómo se compondría?

1. La naturaleza del Jury Constitutionnaire: ¿Política o jurisdiccional?

Sin duda una de las razones fundamentales que normalmente se han esgrimido para condenar al Jury Constitutionnaire de Sieyés al olvido, ha sido la tesis según la cual dicho ente, en rigor, no sería uno de naturaleza jurisdiccional, sino más bien de naturaleza política. Desde esa perspectiva, se ha dicho, más que constituir el Jury Constitutionnaire una suerte de antecedente inmediato de los actuales tribunales constitucionales, que no sin arduos debates doctrinales han sido considerados como de naturaleza esencialmente jurisdiccional, lo que ella en realidad constituiría es una modalidad sui generis de control político de la constitucionalidad de las leyes, propio de la época, y dependiente esencialmente del Poder Legislativo.

El proyecto legislativo que presentaría Sieyés después de su intervención del día 18, parecería abonar una tesis semejante: En efecto, en el extenso proyecto legislativo, denominado “título de la Jury Constitutionnaire”, Sieyés hablaría de la conformación de este órgano en tres artículos:

“Artículo segundo.- Lo forman 108 miembros, que se renovarán anualmente en un tercio, en las mismas fechas que el cuerpo legislativo.

Artículo tercero.- La elección del tercio o de los 36 entrantes la lleva a cabo la propia Jury Constitutionnaire de entre los 250 miembros que, en la misma época anual, deben salir de uno y otro consejos del cuerpo legislativo.

(75) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 256.

Artículo cuarto.- La primera formación de la jury constitutionnaire la llevará acabo, mediante escrutinio secreto, la Convención, de modo que un tercio de los miembros sea escogido de entre aquellos de la Asamblea Nacional, llamada constituyente; otro tercio de entre los de la Asamblea Legislativa y un tercio final de entre los miembros de la Convención.⁷⁶

Indudablemente una conformación del Jury Constitutionnaire de esa manera, parecería indicar efectivamente el sesgo estrictamente político que asumiría este custodio de la Constitución, pues como parece ser evidente, su marcada composición por miembros del Organismo Legislativo bien podrían llevar a la idea de que en realidad este Jury Constitutionnaire, en estricto, sería un órgano dependiente del Poder Legislativo, un apéndice del representante de la voluntad popular, aún cuando con funciones, como veremos más adelante, estrictamente tasadas.

No obstante ello, cabe preguntarse: ¿realmente Sieyés pensó que el Jury Constitutionnaire podría ser un apéndice del Poder Legislativo? En caso de ser negativa la respuesta, ¿qué configuración tenía en mente Sieyés para el Jury Constitutionnaire?

Pues bien, creemos que la configuración de Sieyés de este Tribunal de la Constitución, no obstante la dependencia marcada al órgano legislativo, en lo que a los integrantes que la componen se refiere, en realidad está muy lejos de que pueda concebirse como un apéndice de éste, y que por tanto esté impregnada de una primaria naturaleza política.

Varias son las razones que en favor de ello pueden esgrimirse. En primer lugar, al menos por lo que se refiere a la primera conformación del custodio de la Constitución, éste no ha de encontrarse compuesto únicamente por el Poder Legislativo, pues, conforme se puede desprender de la lectura del artículo cuarto del proyecto de Sieyés, conjuntamente con él, han de participar integrantes del Poder Constituyente y la Convención.

Una composición así, es verdad, podría ya poner en tela de juicio de que este Jury Constitutionnaire sea considerada en estricto como un ente que haga las veces de apéndice del Poder Legislativo, desde que un tercio de sus miembros son provenientes del Poder Constituyente. De hecho, esta inicial distinción, que no es un asunto baladí en Sieyés, permite resaltar la especial configuración que Sieyés pretende otorgar, dentro de los órganos de la estructura

(76) E. Sieyés, "Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire propuesta el 2 del termidor", en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 270.

pública, al Jurie Constitutionnaire. Por un lado, a diferencia de los demás poderes públicos, que nunca habrán de ser integradas por una parte del Poder Constituyente, sino siempre a título de poderes constituidos, en el caso especial del Jurie, la condición de ser el comisionado del Poder Constituyente, en un primer momento exigiría, por la naturaleza de las cosas, que éste se encuentre compuesto por un sector bastante representativo del propio órgano soberano.

No es nuestro propósito, ciertamente, el que nos detengamos aquí en buscar (o forzar) una lectura distinta a la tradicionalmente empleada para resaltar la configuración de la Jurie Constitutionnaire, tomando como base un artículo (el cuarto) que, en todo caso, no parece ser sino una fórmula transitoria para conformar al custodio de la Constitución en los cruciales momentos en que Sieyés plantea la institución; que si bien podría ser interesante, sin embargo, no es válida para predicarla con posterioridad a su primera conformación, pues como hemos resaltado unas líneas atrás, para Sieyés la posibilidad de que el Poder Constituyente tenga vigencia y desarrolle su ejercicio se encuentra estrictamente delimitado al hecho de elaborar una Constitución, luego del cual, simple y sencillamente, estaría condenada a desaparecer.

Lo que sí nos interesa poner de relieve con la mayor claridad que nos pueda ser posible, es que del hecho que el Jurie Constitutionnaire se encuentre compuesto por 108 miembros elegidos de uno u otro consejo del cuerpo legislativo, no se desprende, por un lado, que este comisionado del Poder Constituyente se constituya en un sub-órgano del Poder Legislativo; ni, en segundo lugar, que el control de constitucionalidad que para éste se tasa como una de sus competencias haya de tener una naturaleza estrictamente política.

Para Sieyés la introducción de un órgano que se encargue de defender la Constitución, si tiene en términos generales por finalidad que ningún poder público se salga de los límites constitucionales impuestos a su procuración representativa, en especial, ha de venir precedida de la necesidad de establecerla precisamente contra el cuerpo legislativo:

“...cómo sería posible que la previsión del legislador se acostumbrase a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión desde su nacimiento?”⁷⁷

“Una Constitución -diría- es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno donde se

(77) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 258.

encontrará su guardián y donde la magistratura de tal código. Es preciso dar una respuesta. Un olvido a este respecto, sería tan inconcebible como ridículo en el orden de lo civil; ¿por qué lo permitiríais en el orden de lo político? Las leyes, cualesquiera que puedan ser, suponen la posibilidad de su infracción, junto con una necesidad real de hacerlas respetar”⁷⁸.

El Jury Constitutionnaire si en línea de principio, y como veremos más adelante, va tener, según Sieyés, precisamente la tarea de preservar en general la intangibilidad de la obra del Poder Constituyente, cualquiera sea el órgano que pretenda salirse de los marcos competenciales por ella impuestas; en un segundo lugar, y en una tesis realmente novedosa para la época, habría de ver en la principal producción normativa del Poder Legislativo (la ley), la fuente primera desde donde podría atacarse la sacralidad de la Constitución.

Cómo creer entonces que el propio Poder Legislativo, a través de un supuesto ente, a guisa de apéndice de aquel, podría detener el exceso en el ejercicio de sus competencias?

Si hay una hecho que explica la postura de Sieyés para proponer el Jury Constitutionnaire como un órgano de la estructura pública, ese hecho es precisamente que el Poder Legislativo, so pretexto de su origen y legitimidad democrática, olvidó durante la época del terror, que no era más que un poder constituido, de un órgano que debía a la Constitución no sólo su existencia, sino la legitimidad del ejercicio de sus atribuciones.

“Existirá, con el nombre de corte constitucional un cuerpo de representantes cuyo número equivaldrá a tres vigésimos de la legislatura cuya misión especial será juzgar y dictaminar acerca de las acusaciones de violación de la Constitución que se levanten contra los decretos de la legislatura”⁷⁹.

Desde luego que la confusa y ambigua idea en torno al Jurie Constitutionnaire sieyesiano, en gran medida es consecuencia del contradictorio mecanismo de captación de sus integrantes, miembros -como ya se ha anotado- que provenían de los consejos del cuerpo legislativo.

No obstante ello, hay un hecho realmente importante en el esclarecimiento de la configuración de este Jurie Constitutionnaire, que

(78) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 258.

(79) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 256.

normalmente no se ha evaluado en toda su dimensión, y que a nuestro juicio, es capital para comprender en su real dimensión este aspecto que venimos abordando.

El Jury Constitutionnaire que Sieyés propone introducir en la Constitución francesa no es, no puede ser, un poder constituido cualquiera, y menos un apéndice del poder legislativo.

“Convengo en que un poder, cualquiera que sea, no se contiene siempre en los límites que le prescribe su Constitución, y que los cuerpos públicos, lo mismo que los particulares, pueden dejar de ser justos los unos con los otros (...) Tanto uno como otro de estos inconvenientes merecen que se les ponga remedio; y puesto que el peligro amenaza por igual a todos los poderes, la defensa debe ser la misma para todos (...) Debe encontrarse en la Constitución social un medio para remediar tal desorden (...) El medio que buscamos consiste en reclamar la delegación extraordinaria del poder constituyente. Esta convención, en efecto, es el único tribunal ante el cual pueden llevarse esta clase de reclamaciones”(Subrayado nuestro)⁸⁰.

Se trata, entonces, de un órgano bastante singular, de un ente que, dado que ha de tener como una de sus tareas la de precisar los contornos competenciales de los demás poderes constituidos, no podrá nunca analogarse en lo que a su naturaleza se refiere, como si fuera parte de cualquier otro poder público. Como Sieyés mismo se encarga de recordarlo, este Jurie será un delegado extraordinario del Poder Constituyente, el comisionado del órgano soberano, característica en la que desde luego no participa el Poder Legislativo.

“En Inglaterra -diría el Abate- no se ha distinguido el poder constituyente del poder legislativo; de manera que el Parlamento británico, ilimitado en sus operaciones, podría atacar la prerrogativa real, si no estuviese ésta armada del veto y del derecho de disolver el Parlamento. Este peligro es imposible en Francia. Tendremos como principio fundamental y constitucional el de que la legislatura ordinaria no tendrá el ejercicio del poder constituyente(...) La Asamblea Nacional ordinaria ya no será más que una asamblea legislativa. Le quedará prohibido tocar

(80) E. Sieyés. “Palabras del abate Sieyés sobre la cuestión del veto real”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 214.

jamás parte alguna de la Constitución. Cuando sea necesario revisarla y reformar alguna parte de ella lo será mediante una convención expresa, y limitada a ese único objeto, que la nación decretara los cambios que le parezca conveniente hacer en la Constitución... Ninguna parte del establecimiento público tendrá por qué temer las usurpaciones de otra. Todas serán independientes en su Constitución ⁸¹.

Difícilmente, pues, el Jurie Constitutionnaire podrá considerarse como un apéndice del Legislativo, o, en el mejor de los casos, un órgano de control asignado al propio Poder Legislativo. Participamos de la opinión, por el contrario, que la configuración que Sieyés tenía en mente para este Jurie Constitutionnaire era la propia de un Tribunal de Justicia, muy al margen de la composición que éste pudiera tener.

Para Sieyés la cuestión es bastante clara. Así como cualquier clase de ley puede ser vulnerada, y para ello existen tribunales ordinarios de justicia donde poder hacerlas respetar, en idéntica forma la posibilidad de que la Constitución (que también es una norma jurídica) pueda ser transgredida, supone la existencia de un órgano judicial especial que la proteja.

“¿...a quién habéis nombrado para recibir la denuncia de que se haya infringido la Constitución?” ¿ Y a quién, para aplicar la ley?” ⁸², preguntará Sieyés para justificar la conformación del Jury Constitutionnaire.

Y puesto que los recelos a los jueces del *Antiguo Régimen* se encontraban demasiado frescos para ser olvidados, inmediatamente Sieyés preguntaría:

“Creéis que la magistratura civil podría cumplir una tan alta misión? Pensad en el sabio decreto por el cual habéis prohibido a los jueces ordenar que se presenten ante ellos los administradores, a causa de sus funciones; con mayor razón no les concederéis la facultad de ordenar que se presenten ante ellos los primeros cuerpos políticos del Estado? No, no podemos ignorar -sentenciaría- tanto la importancia del texto constitucional que la reduzcamos a no ser sino un título del código civil.” ⁸³

(81) E. Sieyés, “Palabras del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 214.

(82) Idem, pág. 258.

(83) Idem, pág. 258.

Dos son, entonces, las razones primeras, aunque no las únicas, que esbozará Sieyés para configurar a su propuesta sobre el Jury Constitutionnaire, como un auténtico cuerpo jurisdiccional: En primer lugar, la necesidad de que una ley tan importante como es la Constitución, cuente con un órgano de defensa similar, aunque nunca igual, del que cuentan las leyes ordinarias: Un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, que ese órgano jurisdiccional que vele por el respeto de la Constitución no pueda ser la magistratura civil, los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, supone que se edifique un órgano especial “si queréis dar una salvaguardia a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial...⁸⁴”, pero nunca, como vimos, dependiente ni parte de algún otro, por mucho que sus integrantes se reclutaran de alguno de ellos.

En ese sentido, y como parece ser algo pacífico en la actualidad, del hecho que el nombramiento de los miembros del órgano encargado del control de la Constitución se encuentre estrechamente vinculado a los órganos políticos clásicos, no se deriva necesariamente que éste participe de la misma naturaleza.

Sin embargo, no son sólo estas las consideraciones que esboza Sieyés, las que permiten pensar que su Jury Constitutionnaire propuesto, pueda ser considerado como un órgano estrictamente jurisdiccional, que haga las veces de “un conservador, un guardián de la Constitución mediante el establecimiento de la corte constitucional...⁸⁵”.

Por de pronto, Sieyés alcanzará hasta tres elementos adicionales que potenciarán la hipótesis de configuración jurisdiccional del Jury Constitutionnaire: a) Por un lado, la introducción del principio rogatorio en la jurisdicción constitucional, b) la estructura y la forma de una sentencia con la que vendrían revestidos los fallos de este órgano, como inmediatamente habremos de ver, y, c) el efecto de las decisiones del Jurie.

Con respecto al primer elemento mencionado, la introducción del principio rogatorio, Sieyés habría de expresar:

“...la jury constitutionnaire no debe tener derecho a tomar decisiones por sí misma: puesto esto sería darle una capacidad de acción demasiado fuerte sobre todas las partes del establecimiento político⁸⁶”.

(84) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 247.

(85) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 251.

(86) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 263.

En el artículo sexto del Título “De la Jury constitutionnaire” que presentará, diría:

“La jury constitutionnaire dará su opinión sobre las violaciones o atentados cometidos contra la Constitución, y que le sean denunciados contra los actos de...”⁸⁷

Más adelante, en el último de los artículos del proyecto para formar parte de la Constitución, redondearía con toda su crudeza la idea de incorporar el principio rogatorio:

“La jury constitutionnaire no puede dictar ningún fallo por su propia voluntad.”⁸⁸

¿Es la introducción del principio rogatorio en la jurisdicción constitucional ideada por Sieyés, realmente una cuestión técnica que permita identificar al custodio de la Constitución como un órgano jurisdiccional?

Creemos que sí, pues cuando el propio abate discurre sobre el proyecto de Constitución presentado por la Comisión de los Once, al abordar sobre la estructura y funciones del Poder Legislativo, él introduce una fórmula ciertamente peculiar, que no obstante no haber trascendido, sin embargo, puede darnos luces sobre el asunto que aquí venimos abordando, ya que de manera tangencial abordaría el asunto de la naturaleza jurisdiccional de un órgano..

Al tocar el tema de la Legislatura, en efecto, Sieyés aludirá a tres demandas que el Legislativo debería contar: El que sea éste un órgano único,

“es decir, un sólo cuerpo de representantes encargados de votar la ley, que tenga como sede una sola cámara⁸⁹.”(Unicameralismo). De otro, que el Legislativo sea el regulador supremo de todas las partes del establecimiento público; y finalmente, que “la legislatura, semejante en esto a un tribunal judicial bien constituido, jamás pueda dictar un decreto por sí y ante sí”⁹⁰.

No es nuevamente nuestro propósito detenernos aquí a explicitar las ideas que el abate desarrollará para sustentar esta original propuesta. Lo que nos interesa poner de relieve únicamente es el hecho de que en el pensamiento de Sieyés, el principio rogatorio que propondría para el Jury Constitutionnaire,

(87) Idem, pág. 270.

(88) Idem, pág. 272.

(89) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 249.

(90) Idem, pág. 250.

no está en lo más mínimo desligado de la esencia jurisdiccional del órgano, sino a la inversa, pues de su identificación y limitación de su ejercicio, un órgano, no importa cuál, puede ser caracterizado como de naturaleza jurisdiccional.

“En otras palabras, considero a la jury constitutionnaire: 1) como tribunal de casación en el orden constitucional ...3)...como suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva...”⁹¹

Este suplemento de la jurisdicción ordinaria, que en definitiva asume Sieyés para su Jury Constitutionnaire, habrá de ser siempre también una jurisdicción, que, según sus propias palabras, constituye:

“La jurisdicción puede considerarse como una legislación de detalle”⁹²

Con lo que llegamos al segundo de los aspectos que, en consonancia con todo lo hasta aquí manifestado, nos permitirá seguir pensando en la afirmación a la que hacíamos alusión.

Que el Jury Constitutionnaire tenga la naturaleza de un órgano jurisdiccional, también puede desprenderse del dato, que no constituye ninguna casualidad en Sieyés, de vital importancia: el de la forma que habrían de asumir las decisiones de este cuerpo colegiado al ventilar el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos legislativos. Su artículo séptimo, diría:

“Las decisiones de la jury constitutionnaire llevarán el nombre de fallo.”⁹³

No se trataba de una decisión (estimatoria o no) que asumiese una connotación política, de un resultado del juicio de validez sometido, que pueda expresarse en alguna modalidad de los diversos actos legislativos, como podría ser el hecho de la derogación o modificación de la norma sometida al control. Sino, en cualquier caso, de una auténtica decisión revestida de las formalidades exigidas para las decisiones emanadas del Poder Judicial, esto es, de asumir el carácter de “fallos”, o lo que es lo mismo, sentencias judiciales.

(91) Idem, pág. 258.

(92) E. Sieyés, “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 260.

(93) Idem, pág. 271.

(94) Idem, pág. 261. Cfr. para este asunto, el estupendo trabajo de Roberto Blanco Valdéz, *El valor de la Constitución*, ya citado, especialmente, pág. 291 y sgtes.

Más aún, con lo que ingresamos al último de los aspectos a los que nos referíamos como elementos tipificadores del *Jurie Constitutionnaire* como un órgano jurisdiccional. Ya no sólo se trata de que las decisiones de este “custodio de la Constitución” asuman la forma de un fallo o sentencia judicial, sino que, en directa consonancia con su marcado sesgo de órgano de la jurisdicción, el contenido de las decisiones que éste pudiera asumir acerca de la validez o no de un acto legislativo, se expresase, no con su derogatoria, sino con una declaración de nulidad ab initio, y por tanto como un acto sin valor.

“Artículo octavo: Los actos declarados anticonstitucionales por fallo de la *jury constitutionnaire*, son nulos y sin valor”

Obviamente una propuesta encaminada en el sentido anotado, por virtud del cual se recordase la configuración que él tenía en mente para este Tribunal de la Constitución, no es una cuestión de la que pueda decirse que fuese accesoria en el pensamiento sieyesiano, pues como también él mismo se encargaría de recordarlo, al proponer una institución semejante lo que se necesitaba era exponer la naturaleza de la institución y sus límites.

“He hecho -expresaría- la exposición de la naturaleza y los límites de la primera atribución que daremos a la *jury constitutionnaire*. Ahora, es preciso saber a quien otorgaremos el derecho de apelación o de reclamación ante esta suerte de tribunal”⁹⁵.

2. Atribuciones del *Jury Constitutionnaire*

Puede parecer curioso, pero las atribuciones que en 1795 propusiera Sieyès para su *Jury Constitutionnaire*, en realidad son casi semejantes a las que cualquier tribunal constitucional actual se encuentra atribuido entre sus competencias. En este sentido es absolutamente obvia la modernidad de la propuesta de Sieyès, como en seguida veremos.

Entre las tareas que Sieyès planteara que conociera este Tribunal Constitucional, se encuentran, en sus propias palabras, las siguientes:

“... Le pido a la *jury constitutionnaire* tres servicios: 1) que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional; 2) que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución; 3) por

(95) *Idem*, pág. 258.

último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía”⁹⁶

2.1 *Tribunal de casación del orden constitucional.*

La Jury Constitutionnaire es, en primer lugar, como el propio Sieyès se encargaría de recordarlo, un comisionado del Poder Constituyente, en cuyas manos se ha de depositar la tarea de ser Guardián de la Constitución. Sin embargo, ser guardián de la Constitución, para Sieyès, no ha de implicar que todos los litigios donde primariamente se encuentre en disputa asuntos de relevancia constitucional, tengan que ser remitidos al Tribunal Constitucional.

En este sentido, y con el fin de especificar cuáles hayan de ser los actos que el tribunal conocería, Sieyès propone distinguir entre aquellos que son judiciales, que califica de actos responsables, de aquellos actos irresponsables.

Son “actos responsables, así como sus autores, dirá, (los que) tiene(n) sus jueces naturales; (Estos) son ajenos a la atribución de la jury constitutionnaire”⁹⁷.

Sieyès, para explicar este asunto, hará ver que el exceso en el ejercicio del poder, o la no preservación de las formas impuestas por aquellos quienes ejercen una cuota del poder político, a la larga, siempre ha de suponer una violación a la Constitución. Pero, producido dicho evento, no siempre tal violación a la Constitución habrá de ser llevada al Tribunal Constitucional.

En este sentido es de advertir las diversos sujetos que Sieyès advierte, podrían vulnerar el ordenamiento constitucional.

Así, dirá, en relación con los simples ciudadanos, que cuando estos violan la Constitución cometen delitos, delitos que, según su criterio, siempre han de ser juzgados en la magistratura ordinaria. Que ello sea así, determina, no sólo la responsabilidad del acto, sino su judiciabilidad en sede ordinaria, que impediría su conocimiento al Tribunal Constitucional.

“(…) cuando un ciudadano viola la Constitución, su acto es un delito; su persona es responsable; es juzgado por sus jueces ordinarios. No hay aquí un lugar para la atribución de la jury constitutionnaire.”⁹⁸

(96) Idem, pág. 259.

(97) Idem, pág.259.

(98) Idem, pág. 259.

Ahora bien, estos excesos frente a la Constitución, también lo pueden cometer los funcionarios públicos, en el ejercicio del poder del que se les ha conferido:

- a) “abusando del poder que les ha sido dado, sin salirse de los límites de su procuración, y b) rebasando aquellos límites⁹⁹”

En cualquier caso, dice Sieyés, la violación de la Constitución, objeto primario de tutela del jury constitutionnaire, se encuentra:

“suficientemente garantizada por la sola autoridad de la magistratura ordinaria”, y por consiguiente, no “hay aquí materia que atribuir a la jury constitutionnaire”¹⁰⁰.

Aquí Sieyés realiza una clara distinción entre, lo que analogando algunas categorías propias del moderno Derecho Administrativo, podríamos advertir como funcionario en cuanto persona, en cuyo caso los excesos del poder con el que cuentan deberían ser juzgados en la vía ordinaria, de las instituciones o entes, a los que corresponde un tratamiento distinto.

“... cualquiera que pueda ser el delito del funcionario público responsable contra la Constitución, es preciso decir de él, como del simple ciudadano, que tiene o debe tener sus jueces naturales”¹⁰¹.

Muy distinta es la situación de aquellos funcionarios que, al no tener un modo de ser juzgados en sede judicial, los actos que ellos realicen podrían ser considerados como actos irresponsables.

Según Sieyés, tales actos irresponsables de los funcionarios públicos, esencialmente, son los siguientes:

- “-Las funciones irresponsables son las diferentes misiones electorales;
- la misión constituyente, la más importante de todas;
 - el cuerpo especialmente encargado de representar el juicio nacional y de votar la ley es el gran regulador de la sociedad;
 - los que están encargados de recoger, discutir y proponer la materia de la ley; añadid los cuidados constitucionales de la promulgación”¹⁰²

(99) Idem, pág. 260.

(100) Idem, pág. 259-260.

(101) Idem, pág. 260.

(102) Idem, pág. 260.

Pero esto no es todo. En el orden judicial encontraréis, en sus jueces y jurados, funcionarios igualmente responsables...”¹⁰³.

No obstante ello, Sieyès advertiría que el hecho de los jueces puedan excederse en sus funciones, si bien constituiría una violación de la Constitución, sin embargo no serían objeto de revisión en sede de la jury constitutionnaire:

“...esta última clase de funcionarios irresponsables, los jurados y los jueces, nada pueden ofrecer tampoco a la atribución que estamos buscando para la jurie constitutionnaire... los actos inconstitucionales de los jueces y de los jurados tienen un freno natural y suficiente en la garantía de la Constitución, ya sea de parte de los jueces contra los jurados que tratasen de excederse en sus poderes, ya sea contra unos y otros, de parte del tribunal de casación; no se necesita más.”¹⁰⁴”

¿Cuáles, entonces, serían los actos inconstitucionales que conocería el jury constitutionnaire?

“1) sobre los actos inconstitucionales y personalmente irresponsables del Consejo de los Quinientos y del Consejo de los Ancianos (...)”¹⁰⁵”

2.2 *Jury Constitutionnaire como protector de los valores que encierra la Constitución*

Con la segunda y tercera de las atribuciones que Sieyès confía al Jury Constitutionnaire, bien que con peculiaridades y notas por demás interesantes, este órgano no sólo admite que se le considere como un simple custodio de la regularidad de los actos de los poderes constituidos en relación con la obra suprema del Poder Constituyente: la Constitución.

Que la Constitución sea algo más que un conjunto de normas, en realidad un sistema de valores que en su interior presiden e informan toda la vida política, ha de suponer al mismo tiempo que el Jury Constitutionnaire asuma la tarea de ser, aparte del custodio de la Constitución, en lo que puede considerársele, como en efecto Sieyès lo hace, como el gran custodio de los valores que la Constitución anida.

(103) Idem. pág. 260.

(104) Idem. pág. 261.

(105) Idem. pág. 261.

Dos son, en este sentido, las direcciones a través de las cuales puede desprenderse estas consideraciones:

En primer lugar, del hecho de que el Tribunal Constitucional se convierta en un órgano que juzgue sobre los actos inconstitucionales de las diversas procuraciones electorales, no sólo se desprende, como es lógico imaginar, que el Jury Constitutionnaire se convierte en un Supremo Juez Electoral, sino, esencialmente, en el defensor de lo que en la dinámica de la teoría de la representación y el pluralismo político como componentes esenciales del nuevo régimen político, se encierran.

No se olvide nunca que el asunto de la representación, como institución necesaria e intermediaria entre el soberano (la Nación) y quienes habrán de ejercer el poder público a su nombre, es una cuestión absolutamente fundamental en el pensamiento de Sieyés. Porque si la técnica de la representación permite recordar que quienes gobiernen lo hagan a título de comitentes, al mismo tiempo supone que la premisa central y básica del pensamiento sieyesiano, el de la soberanía de la Nación, se fortalezca en cuanto valor político que legitima y da validez a la actuación de cualquiera de los poderes constituidos.

“...(Corresponderá al Jury Constitutionnaire contar como) atribución todo lo inconstitucional que puede ocurrir en el ejercicio de las diversas procuraciones electorales...”¹⁰⁶”

De esta forma, el Jury Constitutionnaire se convertirá no sólo en el defensor de la legalidad constitucional, al tener que juzgar sobre las infracciones a la Constitución de órganos, como el Consejo de los Quinientos y de los Ancianos, como ya hemos visto, sino también en el órgano encargado, por excelencia, de la defensa de los valores que la propia Constitución representa.

En un segundo momento, porque, como ya se ha anotado, en una característica muy propia de todo el pensamiento iusnaturalista, en defender a la propia persona. A este respecto, Sieyés dirá:

“...instituímos, por fin, un tribunal de los derechos del hombre...”¹⁰⁷”

No es que Sieyés olvide que los diversos ámbitos de la libertad se encuentren ya tutelados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Cuando Sieyés plantea de que el Jury Constitutionnaire se convierta también en el Tribunal de los derechos hombre, lo hace en el entendido de que en determinadas situaciones,

(106) *Idem*, pág. 267.

(107) *Idem*, pág. 265.

la sola jurisdicción ordinaria ofrece deficiencias e insuficiencias para tutelar los derechos humanos:

“la jury constitutionnaire, como dijimos, debe ofrecer a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves, cuando la legislación tutelar haya olvidado su justa garantía; de tal manera, se convierte en suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva”¹⁰⁸.

No obstante ello, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se convierta en un órgano encargado, de manera supletoria, de la tutela de las libertades básicas de los individuos, no es una atribución que el Colegiado la tenga in genere. Esta es una atribución que la ejercerá una décima parte de los miembros de la jury constitutionnaire. Sieyés no hace mayor precisión de por qué no la ejerce todo el Tribunal Constitucional, sólo se limita a indicar:

“...conviene advertir que no confiamos al conjunto total de la jury constitutionnaire esta tercera atribución; le pedimos separar anualmente, al azar, una sección de la décima parte por lo menos de sus miembros, la que se encargará exclusivamente de las decisiones de justicia natural.”

¿Qué razones entonces motivan a Sieyés a plantear esta suerte de “Sala” de los Derechos del Hombre al interior del Tribunal Constitucional? Nos parece, por un lado, de que el Tribunal Constitucional no se paralice con todo orden de reclamaciones sobre violaciones de los derechos naturales y civiles, que eventualmente se podrían presentar. Esta Sala parece ser una instancia absolutamente residual, donde los propios jueces, que a veces aplican un derecho que es contrario en su conciencia a los derechos del hombre por las deficiencias de la ley positiva, puedan optar por acudir en caso de duda, al momento de juzgar.

“Las justas precauciones que hay que tomar consisten en no permitirle a la sección constitucional de equidad natural el derecho de actuar por propia cuenta; sólo podrá actuar ante una proposición formal, proveniente de otra parte.

Este derecho de proposición no se le reconocerá indistintamente a todo el mundo, sino tan sólo a los tribunales, los cuales, de tal modo, no podrán quejarse de quedar paralizados, de golpe, en sus funciones, en virtud de una voluntad extraña.

(108) Idem, pág. 268.

Ellos mismos no podrán efectuar esta proposición sin regla y sin motivos, sino únicamente en casos de necesidad reconocida...¹⁰⁹⁾

2.3 *El Jury Constitutionnaire como comisionado del Poder Constituyente encargado de la preservación, adecuación y mejoramiento del orden constitucional*

A estas funciones estrictamente judiciales del Jury Constitutionnaire, Sieyès le encomendaría una de trascendental importancia, que cabe más bien situarla como uno de naturaleza más situada al lado de la política, que a las estrictamente jurisdiccionales.

Nos estamos refiriendo a la que él mismo denominó “taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución¹¹⁰⁾”

No se piense que Sieyès confundiría entre el Poder Constituyente originario y el Poder Constituyente derivado, o para decirlo de otro modo, entre las labores propias del Poder Constituyente de las del Poder de Reforma de la Constitución.

No es, hay que advertirlo, la jury constitutionnaire un órgano de reforma de la Constitución, poder que Sieyès no dudará de otorgar, previo el cumplimiento de determinadas exigencias al Consejo de los Quinientos, para que haga las veces de un Poder Constituyente delegado. En su artículo décimo y décimo tercero, propondrá:

“En el transcurso de cada décimo año, a partir del año 1800, octavo de la república, decimosegundo de la revolución, la jury constitutionnaire examinará de nuevo sus opiniones (aptas para perfeccionar el texto constitucional) consignadas en su registro (...)

Las asambleas primarias, después de haber hecho la lectura del cuaderno de proposiciones, declararán sí o no respecto a si deciden dar al Consejo de los Ancianos la facultad de estatuir...

Si la mayoría de las asambleas primarias ha dicho sí, el poder constituyente queda delegado (...)

(109) *Idem*, pág. 258.

(110) *Idem*, pág. 271-272.

Se asignarán exclusivamente para ese objeto las sesiones en las que el Consejo de los Ancianos ejerza el poder constituyente...”¹¹¹

No es del caso anotar aquí los detalles procedimentales que Sieyès propondrá se incorporen al proyecto de Constitución que en aquel entonces se encontraba en preparación. Lo que aquí nos interesa explicitar, es el hecho de que el Jury Constitutionnaire, en virtud de ser el comisionado del Poder Constituyente para la conservación de su obra, ni ha de significar que éste se convierta, en una operación extraña, en un nuevo poder constituyente (así sea delegado), ni tampoco que haga las veces de un órgano de reforma de la Constitución.

“... la jury constitutionnaire no tiene el derecho de modificar la Constitución: sería tanto como cederle el poder constituyente”¹¹².

En complemento perfectamente lógico con las características que sobre la Constitución maneje Sieyès, la de ser una obra extraordinaria y necesitada de actualización,

“No hay ley que tenga mayor necesidad de una suerte de inmutabilidad que una Constitución” Pero, “una obra hecha por manos de hombre necesita mantenerse abierta a los progresos de su razón y de su experiencia”¹¹³

éste habrá de postular, en la impronta de que la Constitución no deje de perder actualidad y pueda adaptarse a los requerimientos que las necesidades sociales lo demanden, que sea el Jury Constitutionnaire no sólo la instancia que de cuenta de las necesarias reformas que la Constitución habría de necesitar, sino también como una instancia donde se pueda acudir a fin de proponer aquellas, así como las que necesite la Declaración de los Derechos del Hombre.

“La jury constitutionnaire se ocupará habitualmente de las opiniones que le parezcan aptas para perfeccionar el texto constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre”, rezaría el artículo décimo del proyecto.”¹¹⁴.

(111) Idem, pág. 264.

(112) Idem, pág. 264.

(113) Idem, pág. 271.

(114) Idem, pág. 264-265.

Que el Tribunal Constitucional se le atribuya la calidad de ser el órgano a través del cual, en principio, se le presenten los proyectos de reforma constitucional, habrá de constituir una opción política que tome Sieyés, tras los acontecimientos que en esos seis años Francia tempranamente sufriera.

“¿No encierra un peligro también el convocar con estruendo a asambleas constituyentes, en fechas solemnes, en una nación inmensa, tan dispuesta a todo, tan eléctrica, en la que toda conmoción puede volverse contra ella misma; en llamar convenciones, con cualquier nombre que se les dé, que tendrán tantos deseos y tantos intereses de cambiar, como los que la jury tiene que conservar; convenciones, por último, que nuestro proyecto deja aún en la independencia del gran principio de la división de los poderes?”¹¹⁵

Ya esta propuesta había sido lanzada por él mismo en el “Razonamiento y exposición detallada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en cuyo proyecto de articulado, insertaría uno, el XXXII, en virtud del cual se establecería:

“Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar y de reformar su Constitución. Es conveniente, incluso, determinar épocas fijas en las que esta revisión tendrá lugar, cualquiera que pueda ser la necesidad de hacerlo.”¹¹⁶

Lo que detrás de tal propuesta existe, es la idea central que sobre el concepto de Constitución maneja Sieyés, y que no es sino, ya la obra genial de un jurista, antes que la de un pensador. Un jurista preocupado no tanto por subvertir el orden establecido, que es el Sieyés de 1789, en el que su papel básicamente es el de proporcionar a los miembros de los Estados Generales las bases teóricas y prácticas para que puedan autoirrogarse la representación de la Nación soberana; sino más bien, por mantener el nuevo orden, por dotar de mecanismos político-jurídicos que, al mismo tiempo que sirvan para su consolidación, tenga la posibilidad de adaptarse a las nuevas necesidades que el tiempo le ha de deparar.

En este último sentido, no hay que ver la conversión de Sieyés del político revolucionario al jurista reaccionario, sino al hombre que dotó al Estado liberal de Derecho, como el transcurso del tiempo le habría de dar la razón, no sólo de la más sólida herramienta para su conservación, sino inclusive el de la

(115) E. Sieyés, “Preliminar de la Constitución. Razonamiento y exposición detallada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Escritos Políticos de Sieyés*, citado, pág. 189.

adaptación de sus valores y principios, que ha de representar en la hora actual la configuración de nuestros Estados, no ya en simple Estado Legal de Derecho, sino en un Estado Constitucional de Derecho.

Como pocas veces sucedería con tan agudo observador como Tocqueville, la incorporación de un jury constitutionnaire no significaría la posibilidad de que este órgano supla en la modificación de la Constitución al poder soberano al atribírsele de la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, sino que a la inversa, precisamente en dotar a la obra del Soberano de la posibilidad real de que su obra se conserve.

México D.F. (Ciudad Universitaria) Febrero de 1999



VALORES, FINES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Víctor García Toma

La Constitución es un documento político con inescindibles implicancias preceptivas. Ella comprende un trino de valores, principios y normas que delimitan la convivencia política, así como aseguran la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del Estado.

Es una verdad apodíptica, que, la convivencia política y la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, deben necesariamente responder al continente de valores, principios y normas establecidas en la Constitución.

Ahora bien, pese a que el plexo constitucional tiene implicancias jurídicamente preceptivas, ello no obsta para señalar que el texto supra tiene la peculiaridad de la “relatividad de su valor formal”, en relación con el resto de los instrumentos legales del Estado. Ello se debe a la necesaria generalidad o ambigüedad con que se redactan sus cláusulas.

La relatividad del valor formal y el enunciamiento de pautas latas, se justifica por la necesidad de asegurar una interpretación-aplicación que asegure su vocación de perennidad y permanencia en el tiempo.

La relativización del valor formal de las cláusulas constitucionales, evita una interpretación-aplicación meramente legalista.

Ello se explica en razón de que la Constitución, si bien tiene una razón histórica para su entrada en vigencia, ello no es óbice para acreditarla como un documento político aplicable a las sucesivas circunstancias históricas¹.

En suma, la Constitución no sólo opera para ordenar y delimitar las situaciones político-jurídicas existentes al momento de su sancionamiento, sino que se extiende a aquellos casos futuros que pudieren surgir de otras circunstancias históricas.

En ese sentido, el enunciado lato de valores y principios constitucionales permite regular todas las contingencias históricas, vía una interpretación-aplicación, dinámica y evolutiva.

(1) LOWEINSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel.

Debe señalarse, adicionalmente, que, entre el texto constitucional² y la realidad política existe un nexo de mutua interacción constante. Así, la Constitución moldea la convivencia política; empero, ésta a su vez condiciona fácticamente su vigencia y aplicabilidad plena.

I. LOS VALORES CONSTITUCIONALES

Aluden a los fundamentos políticos del Estado insertados en la Constitución; por ende, devienen en la causa y razón última de su institucionalización jurídica.

Hacen referencia a una “forma” de concebir la convivencia política y estructurar el ordenamiento jurídico de un Estado. Contribuyen significativamente a racionalizar jurídicamente la relación deviniente entre el poder estatal y la libertad humana; o sea permiten asegurar una específica configuración de la convivencia política.

Ellos describen, ya sea de manera expresa o implícita, al cúmulo de propiedades o cualidades de naturaleza política asignados al texto fundamental, a efectos de alcanzar su posterior “vivenciamiento” dentro de una colectividad política.

Las características básicas de los valores políticos insertados dentro de un texto fundamental, pueden sintetizarse de la manera siguiente³:

a) Plantean la enumeración de postulados políticos generales, informantes, orientadores y críticos.

Expresan un núcleo de explicitación normativa básica y fundante, para todo el resto del ordenamiento jurídico de un Estado.

Son conducentes a la consecución de fines o metas políticas predeterminadas; amén de manifestar parámetros para la calificación de hechos y conductas derivadas de la relación gobierno-ciudadanía.

b) Plantean la configuración de una estructura interna permanente, estable e inmodificable; empero sujeta a una asignación plural de significados.

(2) GARCIA BELAUNDE, Domingo. “La Interpretación Constitucional como Problema”. Centro de Estudios Constitucionales.

(3) GARCIA, BELAUNDE, Domingo. “La Interpretación de la Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales.

En atención a la posibilidad de una exploración interpretativa prolífica, se genera la presentación no presagiable ni unívoca, de su concretización en la praxis política.

c) Presentan un carácter vinculante, eficaz y expresivo de contenido material, para la praxis político-jurídica.

En ese contexto se encuentran dotados de una “vivencia” y “funcionalidad”; de la cual se desprenden tareas, competencias, atribuciones y deberes de naturaleza constitucional.

Los valores constitucionales supraordinan la reproducción de principios y normas en el resto del ordenamiento jurídico, asegurando la unidad del mismo; legitiman la trama de relaciones políticas y jurídicas; así como complementan la finalidad integrativa de la Constitución.

d) Plantean una vocación de complementariedad y coordinación.

Los valores constitucionales tienen igual jerarquía entre sí. Por ende, la materialización de sus contenidos en el ámbito normativo y aplicativo, se encuentra sujeta a una mutua acción de colmación y asociación.

Entre los principales valores constitucionales destacan la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia social, etc.

Es evidente que los valores constitucionales impulsan un determinado y específico comportamiento jurídico-político; amén de operar como elemento de legitimación sustancial de las normas y conductas entroncadas con dicha materia.

II. LOS FINES CONSTITUCIONALES

Aluden a las propuestas políticas dirigidas a satisfacer las aspiraciones del grupo social; los mismos que alcanzan la posibilidad de su verificación en el plano de la realidad política. Ellos permiten afianzar la plasmación de valores en el seno de la sociedad.

Nuestro texto fundamental expresa buena parte de los fines que persigue alcanzar, a través de lo dispuesto en los artículos 1° y 44° de su *corpus*. Así, aparecen la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; la protección a la población de las amenazas contra su seguridad; la promoción del bienestar general fundada en el valor de la justicia; la promoción de la integración económica y política, particularmente la relativa al área latinoamericana; etc.

III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ⁴

Aluden a la pluralidad de fórmulas postulares o proposicionales con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tales, constituyen el núcleo central del sistema constitucional.

Los principios constitucionales exponen postulados ético-políticos o proposiciones de carácter técnico-jurídicos, vinculados a aspectos vitales del Estado; tales los casos del origen, ejercicio y organización del poder político; así como la relación entre gobernantes y gobernados.

En ambos casos –postulados y proposiciones– dichos principios están destinados a asegurar la consagración y efectivización normativa de los valores y fines constitucionales, así como la eficacia y eficiencia del corpus constitucional.

Ellos establecen la identidad del sistema constitucional, en la medida en que definen sus características básicas o esenciales. Por ende, se erigen como la “médula del sistema constitucional”⁵.

En ese sentido, la normatividad del sistema constitucional adquiere coherencia y razonabilidad político-jurídica, a través de su adecuación a los principios constitucionales.

Ellos permiten la óptima regulación normativa de los valores constitucionales; o más aún –con prescindencia de su contenido y proyección valorativa– afirman el cabal cumplimiento y verificación práctica del plexo normativo constitucional.

Los principios constitucionales consagran pautas rectoras de suplementariedad valorativa o criterios instrumentales, para el mejor manejo y cumplimiento de la Constitución.

Dichas pautas rectoras coadyuvan para que las tareas de interpretación, aplicación e integración del plexo constitucional, se verifiquen de una manera lógica, armónica y sistémica.

Los principios constitucionales son parte integrante de los principios generales del derecho con fundamento disciplinario; o sea tratan de aquellos axiomas que informan la conformación y desarrollo del derecho constitucional.

(4) MILLAPINZAS, Manuel. “Evolución y Desarrollo de los Principios y el Derecho Constitucional”. Gráfica Editorial de las Américas.

(5) Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe. “Derecho Constitucional Comparado”. Ediciones Espasa-Calpe.

En puridad, subsumen, condensan o resumen la quinta esencia del derecho constitucional.

3.1. Características

Entre las características principales que ofrecen los principios constitucionales, aparecen las tres siguientes:

a) *Comprensividad espacial, temporal y personal*

Los principios constitucionales abarcan postulados ético-políticos o proposiciones de carácter técnico jurídico, que, cubren toda la normatividad existente o por existir; así como las relaciones interpersonales que se generen o puedan generarse in totum, dentro del ámbito territorial, temporal y personal.

b) *Amplitud conceptual y axiológica*

Los principios constitucionales exponen valores, fines y conceptos integradores de otras normas jurídico-disciplinarias; así como su proyección sujecionante con inspiración normativa, para la vida coexistencial en una sociedad política determinada.

c) *Esencialidad constructiva del sistema jurídico*

Los principios constitucionales exponen lo fundamental o básico para la formación de la “cadena de normatividad”, que, regula la relación entre Estado y ciudadanía; y la de esta última para consigo misma. Son imprescindibles para la ordenación gradada de las normas.

Debe advertirse que estas características se concretizan por su “desenvolvimiento normativo”, a lo largo de toda la cadena de normatividad existente al interior de un Estado.

3.2. El rédito jurídico

Entre las utilidades prácticas que ofrecen los principios constitucionales, aparecen las dos siguientes:

a) Orientan con proyección normativa, la labor legislativa de carácter infra-constitucional.

b) Orientan con proyección normativa, las tareas interpretativas e integrativas de carácter constitucional; así como sirven de límite infranqueable a los actos de reforma constitucional.

Ahora bien, las reglas derivadas de los principios constitucionales ayudan a precisar el alcance y contenido de los mismos. Por ende, ajustan y condicionan con mayor exactitud lógica y/o metodológica, las acciones y conductas de los operadores constitucionales, al momento de utilizar proyectivamente dichos principios.

3.3. Los principios constitucionales y normas jurídicas en sentido lato

Los principios constitucionales plantean postulados o enunciados que se aceptan como punto de partida dentro de un sistema normativo *in génere*, y que conllevan a la elaboración de una cadena de inferencias con proyección preceptiva o de proposiciones—exposición de determinados valores o fines político-jurídicos— que, por tales, devienen en directrices esquemáticas, con un alto grado de abstractividad y elasticidad.

En ese contexto, los principios constitucionales se diferencian de las normas propiamente dichas, por su falta de concretización y por su carencia de certeza en sus consecuencias prácticas, para su aplicación inmediata a casos concretos. En cambio, se fijan frente a las normas jurídicas en sentido lato, como orientaciones ético-políticas o técnico-jurídicas con sentido normativo.

Este factor de virtualidad normativa hace que devengan en potencias de normas prescriptivas, para el establecimiento exacto de los deberes, responsabilidades, competencias, derechos o garantías existentes en torno a una determinada relación inter-subjetiva, surgida del seno de la comunidad política.

Esta virtualidad no verificada por su falta de certeza y alto grado de abstracción, requiere del auxilio de la norma jurídica en sentido lato, para su determinación y verificación exacta.

3.4. Los principios constitucionales y los principios fundamentales de otras disciplinas jurídicas

En los últimos tiempos, se han venido insertando en los textos constitucionales, principios fundamentales de otras disciplinas jurídicas (derecho penal, derecho procesal, derecho tributario, etc.).

En puridad, dichos principios recogidos, recepcionados, reclutados o

“constitucionalizados”, no forman parte de la identidad constitucional. Es decir, a pesar que determinados principios fundamentales de naturaleza penal, tributaria, procesal hubieren sido recogidos por el texto constitucional, ello no conlleva, de modo alguno, ha que se conviertan en principios constitucionales.

En ese sentido, los principios no constitucionales insertados en el sistema constitucional son prescindibles al momento de establecer la “identidad constitucional”. Su incorporación o no incorporación en modo alguno, le quitan o le agregan un elemento connotativo para su existencia.

Es decir, los principios recogidos de otras disciplinas jurídicas no son vitales ni constitutivos, para definir y connotar el concepto de sistema constitucional.

Entre la pluralidad de principios insertados en el sistema constitucional, únicamente alcanzan la condición de principios constitucionales, aquellos que le dan identidad constitucional; o sea los que son imprescindibles, esenciales, inmanentes, intrínsecos o medulares para construir un sistema constitucional.

3.5. Petrealidad de los principios constitucionales

La significación e identificación de los principios constitucionales, permite optimizar y dar máxima operatividad a la tarea de desarrollo legislativo, así como a la defensa del sistema constitucional, vía la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, la determinación de la inserción de los principios constitucionales en el seno de la Constitución, es obra exclusiva y excluyente del poder constituyente originario.

El profesor italiano Alessandro Pizzorusso⁶ establece meridianamente que el poder constituyente derivado no puede alterar, modificar o suprimir dichos principios, por la vía de la reforma constitucional.

En suma, los principios constitucionales –al igual que los valores y fines constitucionales– tienen la condición de postulados y proposiciones pétreas.

3.6. Tipología de los principios constitucionales ⁷

Desde nuestra perspectiva, dichos axiomas o pautas basilares pueden tener un carácter sustantivo o instrumental.

(6) Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.

(7) QUIROGA LAVIE, Humberto. *Derecho Constitucional*. Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Al respecto veamos lo siguiente:

3.6.1 *Principios constitucionales sustantivos*

Son aquellos postulados o proposiciones que explicitan, proyectan o sugieren valores de naturaleza ético-política.

Se encargan de colmar el contenido normativo de los valores ético-políticos asignables al campo jurídico.

Dichos principios son los dos siguientes:

- Principio filosófico-político.

- Principio de personalismo.

a) *Principio filosófico-político*

Consistentes en la proyección, explicitación o sugestión de valores políticos, que implican una cotización axiológica del ejercicio del poder político, así como el establecimiento de un determinado orden socio-político.

De este principio se desprenden las dos siguientes reglas:

Regla de ubicación ideológica

Mediante este canon o pauta basilar se establecen las directivas, orientaciones y proyecciones normativas relativas a las creencias, ideas y valoraciones referentes a la sociedad y el Estado.

Allí aparecen la normatización de la enunciación del techo ideológico (liberalismo, socialismo, marxismo, fascismo, etc.); los supuestos económico-sociales (economía dirigida y centralizada, etc.)

Regla de autodeterminación constituyente y legitimidad racional

Mediante este canon o pauta basilar, se reconoce la prerrogativa de la potestad fundante de la sociedad política (soberanía popular, soberanía nacional). Igualmente opera como las directrices, orientaciones o proyecciones normativas relativas a la titularidad del ejercicio del poder político; la manera o forma de actuación en el ejercicio del poder; y las “razones” que justifican dicho ejercicio (elección popular; designación por abolengo dinástico; vicariato terrenal encomendado por una divinidad; etc.).

b) *Principio de personalismo*

Consistentes en la proyección, explicitación o sugestión de los valores políticos vinculados con el reconocimiento y defensa de la dignidad de la persona humana, en su doble rol de ser existencial y coexistencial; así como los deberes y cargas personales ante el Estado.

De este principio se desprenden las dos siguientes reglas:

Regla de reconocimiento

Mediante este canon o pauta basilar, se establecen los contenidos normativos relativos a la importancia que se reconoce a la persona humana per se; y en relación con los derechos fundamentales objeto de defensa y tuitividad.

Allí aparece el papel del Estado en relación con sus ciudadanos o súbditos (derechos civiles, políticos, garantías constitucionales, etc.).

Regla de responsabilidad

Mediante este canon o pauta basilar, se establecen los contenidos normativos relativos a los deberes y obligaciones de los súbditos o ciudadanos de un Estado.

Allí aparecen la normativización de los aspectos de tributación, cargas públicas, etc.

3.6.2. *Principios constitucionales instrumentales* ⁸

Son aquellos postulados o proposiciones que se orientan hacia la organización, estructuración y funcionamiento óptimo, equilibrado, armónico y sistémico del orden constitucional. A través de la verificación eficaz de ellos, se viabiliza la realización de los principios constitucionales sustantivos.

Dichos principios constitucionales son los tres siguientes:

- Principio de fundamentalidad.
- Principio de supremacía constitucional.
- Principio de perdurabilidad.

(8) QUIROGA LAVIE, Humberto. ob. cit.

a) *Principio de fundamentalidad*

Consistente en la proyección, explicitación o sugestión postulatoria atinente a que la Constitución debe ocuparse únicamente de aquello que se considera esencial para la comunidad política; o sea lo relativo a la organización, estructuración y funcionamiento del aparato estatal, así como la relación entre gobernantes y gobernados.

Tal como refiere el profesor argentino Néstor Pedro Sagues ⁹ hace referencia a “las bases del estatuto de poder y del estatuto de los deberes”.

De este principio se pueden deducir las dos reglas siguientes:

Regla de arquitectura

Mediante este canon o pauta basilar se configura la relación existente del ejercicio del poder, en función del territorio bajo dominio estatal; el mismo que sirve de asiento coexistencial a los ciudadanos o súbditos.

Allí aparece la normativización de la forma de Estado (unitario, complejo, etc.).

Regla de distribución

Mediante este canon o pauta basilar se configura el reparto de las competencias político-jurídicas, entre los distintos órganos estaduales.

Allí aparece la normativización de la forma de gobierno (presidencialista, parlamentarista, etc.).

b) *Principio de supremacía constitucional*

Consistente en la proyección o explicitación del carácter supra-jerárquico de los principios y normas contenidas en el texto constitucional, sobre el resto de los preceptos dictados o reconocidos por el Estado.

Dicho principio presenta las tres reglas siguientes:

(9) SAGUES, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Editorial Astrea.

Regla de unidad

Mediante este canon o pauta basilar se constituye el sistema jurídico de un Estado, a través de un orden de jerarquía, superposición y prevalencia de valor, de las distintas categorías normativas (Constitución, leyes, decretos, resoluciones).

Allí aparece la normativización de los aspectos relativos a la pirámide jurídica de un Estado.

Regla de rigidez

Mediante este canon o pauta basilar se configuran los mecanismos procedimentales, destinados a preservar la supraordinación de la Constitución. Para tal efecto, impide su modificación precipitada y expeditiva.

Allí aparece la normativización de la reforma constitucional, las cláusulas pétreas, etc.

Regla de control

Mediante este canon o pauta basilar se configura la tutela y defensa del carácter supraordinante de la Constitución y de los principios que ella contiene.

Allí aparece la normativización de la jurisdicción constitucional, las acciones de garantía sistémicas y personales.

c) Principio de perdurabilidad

Dicho axioma, postulado o proposición, plantea la vocación de preservar la permanencia y continuidad espacio-temporal de los valores y fines consagrados en la Constitución.

Dicho principio presenta las dos reglas siguientes:

Regla de circunstancia política

Mediante este canon o pauta basilar se precisa la necesidad de utilizar un determinado criterio lógico-jurídico, que atienda a la naturaleza de las cosas y a las particularidades de los hechos o acontecimientos, vinculados en su confrontación con el texto constitucional.

Así, el criterio lógico-jurídico ayuda a regular y confrontar una situación de normalidad u otra de anormalidad constitucional.

Allí aparecen la normativización de los regímenes de excepción, la aplicación de la legislación de urgencia, etc.

IV. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL ¹⁰

La interpretación constitucional consiste en determinar o asignar un sentido a las normas contenidas en un texto fundamental.

El “sentido” es incorporado mediante un proceso de interpretación. Por ende, el papel de los hermenéutas constitucionales consiste en declarar el significado y alcance de las normas constitucionales.

Dicha declaración se consagra cuando al percibirse *in totum*, los fenómenos políticos y jurídicos que integran la norma objeto de interpretación, se elige aquél “sentido” que mejor se adecue a los valores y fines que la norma intenta consagrar en el seno de la sociedad política.

Al respecto, no debe obviarse el hecho, que, los preceptos constitucionales tienen la doble particularidad siguiente:

- a) Son normas primarias y no derivantes del sistema político-jurídico.
- b) Son normas indesligables, constituyente de los hechos políticos, históricos, culturales, etc.

Todo proceso de interpretación constitucional parte de la determinación objetiva del “sentido” de asignación de significado de la norma; la misma que se auxilia con la determinación subjetiva. Es decir, se refuerza la declaración preliminar obtenida de la investigación de la norma *per se*, con el conocimiento de las razones, argumentos y propósitos que llevaron al órgano constituyente a la dación de la norma.

Tal como señala el profesor colombiano Luis Carlos Sachica, la interpretación constitucional exige a sus cultores, el dominio de los siguientes ocho aspectos:

- Profundo conocimiento plenario del derecho.
- Amplia sensibilidad política.
- Hondo sentido de los hechos y antecedentes históricos.
- Enorme visión de futuro.

(10) Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. *Constitución: Fuentes e Interpretación*. Mesa Redonda. Editores S.A.

- Sereno realismo.
- Manifiesta postura humanista.
- Objetiva capacidad de creación.
- Vigorosa orientación ética.

4.1. Tipos de interpretación

Desde un punto de vista doctrinario es posible establecer la existencia de cuatro tipos de interpretación; a saber:

- a) *Interpretación de la Constitución*
Consiste en asignar un “sentido” a la Constitución, a efectos de coadyuvar a su correcta aplicación a la realidad. Para tal efecto se precisa y determina la existencia de los valores y principios constitucionales.
- b) *Interpretación desde la Constitución*
Consiste en que obtenida una respuesta hermenéutica “desde la Constitución”, se desciende a la legislación infra-constitucional a efectos que ésta guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.
- c) *Interpretación abstracta y conceptual genérica*
Consiste en comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real en la vida política.
- d) *Interpretación específica y concreta*
Consiste en comprender su aplicabilidad a una situación o contingencia real, emanada de la vida política.

4.2. Los intérpretes constitucionales

Ellos devienen en una suerte de “mediadores” oficiales que comunican a la comunidad política –por expreso mandato constitucional-, el significado que atribuyen a las normas contenidas en el texto fundamental.

Los intérpretes pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) *Intérprete por vía legislativa*
Dicha tarea se asigna a los legisladores.
Al respecto, el inc. 1° del artículo 102 de la Constitución peruana señala-

la como atribución del Congreso, la dación o interpretación de las leyes y resoluciones legislativas.

En ese sentido, los legisladores a través de la interpretación de la Constitución y desde la Constitución, elaboran normas que permiten la correcta aplicación de los valores y fines constitucionales, así como garantizan la coherencia y armonía de las leyes y resoluciones legislativas.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, los legisladores ordinarios (Congreso de la República) no siempre se encuentran facultados para ejercitar una interpretación auténtica. Ello en razón de los siguientes argumentos:

- La interpretación auténtica implica que el órgano legisferante que dictó previamente una norma, tiene posteriormente la potestad de aclarar los alcances de su contenido.

En ese sentido, el texto fundamental emana de un poder constituyente originario; el cual a través de un Congreso, Asamblea o Dieta especialmente conformado aprueba una Constitución. Dicho ente no tiene parámetros formales para cumplir dicha tarea.

La labor del legislador ordinario emana de un poder constituyente derivado, cuya competencia es reglada. Por ende, en tanto expresamente el poder constituyente originario no le conceda facultades interpretativas del texto fundamental, éste carece de atribución jurídica para asumir dicha tarea.

Nuestro texto fundamental, si bien le ha otorgado al legislador ordinario atribuciones de reformar la Constitución y de interpretación de las normas que el propio ente dicte; empero no le ha asignado competencias hermenéuticas, al nivel del texto base del Estado.

- La interpretación auténtica tiene carácter retroactivo; esto es, el significado que se le quiere asignar a una determinada norma, se desplaza hasta el momento mismo en que la norma interpretada entró en vigencia.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 103 de la Constitución peruana, el principio de retroactividad sólo rige para el caso de las normas penales. Por ende, no es posible una interpretación auténtica de los preceptos constitucionales.

b) Interpretación por vía jurisprudencial

Dicha tarea se asigna a aquellos que cumplen responsabilidades hermenéuticas, ya sea en órganos jurisdiccionales ordinarios o especializados.

En nuestro caso, se presentan las siguientes tres opciones:

El Poder Judicial

El artículo 138 de la Constitución señala el deber funcional de los jueces de preferir la norma constitucional cuando determinen –previa labor interpretativa-, que, existe una incompatibilidad entre un precepto constitucional y una pauta legal de menor jerarquía.

El Tribunal Constitucional

El inc. 1° del artículo 202 de la Constitución señala el deber funcional de los magistrados de declarar –previa labor interpretativa-, el sentido de lo constitucional o inconstitucional, de aquellas normas con jerarquía o condición de ley.

El Jurado Nacional de Elecciones

El inc. 1° del artículo 178 de la Constitución señala el deber funcional de los miembros de este ente, de declarar –previa labor interpretativa- la constitucionalidad o inconstitucionalidad, de los preceptos vinculados con la materia electoral.

Los intérpretes constitucionales ejercen su función, con sujeción, entre otros, a los siguientes cinco principios hermenéuticos:

a) Principio de coherencia

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional, deben ligarse mutuamente entre sí, a efectos que cada uno de ellos alcance su óptima aplicación práctica, manteniendo entre sí coordinación, concertación y armonía.

En ese contexto, no es aceptable la interpretación aislada e inconexa del resto. No es admisible la presencia de normas constitucionales con “vida autárquica y solitaria”.

b) Principio de adaptabilidad

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional, pueden ser objeto de variación en su sentido significativo, de conformidad con los cambios o mutaciones que sufre la realidad política del Estado. Debe ser objeto de una interpretación “viva”, a efectos que siga siendo un instrumento de gobierno.

Como refiere el profesor argentino Néstor Pedro Sagues¹¹, se debe

(11) SAGUES, Néstor Pedro. ob. cit.

postular “una adaptación de la Constitución a las realidades que le toca vivir y resolver”.

Ello permitirá que la Constitución quede actualizada al compás de la dinamicidad de los tiempos y que alcance su óptima aplicación.

c) *Principio de constancia*

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ser observados a la luz de los postulados o proposiciones de naturaleza ético-política o técnico-jurídica que proyectan una aplicabilidad permanente; debiéndose restar valor extremo a aquellos que meramente atiendan a situaciones provisionales.

d) *Principio de utilidad*

Los distintos instrumentos, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional, deben ser objeto de una interpretación que propenda hacia algo constructivo y conveniente.

e) *Principio de previsión*

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional, deben ser objeto de cautelamiento de las posibles consecuencias de su aplicación. Por ende, deben meritarse los riesgos de una determinada asignación de sentido.

4.3. Límites de la interpretación constitucional ¹²

La actividad hermenéutica en relación con la Constitución, y con aplicación de los principios anteriormente señalados, se encuentra sujeta a determinados límites; entre ellos cabe mencionar los siguientes:

a) La labor interpretativa no puede extenderse más allá del plexo de valores, principios y normas contenida explícita o implícitamente, en el *corpus* de la Constitución.

Dicho límite se justifica en razón de la función racionalizadora, estabilizadora y delimitante que tiene un texto fundamental.

El hecho mismo de llevar a cabo una labor interpretativa más allá de dicho límite, implicarían: un clarísimo acto de ruptura constitucional; un inacep-

(12) GARCIA TOMA, Víctor. *La Ley en el Perú*. Editorial Grigley.

table proceso de reforma constitucional no formal; o la concreción de una “norma habilitatoria”, la misma que a consecuencia de falta de control eficaz de la constitucionalidad, en la práctica queda convalidada.

b) La labor interpretativa debe cesar cuando se acredite fehacientemente la imposibilidad de obtener una respuesta hermenéutica, con comprensión o adecuación plena al sentido del plexo normativo constitucional. La imposibilidad de la obtención de una respuesta óptima en la tarea hermenéutica, plantea el reconocimiento de una laguna legal; y, por ende, la necesidad de una actividad integradora.

c) La labor interpretativa no es aceptable cuando ofrece una respuesta hermenéutica contradictoria con el texto constitucional.

Dicha contradicción o antinomia puede presentarse en razón de lo siguiente:

- Existencia de incompatibilidad entre dos normas que simultáneamente mandan y prohíben hacer algo y prohíben hacer algo.

- Existencia de obligación de hacer algo y una permisión para no hacerlo.

d) La interpretación constitucional no puede plantear la presentación de una respuesta hermenéutica enfrentada con los valores constitucionales.

Dicha confrontación puede surgir cuando el hermenéuta constitucional ofrece una respuesta apegada al criterio de la legalidad y con sujeción al formalismo jurídico, empero moralmente injusta, inequitativa, etc.

La pretensión de todo Estado constitucional radica en plantear que todo el plexo de valores, principios y normas contenidas en un texto constitucional, sea objeto de un cabal e íntegro cumplimiento en la vida social cotidiana.

e) El intérprete debe ser plenamente consciente de las consecuencias derivadas del acto hermenéutico. Ello implica que asuma la denominada “ética de la responsabilidad”.

Es evidente que la *ratio* de la volición y conducta del intérprete, radica en defender y auspiciar la consagración práctica y real de los valores y fines contenidos en el texto fundamental. Por ende, el hermenéuta debe negarse a excogitar aquella declaración que siendo débil en su fundamentación justificatoria, genere la creación de problemas al sistema constitucional en su conjunto y al propio proceso de integración política.

La función del intérprete consiste en allanar los problemas político-jurídicos preexistentes al momento de llevar a cabo el proceso de interpretación, y en modo alguno profundizarlos o canjearlos por otro.

f) El intérprete debe ser consciente que la asignación de significados al texto constitucional, supone un previo conocimiento del problema concreto, que, intenta resolverse a través del proceso de interpretación y aplicación de una norma constitucional, a un caso específico y concreto.

Es evidente que la declaración del sentido de una norma constitucional, no puede ser separada de la concepción previa que tiene el intérprete acerca de las circunstancias, hechos o sucesos que ameritan su aplicación concreta y específica.

Más aún, el intérprete debe aclarar el “sentido” normativo de una cláusula constitucional, desde la concreta situación histórica en que se ubica o encuentra el sistema constitucional.

4.3.1. Criterios metodológicos en el proceso de interpretación

Desde nuestro punto de vista, el intérprete constitucional debe tener en cuenta lo siguiente:

a) La interpretación se encuentra “atada” a los valores y fines inmersos expresa o implícitamente, en el texto de la Constitución.

b) La interpretación debe prestar atención a los vocablos utilizados por la Constitución, dándoles el sentido que tienen en la vida diaria; salvo que de su propio contexto se desprenda una significación estrictamente técnica.

Señálese además, que, todo vocablo utilizado en la Constitución, tiene fuerza y significado propio. Por ende, el profesor argentino Néstor Pedro Sagués considera que el hermenéuta no debe suponer que éste, ha sido insertado o usado superflua o inútilmente.

c) La interpretación debe tener en cuenta la aplicación de la analogía, los alcances de la conciencia político-jurídica existente en la comunidad y los aportes del derecho comparado, cuando se hayan producido cambios en los factores históricos y sociológicos que fundamentaron la necesidad de dictar alguna cláusula constitucional. Con dichos aportes se logra “remozar” la vida de la Constitución.

d) La interpretación debe tener en cuenta la reconversión interpretativa de carácter extensiva, cuando se trate de la parte dogmática de la Constitución; y la reconversión de carácter restrictiva en lo relativo a la parte orgánica de la misma.

Es dable advertir, que, en el ámbito específico de la parte dogmática (derechos y libertades públicas), el texto constitucional no puede quedar enclaustrado en la complejidad de la Constitución, sino que debe ser coordinado y

compatibilizado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese sentido el artículo 4 de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución peruana deviene en una regla metodológica. Ello en razón de que se advierte, que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

En aquellos casos, en que el intérprete constitucional debe descender al pleno hermenéutico de las normas de inferior jerarquía, se hace oportuno tener en consideración lo siguiente:

a) La norma investigada no debe ser declarada inconstitucional o inaplicable, en tanto pueda ser objeto de una interpretación en consonancia con el texto constitucional.

b) La norma investigada debe ser interpretada en concordancia con la Constitución vigente. Así, en la hipótesis que existiese una pauta legal promulgada bajo el orden constitucional precedente, pero que mantiene su vigencia con el texto constitucional abrogante, su contenido deberá ser adecuado de conformidad con la nueva situación constitucional.

c) La norma investigada parte del supuesto de presunción de constitucionalidad.

Se presume la constitucionalidad de los actos normativos de los órganos estatales, en tanto pueden ser armonizados con el texto constitucional.

4.3.2. *El caso de la interpretación mutativa*

Como bien refiere el profesor argentino Néstor Pedro Sagues, dicha modalidad concibe “la letra de la Constitución como una especie de estuche o cáscara cuyo contenido (el mensaje normativo) puede cambiar en función de ciertas exigencias (técnicas o ideológicas) que maneja el intérprete”.

El citado plantea que dicha modalidad interpretativa puede ser:

- *Praeter constitutionem*.

- *Contra constitutionem*.

La interpretación *praeter constitutionem* se genera cuando complementa y desenvuelve el texto constitucional. Ergo, colma una laguna constitucional.

La interpretación *contra constitutionem* se genera cuando se opone al texto y espíritu de la Constitución. Dicha acción se genera ya sea, por adición proditora a la voluntad del legislador constituyente; por supresión de alguna regla constitucional; o por sustracción –adición de una regla constitucional–.

Entre las justificaciones doctrinarias que intentan avalar la interpretación *contra constitutionem* aparecen las dos siguientes:

a) *Criterio de economía procesal*

Se fundamenta en la necesidad de obtener de una modificación constitucional en forma más rápida y expeditiva que aquella que pudiera devenir, por la vía formal de la reforma constitucional.

b) *Criterio construccionista*

Se fundamenta en el concepto que la Constitución es un instrumento de gobierno cuyas categorías y conceptos presentan contenidos siempre presentes. Por ende, la interpretación se “construye” en función de la necesidad de responder a las expectativas presentes.

Dicho criterio plantea que la Constitución debe siempre reflejar los estándares y patrones reales de la sociedad actual.

4.3.3. *Interpretación y argumentación constitucional.*

Entre ambos conceptos existe complementariedad y actividad correlacional.

En ese sentido, siguiendo en parte al profesor Luis Manuel Sánchez Fernández ¹³, las características de la argumentación constitucional pueden resumirse en lo siguiente:

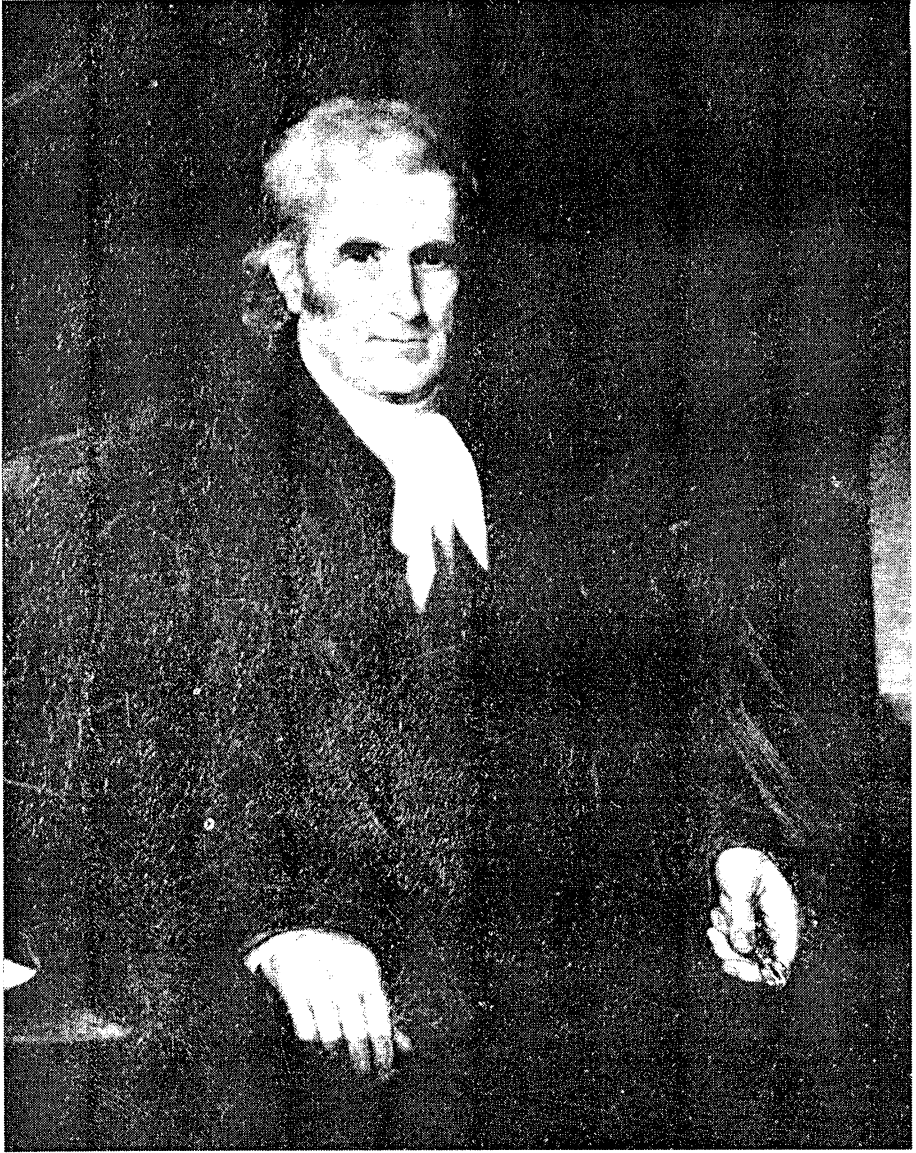
a) La argumentación constitucional se ocupa de la justificación racional del contenido normativo, más no de la explicación del contenido de las normas supras.

b) La argumentación constitucional se ocupa de la justificación de las premisas –proposiciones afirmativas o negativas que sirven como base para extraer una conclusión interpretativa–, antes que de la deducción lógico sistemática de la decisión normativa.

c) La argumentación constitucional se ocupa del encuadramiento de las ideas o afirmaciones que se utilizan para acreditar los hechos constitucionales, y el desentrañamiento del alcance y contenido de las normas constitucionales.

(13) SANCHEZ FERNANDEZ, Luis. “Argumentación Jurídica e Interpretación Constitucional”. En: Revista *Scribas*, N° 2. Instituto Jurídico Nacional.

d) La argumentación constitucional se utiliza tanto en el momento de la interpretación-aplicación judicial o administrativa de las normas *supra*, así como también en los contextos de la producción y de la dogmática jurídica (disciplina que estudia el fenómeno jurídico de manera sistemática y deductiva).



JOHN MARSHALL Y LA SENTENCIA MARBURY VS. MADISON

Gerardo Eto Cruz

«En ningún otro país del mundo tiene la Suprema Corte tanto poder y respeto como en los Estados Unidos»

Karl W. Deutsch

Política y Gobierno, Fondo de Cultura Económica; México, 1976, p. 386.

SUMARIO: Nota Preliminar. 1.- Los hechos y las circunstancias. 2.- Marshall y el escenario de la época. 3.- Marshall: Genio y Figura. 4.- Las reglas de interpretación de Marshall: un muestreo de casos. 5.- La sentencia de Marbury vs. Madison y la Constitución de los Estados Unidos. 6.- La singular exposición de motivos de la Constitución norteamericana que inaugura la revisión judicial en Marbury vs. Madison: El Federalista. 7.- Marshall: Pionero de la Teoría de la Argumentación Jurídica. 8.- Algunas características de la *judicial review*, a partir de la sentencia de Marshall.

NOTA PRELIMINAR

La sentencia más famosa de los Estados Unidos de Norteamérica y que, a la postre, habría de inaugurar el singular modelo de la *judicial review*, es el relacionado al caso de Marbury vs. Madison que aquí se transcribe en su integridad¹. Esta sentencia es la más citada hasta la saciedad en los predios del

(1) En cierto sentido, puede decirse con exactitud que el control judicial por jueces federales se ejerció por primera vez en los años 1790. Varios presidentes de tribunales de circuito se negaron a poner en vigor una ley del Congreso que imponía obligaciones no judiciales sobre

Derecho Público; sin embargo, su texto y su lectura es sólo conocida parcialmente. De ahí el animus divulgatorio de esta sentencia archiconocida como referencia y que se dictara en 1803. En rigor, el fallo tiene un profundo significado universal, por ser la que afirma la técnica del control de la constitucionalidad de las leyes, luego extendida en todo el mundo².

1. LOS HECHOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS

A fin de comprender el contexto histórico en que se dicta la sentencia, es bueno tener presente los hechos, y fueron, en líneas generales, los siguientes:

1.1.- El Presidente de los Estados Unidos John Adams le había propuesto a John Jay, a la sazón, el primer Presidente del Tribunal Supremo de la nación (1789-1795) para que siguiera en el mismo cargo; esto es, fuera reelecto. Era el año 1800. Jay, sin embargo, había rechazado mantenerse nuevamente en el cargo. A su criterio, estaba convencido de que el Tribunal “no obtendría la energía, el peso y la dignidad esenciales para prestar el debido apoyo al gobierno nacional”³.

En vista de ello, y ya en los tramos finales de la presidencia de John Adams, éste en el interregno entre la elección presidencial y la transmisión de poderes, hizo dos nombramientos si bien con aprobación del Senado, lo fue a última hora. Por un lado, nombró a John Marshall como “Chief Justice” del máximo organismo jurisdiccional de los Estados Unidos: el Tribunal Supremo de la Federación. Marshall, en realidad, era uno de los hombres de confianza del saliente presidente Adams, pues había sido su Secretario de Estado. Igualmente nombra a otro miembro de su partido: a Marbury para el cargo de Juez Federal del distrito de Columbia.

ellos en *Hayburn's Case*. El propio Tribunal Supremo explícitamente llevó a cabo el control sobre una ley del Congreso para determinar si era constitucional en el *Carriage Tax Case (Hylton vs. United States)*, en 1795, aunque mantuvo el impuesto. *Vid.*, al respecto a WOLFE, Christopher: *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, (Trad. de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel), Edit. Civitas, Madrid, 1991; p. 115.

(2) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Edit. Civitas, Madrid, 1995; p. 161.

(3) WOLFE, Christopher; *op. cit.*, p. 61.

1.2.- Luego del gobierno de John Adams, le sucede en la presidencia de los Estados Unidos, el flamante mandatario Jefferson⁴. En estas circunstancias, el decreto de nombramiento para el cargo del Juez Federal aún no había sido enviado a Marbury. Fue así como éste había petitionado que se le entregara la credencial correspondiente. La credencial debía ser otorgada por el Secretario de Estado, quien recaía en la persona de Madison, nombrado flamante Secretario de Estado por la administración del Presidente Jefferson y calificado como uno de los más notables de su partido. Sin embargo, éste se resistía a cumplir con entregar a Marbury su decreto de nombramiento del gobierno saliente. Y, en honor a la verdad, era el mismo Presidente Jefferson quien había ordenado a Madison que retuviese la credencial.

Frente a tales hechos, Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de “mandamiento” (“Writ de mandamus”) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando una Ley, la “Judiciary Act” de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos.

La sentencia del Tribunal, presidida por Marshall, reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste a que se le notifique dicha credencial; igualmente reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del Presidente y del Secretario de Estado. Pero luego razona también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, por lo que la “Judiciary Act” de 1789 al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librara órdenes a la Administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo debía declarar inaplicable por esta razón.

El fallo, en realidad conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, pero en este caso, no sobre alguna ley específica, sino sobre la Judiciary Act de 1789. La sentencia entiende, pues, que dicha competencia contradecía a la Constitución, en base a lo cual, inaplicándola, el Tribunal Supremo rehusa pronunciarse y declara —en terminología actual— la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción⁵.

(4) La versada autoridad de Gustavo R. Velasco, informa que, en la elección presidencial de 1801, los candidatos Jefferson como Aarón Burr obtuvieron el mismo número de votos, por lo que la decisión pasó al Congreso. No obstante que el primero era el jefe del partido contrario, que entre él y Hamilton existía una gran rivalidad política y que Jefferson lo había ofendido gravemente. Hamilton ejerció toda su influencia para que fuera designado, debido a la mala opinión que tenía de Burr. La patriótica actitud de Hamilton motivó un resentimiento profundo de parte de Burr, quien frustrado de nuevo en 1804, por culpa de Hamilton, en sus esfuerzos para ser gobernador

2. MARSHALL Y EL ESCENARIO DE LA EPOCA

Como ya se tiene dicho, Marshall había sido nombrado a última hora por el Presidente John Adams. Cuando asume la presidencia del Tribunal Supremo en 1801, la Capital de la nación recién se había trasladado a Washington. Se había construido luego el Capitolio. La sede del Tribunal Supremo todavía no existía de lo que más tarde sería el “Marbel Palace”.

Frente a una ausencia de local institucional, el Tribunal Supremo encontró acomodo provisional en una sala situada debajo de la Cámara del Senado. Hasta 1790, el Tribunal había resuelto apenas cinco casos. A la llegada de Marshall el número se incrementó a 55. Y, en sus 34 años de liderazgo en el Tribunal Supremo (1801-1835) se decidieron 1,215 casos⁶. Pero, muy al margen de estos elementos fácticos, las circunstancias que rodean la sentencia de Marbury y Madison, no dejan de tener ribetes políticos. En efecto, Marshall y la mayoría del Tribunal Supremo eran “Federalistas” así como el propio Marbury, alineado al gobierno saliente de John Adams. No deja de constatarse, pues, la tendencia histórica de que los mandatarios, a su salida, dejan tras de sí, a magistrados a fin de cubrirles las espaldas, dicho esto, sin que se tome como una afirmación categórica. El nuevo mandatario, Jefferson, del Partido Demócrata Republicano, así como su Secretario de Estado, Madison, resultaban adversarios políticos, tanto del ex-mandatario saliente Adams, como de los magistrados nombrados por él⁷.

de Nueva York, lo retó al duelo en que lo privó de la vida, en tanto que Hamilton disparaba su pistola ... al aire. *Vid* el “Prólogo” del jurista mexicano Gustavo R. Velasco a *El Federalista*, 3ra. Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. xx.

(5) FERNANDEZ SEPULVEDA, Angel; *Derecho Judicial y Justicia Constitucional: Una aproximación al tema*. Colección Temas Constitucionales, 7; Madrid, 1985, p. 75-76. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, p. 161.

(6) G.E. White: *The American Judicial Tradition*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1988; p. 34; citado por AHUMADA RUIZ, María Angeles: El `Certiorari. *Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de Apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 14, N° 41, 1994, p. 90.

(7) Jefferson, quien fue uno de los padres fundadores más prestigiosos de la Constitución, expresaba ya en 1804 a John Adams, sin la menor ambigüedad: “Nada en la Constitución ha dado a los jueces un derecho para decidir sobre el Ejecutivo, como tampoco al Ejecutivo para decidir sobre ellos. Ambas magistraturas son igualmente independientes en la esferas de acción respectivamente asignadas a cada una ... La Constitución quiere que los poderes coordinados se contrapongan y balanceen entre sí. Pero la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no sólo en su propia esfera de acción, sino también en las del Legislativo y el Ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico”, *Vid*: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Democracia, Jueces ...*, op. cit. p. 184.

3. MARSHALL: GENIO Y FIGURA

Marshall, a decir verdad, constituye uno de los más grandes magistrados, cuya extraordinaria personalidad llevó a los demás integrantes del Tribunal Supremo a identificar consensualmente sus convicciones jurídico-políticas, abriendo camino sobre su propio andar, a través de sus magistrales fallos.

Como anota Holmes: “Si el Derecho americano, hubiera de estar representado por un solo hombre, tanto los escépticos como los incondicionales, estarían sin duda alguna de acuerdo en que ese puesto sólo puede corresponder a una persona: John Marshall”⁸. Holmes ha señalado igualmente que “quizá le correspondió a Marshall ocupar el lugar más alto a que jamás llegó juez alguno”⁹. Hace varios lustros, se consultó a los especialistas en Derecho Constitucional que clasificaran a los jueces del Tribunal Supremo: “sólo Marshall fue catalogado por unanimidad como grande”¹⁰.

En rigor, a través de Marshall, y conforme han pasado los años, los más grandes principios constitucionales de Norteamérica, fueron contenidos en sus fallos.

Bernard Schwartz ha quintaesenciado algunas características que elevan al “Chief Justice” del Tribunal Supremo de la Federación al magnífico puesto que hoy pervive:

a) En primer lugar, se evidencia claramente en la cosmovisión política de Marshall su profunda convicción de que una Constitución “viva” es el fundamento esencial para una nación fuerte. Asimismo, Marshall asume inflexiblemente la idea que el Tribunal Supremo era el que debía elaborar la doctrina constitucional.

b) En segundo lugar, se constata en Marshall su liderazgo judicial. En efecto, si bien en la actualidad se acostumbra a designar a los Tribunales por el nombre de su presidente¹¹; en el caso de Marshall, cuando éste lo presidió, se hablaba ya del “Tribunal Marshall”. Y este Tribunal, como se sabe, duró 34 años bajo la batuta de este hombre cuyos orígenes paradójicamente no fueron de formación jurídica, sino de predios castrenses. Anota Bernard Schwartz: “El Presidente debe ser un líder y Marshall lo era en grado sumo”¹².

(8) O.W. Holmes: *Men and Ideas en The Mind and Faith of Justice Holmes* (1943) p. 385; citado por Bernard Schwartz: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Trad. de Enrique Alonso, Edit. Civitas, Madrid, 1990, p. 21.

(9) Op. cit., p. 385.

(10) SCWARTZ, Bernard; Op. Cit., pág. 21

(11) SCHWARTZ, op. cit., p. 26.

(12) Loc. cit., p. 27.

c) En tercer lugar, el liderazgo no sólo radicaba en la formalidad del cargo de Presidente del Tribunal Supremo; sino, y básicamente, por la forma en cómo llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que se le presentaban. Es posible que el tacto y tino político, el don de persuasión y el dominio de las circunstancias, muchas adversas, perfilaban una extraordinaria personalidad en este magistrado.

d) En cuarto lugar, Marshall sigue siendo el mejor juez de la historia del Derecho norteamericano, debido a la calidad de sus sentencias¹³.

Desde luego, como diría Ortega y Gasset, el hombre es él y su circunstancia. Hegel, el filósofo de la historia viviente expresaba que toda reflexión se inscribe dentro del horizonte concreto de la vida de su época: “por lo que concierne al individuo, cada uno es, sin más, hijo de su tiempo ...”. Una ojeada en retrospectiva mirada en que le tocó vivir a este gran juez, permite señalar que “la afortunada circunstancia de haber sido llevado a cabo su labor judicial, se debe a que la Constitución Norteamericana todavía era maleable y plástica”¹⁴.

4. LAS REGLAS DE INTERPRETACION DE MARSHALL: UN MUESTREO DE CASOS

Bernard Schwartz y Christopher Wolfe han quintaesenciado algunos casos más sonados que aquí los tomamos de ambos autores.

En primer lugar, tenemos el caso de *McCulloch vs. Maryland* en la que se crea y desarrolla la teoría de los poderes implícitos a partir del artículo I, Sección 8, número 18 de la Constitución¹⁵. Este proceso se ubica en el contexto de la polémica partidista de la época entre Jefferson y Hamilton acerca de la creación de un Banco Federal. Bernard Schwartz lo sintetiza así: “Los Bancos de los Estados federados emitían papel-moneda. Esta facultad no estaba

(13) *Idem* *ibid*.

(14) *Idem* *ibid*, p. 27.

(15) Se cita aquí el íntegro de la Sección VIII:

Sección 8. El Congreso estará Facultado para crear y recaudar Impuestos, Derechos, Contribuciones y Alcabalas. para pagar las Deudas y proveer para la Defensa común y el Bienestar general de los Estados Unidos; empero, todos los Derechos, Contribuciones y Alcabalas habrán de ser uniformes en la totalidad del territorio de los Estados Unidos; Para tomar en préstamo Dinero bajo el crédito de los Estados Unidos; Para regular el Comercio con Naciones extranjeras y entre los distintos Estados del país, así como con las Tribus Indígenas;

suficientemente restringida por las leyes de los Estados, por lo que los Bancos extendían normalmente mucho más papel del que autorizaban sus reservas, billetes que circulaban entre todos los Bancos, incluido el Banco de América. El Banco reaccionó a menudo negándose a aceptarlo. Ello motivó la contrarreacción de los Bancos de los Estados, que persuadieron a las asambleas legislativas para que promulgaran leyes restrictivas de las actividades de las sucursales del Banco Nacional. En concreto, el Estado de Maryland promulgó una ley por la que se sometían a imposición los billetes de la sucursal del Banco de América en Baltimore. Al negarse a pagar el impuesto, su cajero, J. W. McCulloch, fue demandado y condenado. Recurrió McCulloch en apelación ante el Tribunal Supremo, que revocó la sentencia, estableciendo los poderes implícitos de la Federación. El caso motivó la discusión de la propia posibilidad de existencia jurídica del Banco Federal, que no estaba expresamente recogida

Para establecer una Regla uniforme de Naturalización, y Leyes uniformes para los casos de Bancarrota en todo el territorio de los Estados Unidos; Para acuñar Moneda, regular el Valor de la misma y de Monedas extranjeras, y para determinar la Norma patrón de Pesas y Medidas; Para disponer la Sanción correspondiente en casos de falsificación de los Valores y de la Moneda corriente de los Estados Unidos; Para establecer Oficinas Postales y Rutas de correos; Para promover el Progreso de la Ciencia y las Artes útiles, garantizando a los Autores e Inventores, por Tiempo limitado, el Derecho exclusivo al usufructo de sus respectivos Escritos y Descubrimientos; Para constituir Tribunales inferiores a la Corte Suprema; Para definir y castigar Actos de Piratería y Delitos Graves que se cometan en alta Mar, e Infracciones al Derecho Internacional; Para declarar la Guerra, conceder Patentes de Corso y Represalia, y para elaborar Reglas acerca de Capturas en Tierra y Agua; Para formar y mantener Ejércitos, pero ninguna Asignación Monetaria destinada a ese Fin podrá concederse por un Período mayor de dos Años; Para crear y mantener una Marina de Guerra; Para dictar Reglas destinadas al Gobierno y Regulación de las Fuerzas terrestres y navales; Para disponer la movilización de la Milicia a fin de hacer cumplir las Leyes de la Unión, sofocar Insurrecciones y repeler Invasiones; Para disponer la organización, los pertrechos y la disciplina de la milicia, y para determinar la Parte de ésta que habrá de alistarse en el Servicio de los Estados Unidos, quedando a discreción de los Estados respectivos el Nombramiento de los Oficiales y la Autoridad para entrenar a la Milicia según la disciplina prescrita por el Congreso; Para ejercer Legislación exclusiva, a todos los Efectos prácticos que pudieran presentarse, sobre un Distrito (que no exceda una superficie cuadrangular de diez Millas por lado) que, en virtud de la Cesión de algunos Estados en particular y con la Anuencia del Congreso, se convierta en la Sede del Gobierno de los Estados Unidos, y lo faculta para que ejerza dicha Autoridad sobre todos los Lugares que sean adquiridos con el Consentimiento de la Legislatura del Estado afectado, en los cuales se procederá a la Edificación de Fuertes, Polvorines, Arsenales, Astilleros y todas las demás Construcciones que pudieran requerirse; y Para dictar las Leyes necesarias y apropiadas para el Ejercicio de los Poderes antes mencionados y todas las demás facultades que la presente Constitución confiere al Gobierno de los Estados Unidos o a cualquier Secretaría o Funcionario del mismo.

en la Constitución, pero que podía entenderse implícita dentro de las medidas “necesarias y convenientes” que, para el ejercicio de sus poderes, otorga el artículo I, 8, 18 de la Constitución al Congreso y, por tanto, a la Federación”¹⁶. En este caso, de *McCulloch vs. Maryland*, Marshall reflexionó sobre la naturaleza de una Constitución expresando literalmente que:

“... Una Constitución, si detallara con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, sería tan prolija como un código legal y no podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería entendida por la gente. Por tanto, su naturaleza requiere que únicamente se perfilen sus rasgos generales, que se designen sus grandes objetos, y que los componentes menores de estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los propios objetos. Que esta era la idea de los que elaboraron la Constitución estadounidense no se deduce sólo de la naturaleza del instrumento, sino también del lenguaje. ¿Por qué, si no, se introdujeron algunas de las limitaciones contenidas en la sección novena del primer artículo?. También está justificado, hasta cierto punto, por el hecho de que hayan omitido el uso de cualquier término restrictivo que pueda dificultar una interpretación justa y correcta. Así pues, al considerar este tema nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”¹⁷.

En realidad, este fallo es uno de los más importantes de Marshall, pues el Tribunal por él presidido abogó una amplia interpretación de los poderes implícitos del Congreso y afirmó que la cláusula de supremacía era incompatible con un poder del Estado potencialmente destructivo de imponerse a instrumentos federales.

Otro caso famoso y que afirmó toda una posición doctrinaria, es el litigio entre *Cohens vs. Virginia*, cuyo marco situacional hay que ubicarlo y encuadrarlo dentro de la lucha que desde sus inicios mantuvo el Tribunal Supremo con los Tribunales de los Estados. “Lo que se cuestionaba, anota Bernard Schwartz, en esta lucha era la posibilidad misma de que el Tribunal Supremo revisara las sentencias de los Tribunales estatales que aplicaban el Derecho Federal, aunque no sólo se limitaba a las discrepancias entre los Tribunales, sino también entre todo tipo de autoridades federales y de los Estados miembros de la Unión. El propio *McCulloch vs. Maryland*, ya visto, es un reflejo claro de

(16) SCHWARTZ, op. cit., p. 23. Puede verse también a BRENT SWISHER, Carl: *El Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos*. Edit. bibliográfica argentina (Trad. de Hugo Charny), 1958, Bs. As. T. I, p. 91.

(17) WOLFE, Christopher; op. cit., p. 69, 77, 78.

este enfrentamiento”¹⁸. Sin embargo, la lucha fue más crispante desde sus orígenes. En esta perspectiva, el primer caso del Tribunal Supremo, refiere Schwartz, no fue el célebre caso de Marbury vs. Madison, sino el Chisholm vs. Georgia, en que Chisholm y otros ciudadanos de Carolina del Sur interpusieron acción contra el Estado de Georgia por confiscaciones durante la revolución. “El Tribunal Supremo, en 1793, sentenció que los ciudadanos de otros Estados

(18) SCHWARTZ; op. cit., p. 23-24. Se cita aquí el Art. III y la Enmienda XI de la Constitución:

Artículo III

Sección 1. El Poder Judicial de los Estados Unidos será confiado a una Corte suprema y a los Tribunales menores cuya formación sea ordenada por el Congreso en distintas oportunidades. Los Jueces de la Corte suprema y de los Tribunales menores desempeñarán su Cargo mientras observen buena Conducta y, a Intervalos convenidos, recibirán Retribución por sus Servicios, la cual no podrá ser reducida durante su Cargo.

Sección 2. El Poder judicial se extenderá a todos los Casos de Derecho y Equidad que surjan bajo esta Constitución, a las Leyes de los Estados Unidos y a los Tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo su Autoridad; a todos los Casos que involucren a Embajadores, Cónsules y otros Ministros públicos; a todos los Casos de Almirantazgo y Jurisdicción marítima; a las Controversias en las que los Estados Unidos sean una de las Partes, y a las Controversias entre dos o más Estados; [entre un Estado y los Ciudadanos de otro Estado;]* entre Ciudadanos de diferentes Estados; entre Ciudadanos del mismo Estado que reclaman Tierras bajo Concesiones de otros Estados, [y entre un Estado, o los Ciudadanos del mismo, y Estados extranjeros, Ciudadanos o Súbditos] *(Modificado por la Undécima Enmienda).*

En todos los Casos en que estén involucrados Embajadores, Cónsules y otros Ministros públicos, y en aquéllos en que un Estado sea una de las Partes, la Corte suprema tendrá la Jurisdicción original. En todos los demás Casos mencionados, la Corte Suprema tendrá la Jurisdicción de apelación, tanto por Ley como de Hecho, con las Excepciones y bajo los Reglamentos que el Congreso estipule.

Todos los Delitos, salvo en los Casos de Impugnación, serán procesados por Jurado y el Juicio correspondiente se celebrará en el Estado donde los presuntos Delitos fueron cometidos; sin embargo, si no fueron cometidos dentro de un Estado determinado, el Juicio se celebrará en el Lugar o los Lugares que el Congreso haya designado conforme a la Ley.

Sección 3. La Traición a los Estados Unidos consistirá únicamente en hacerles la Guerra o aliarse a sus Enemigos, proporcionándoles Auxilio y Aliento. Ninguna Persona será convicta de Traición a menos que se cuente con el Testimonio de dos Testigos del mismo Acto flagrante o se presente la Confesión correspondiente a una Corte pública.

El Congreso estará facultado para determinar el Castigo correspondiente a la Traición, pero la Muerte Civil por Traición no implicará la Corrupción de la Sangre, y el Decomiso prevalecerá sólo durante la Vida de la Persona que se hizo acreedora a la sanción.

Enmienda XI *(La Undécima Enmienda fue ratificada el 7 de febrero de 1795).*

No deberá interpretarse el poder Judicial de los Estados Unidos como un recurso que abarque litigio alguno de derecho o equidad, iniciado o instruido contra cualquiera de los Estados Unidos por Ciudadanos de otro Estado, o por Ciudadanos o Súbditos de cualquier Estado Extranjero.

podían demandar a un Estado en base al artículo III, 2 de la Constitución. La reacción de Georgia fue tal que su Asamblea promulgó una ley por la que se condenaría a muerte (en la horca) al marshall federal o a cualquier otra persona que recurriera a los writs para acudir al Tribunal Supremo. Precisamente fue esta sentencia la que motivó la Enmienda 11 de la Constitución en 1794¹⁹ (ratificada en 1798). Virginia y Pennsylvania fueron los Estados que después se enfrentaron con más asiduidad.

En este caso de Cohens, Marshall sostuvo que “el peligro de la interpretación defendida por Virginia (es decir, que las decisiones del tribunal estatal relativas a cuestiones federales no están sujetas a control del tribunal federal) también deben ser sometidas a especial consideración” (Este peligro es que “postraría ... al gobierno y las leyes a los pies de cada Estado en la Unión”). Literalmente Marshall sostuvo:

“No pretendemos decir que la jurisdicción de los tribunales de la Unión deba interpretarse como coextensiva con el legislativo, simplemente porque es conveniente que así sea; pero pretendemos decir que esta conveniencia nos proporciona un argumento para la interpretación de la Constitución que nunca debe pasarse por alto, y que ha de ser objeto de especial consideración cuando nos preguntamos si las palabras del instrumento que pretenden establecer este principio han de reducirse con objeto de destruirlo”²⁰.

Existe otro caso, *Gibbons vs. Ogden*, donde se presenta por vez primera el caso en el que se entabla judicialmente la llamada “cláusula de comercio”. Siguiendo aquí a Schwartz, se discutía la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York al amparo de la cual algunos concesionarios habían obtenido el monopolio del tráfico mediante buques de vapor en las aguas del Estado. La finalidad de la ley era la de fomentar el desarrollo del buque de vapor en un momento en que su futuro no parecía claro. En pocos años, el tráfico de vapor alcanzó gran éxito y motivó el enriquecimiento de los concesionarios, quienes intentaron extender el monopolio al tráfico por aguas que ponían en conexión el Estado de Nueva York con los restantes Estados. Estos reaccionaron con leyes restrictivas para los buques de vapor de otros Estados, empezando a producirse un caos en el comercio interestatal semejante al que existía antes de la promulgación de la Constitución. *Gibbons*, anota Bernard Schwartz²¹, que tenía una concesión de la Federación para operar en el tráfico costero, pero no tenía

(19) *Idem ibid.*, p. 24.

(20) WOLFE; *op. cit.*, p. 70-71.

(21) SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 25

autorización del monopolio de Nueva York, navegaba entre la ciudad de Nueva York y Elizabethown, en Nueva Jersey. Ogden, concesionario de Nueva York se opuso. El caso implicaba, pues, la necesidad de trazar una línea divisoria entre el poder de los Estados federados en sus asuntos internos y el de la Federación en el comercio interestatal. La sentencia se ocupa, en primer lugar, de incluir a la navegación dentro del término “comercio” del artículo I, 8, 3, de la Constitución²². Aquí, Marshall define al comercio en sentido amplio, no sólo como tráfico, compra y venta, sino abarcando todas las formas de relación entre las naciones y partes de las naciones, incluyendo la navegación. “El comercio entre los distintos Estados no se detiene ante la línea fronteriza del Estado —es el comercio “entrelazado de” los Estados, que se extiende al interior—. La regulación del comercio es el poder de “prescribir la norma por la que va a regirse el comercio”, que es “completa en sí misma”, “plenaria”, limitada únicamente por prohibiciones constitucionales”²³.

El fundamento de la sentencia reside, afirma Schwartz, en el reconocimiento expreso de la dejación de la soberanía por los Estados federados a la Federación en materias concretas, en este caso comercio interestatal. En último término, recurre por ello a la interpretación casi exclusivamente gramatical de la atribución de competencias en materia de comercio a la Federación. Con este razonamiento, se empezaba a delinear la “cláusula de comercio” que ha sido la que ha motivado el mayor centralismo del sistema norteamericano. Dicho en otras palabras: con esta sentencia, se ayudó a establecer el primer mercado común americano²⁴.

Otros casos similares de la cláusula de comercio resueltos por el Tribunal Marshall es el de *Wilson vs. Blackbird Creek*, *Brown vs. Maryland*; y en parte el de *New York City vs. Miln*²⁵.

Como se podrá apreciar, el Tribunal Marshall delineó, a través de singulares razonamientos jurídicos prácticos, diversos casos que fueron afirmando las grandes pautas hermenéuticas e interpretativas de la Constitución norteamericana de 1787. Entre la ubérrima cantidad de fallos, el proceso que entablara *Marbury contra el Secretario de Estado Madison*, en el régimen de Jefferson, es el que brilla con luz propia en el mundo cosmopolita del Derecho.

(22) Vid, supra, cita cinco.

(23) WOLFE; op. cit., p. 79-80.

(24) SCHWARTZ, op. cit., p. 25.

(25) WOLFE; op. cit., p. 80, 81, 82.

5. LA SENTENCIA DE MARBURY VS. MADISON Y LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS

El gran marco del modelo norteamericano de jurisdicción constitucional con el que inaugura la célebre sentencia en comentario, reposa, sin lugar a dudas, en la Constitución norteamericana; y esta Lex Superior, como se sabe, no se limitó a enunciar derechos formales y a confiar que los poderes públicos los respetaran, sino que se elabora un marco garantista imprescindible —el control judicial— que debe afirmar la presencia de jueces neutrales e inamovibles, totalmente aislados del proceso político, con el poder y el deber de anular la actuación pública, a petición de cualquier ciudadano, si el magistrado reputa que aquélla viola los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política²⁶.

Por otro lado, se debe destacar que originalmente en la Constitución norteamericana no se encontraba ninguna declaración de derechos y garantías individuales. Los constituyentes, más que el interés de determinar las facultades y la situación legal de los ciudadanos, tuvieron las preocupaciones de definir los derechos y los deberes del gobierno, considerando que la misma tradición histórica de América daba por sobreentendidos los derechos individuales²⁷. De acuerdo con su propósito de establecer a grandes rasgos la construcción de un poder enteramente nuevo, los constituyentes dejaron a un lado las cuestiones que no consideraban entonces como previstas de un carácter federal. “Se mostraron maravillosamente sagaces en las disposiciones que tomaron, dice James M. Beck, pero estuvieron aún mejor inspirados en la elección de los puntos que no debían ser reglamentados”. Marshall, escribía en el mismo sentido lo siguiente:

“Si se hubiese prescrito los medios por los cuales el gobierno debería ejercer para siempre en el porvenir sus poderes, se hubiera modificado enteramente el carácter de la Constitución y se le hubiera atribuido la propiedad de un código legal. Se hubiese emprendido, así, una tarea equivocada al tratar de proveer mediante reglas inmutables a necesidades que, aún cuando hubiesen podido ser previstas, no se lo habrían sido sino confusamente, y que era preferible

(26) NEUBORNE, Burt: *El Papel de los Juristas y del Imperio de la ley en la sociedad americana* (Trad. de Montserrat Cuchillo Foix); Edit. Civitas, Madrid; 1995, p. 54.

(27) SCHWARTZ, Bernard: *A Commentary on the Constitution of the U.S.* T. I, New York; 1963.

enfrentar a medida que fueran surgiendo”²⁸.

Muchos hoy encuentran una mitología que arranca desde la sentencia de 1803 en la Corte Suprema americana cuyos casos son inacabables. En primer lugar, la judicial review técnicamente no se encuentra expresamente en la Constitución, sino propiamente “usurpada”; o al menos autoatribuida.

Con todo, como apunta García de Enterría, el Tribunal Supremo es reverenciado y acatado como la representación más alta de la ideología americana, de la propia identidad nacional. Hay incluso toda una mitología religiosa: “La Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el Marbel Palace, en el Palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infabilidad”²⁹.

6. LA SINGULAR EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA CONSTITUCION NORTEAMERICANA QUE INAUGURA LA REVISION JUDICIAL EN MARBURY VS. MADISON: “EL FEDERALISTA”

Después que termina las labores de la Convención Constituyente en Filadelfia, aparece una monumental obra analítica de la Constitución de 1787.

(28) DE VEDIA Y MITRE, Mariano: *Historia General de las Ideas Políticas*. Edit. Guillermo Kraft, Ltda., Bs. As. 1946; Vol. IX, p. 244-245.

(29) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Democracia, Jueces...* op.cit. Carl SCHMIT es un severo crítico del modelo americano; y sostiene que: “Este Tribunal, justamente famoso en todo el mundo, se ha convertido, al parecer, para ciertos juristas alemanes, en una especie de mito. Luego advierte lo siguiente: “permítasenos recordar en pocas palabras que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta su autoritaria interpretación respecto a conceptos tales como propiedad, valor y libertad, ocupa, como con razón se ha dicho, “una posición singularísima en toda la historia universal”, sobre todo en el sector económico, y que, en consecuencia, no puede ser adaptado sin más requisitos a la situación, política y socialmente distinta, de un Estado continental europeo. La posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha desarrollado en el ámbito de un Estado anglo-sajón de tipo judicialista, que, como Estado sin Derecho Administrativo, se halla en evidente oposición a los Estados del Continente Europeo, siendo indiferente en absoluto, a este respecto, que el Estado europeo sea una República como Francia o un Estado monárquico y burócrata como la Prusia del siglo XI. El Tribunal Supremo americano es algo distinto de un Tribunal Político, y su Justicia es diametralmente opuesta a lo que en la actualidad suele denominarse en Alemania jurisdicción política o administrativa”. Luego expresa: “La peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de esta *Supreme Court* consiste, sin duda, en que con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como “normas”, y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la

Dicha obra es conocida como *El Federalista*³⁰. Sus autores: Alejandro Hamilton, delegado a la Convención por el Estado de Nueva York, y Jaime Madison, por el de Virginia, contribuían con una de las obras más importantes de la Ciencia Política, a la que enfilaron sus baterías para interpretar la flamante Constitución. En realidad, estos autores fueron sus primeros exégetas; y si bien no constituye una exposición de motivos oficial, la autoridad de sus autores queda sin discusión puesto que dos de los autores habían participado en la Convención, terciando en los debates y escuchando las objeciones presentadas contra cada artículo, ya que habían salido de ellas con notas y memorias repletas precisamente de la clase de información necesaria para la tarea que emprendieron³¹.

Las teorías expuestas en *El Federalista*, aparecieron primero como artículos de polémica en diarios de Nueva York. Fueron 85 artículos escritos por Hamilton; 29 por Madison y 5 por Jay. Y, en realidad, fueron escritos con el objeto de defender la Constitución³².

equidad y razón de ser de la ley, y en caso necesario, se declara ésta inaplicable. SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución* (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid 1983, pág. 44 y 45.

(30) *El Federalista*, ha sido calificado como el “gran depósito de la Ciencia Política”. Si bien los autores perseguían un fin práctico de que el pueblo se adhiriera a la Constitución, no descuidaron las especulaciones filosóficas: aparecen las doctrinas que ilustran la Ciencia Política de la época: Hobbes, Locke y toda la elaboración política de Inglaterra en los siglos XVII y XVIII. Es quizá, Montesquieu quien mayor influencia ejerció. Vid. J.P. MAYER: *Trayectoria del Pensamiento Político*, Fondo de Cultura Económica; México, 2da. Edición Española, 1961, p. 258.

En igual perspectiva se ubica James A. C. GRANT, quien acuñó por la década de los 60 en un famoso ensayo de que “el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es una contribución de las Américas a la Ciencia Política” y precisa GRANT que: “En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislación nacional es una contribución de las Américas a la Ciencia Política” (Cfr. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*. 1961, p. 24). No obstante esta aseveración, CAPPELLETTI en un extenso ensayo aclara que la seductora tesis de James Grant no es del todo correcta históricamente (p. 46). Sin embargo, el propio tratadista italiano reconoce que la revisión judicial de las leyes “ha sido iniciado efectivamente por la Constitución Norteamericana de 1787 y por la valerosa jurisprudencia de Marshall” Cfr.: CAPPELLETTI, Mauro: *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*; UNAM, México, 1987; p. 45-46.

(31) MCMMASTER: *Historia del Pueblo de los Estados Unidos*, Vol. I; p. 484; cit. por Gustavo R. VELASCO, “Prólogo” a *El Federalista*; op. cit. p. x.

(32) Véase a Gaetano MOSCA: *Historia de las doctrinas políticas*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941; traducción de la 3ra. Edic. italiana por Luis Legas y Lacambra; RAYMOND C. GETTEL: *Historia de las ideas políticas*, Vol. II, Trad. del inglés y prólogo de Teodoro Gonzales García; Edit. Labor, S.A. Barcelona - Buenos Aires, 1930; p. 92-123. J.P. MAYER: *Trayectoria del pensamiento político*; Fondo de Cultura Económica; México, 2da. Edic. española, 1961; ver específicamente p. 258-303.

El planteamiento de Hamilton, Madison y Jay que sirviera de fundamento a Marshall, lo encontramos en el artículo de Hamilton³³ que aquí se transcribe in extensu:

“El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

“No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

“Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia,

(33) *EL FEDERALISTA. Los ochenta y cinco ensayos que HAMILTON, MADISON y JAY escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana.* Fondo de Cultura Económica, México, Prólogo y versión en español de Gustavo R. Velasco; 3ra. reimpresión. 1982, p. 332-333.

debe preferirse, como es natural, aquélla que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

“Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

“El ejercicio del arbitrio judicial, al decidir entre dos leyes contradictorias, se ilustra con un caso familiar. Sucede con frecuencia que coexisten dos leyes que se oponen en todo o en parte, ninguna de las cuales contiene una disposición o expresión derogatoria. En semejante caso les corresponde a los tribunales esclarecer y fijar su significado y su alcance. Si es posible que una interpretación razonable las concuerde y armonice, la razón y el Derecho aconsejan de consuno que así se haga; pero si ello es impracticable, se impone la necesidad de aplicar una con exclusión de la otra.

La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior. Pero se trata de una simple regla de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón. Esta regla no está impuesta a los tribunales por alguna disposición legislativa, sino que ha sido adoptada por ellos, considerándola conforme a la verdad y la utilidad, con el objeto de normar su conducta en su calidad de intérpretes de las leyes. Les pareció razonable que entre dos actos incompatibles de una autoridad igual gozase de primacía la que representaba la última irradiación de su voluntad”.

Este planteamiento fue también divulgado en América Latina por el brillante Alexis de Tocqueville³⁴ en su obra “La Democracia en América”.

Tocqueville expresa: “Lo que más trabajo le cuesta comprender a un

(34) TOCQUEVILLE nació en 1805 y murió en 1854, logró un gran éxito con el trabajo publicado en parte en 1835 y parte en 1840 titulado *De la Democracia en América*. TOCQUEVILLE en realidad había ido en 1831 a los Estados Unidos para estudiar el sistema penitenciario y durante el año que permaneció allí tuvo tiempo para estudiar las instituciones y las costumbres públicas y privadas de aquel país en el que las corrientes democráticas se imponían cada vez más. A criterio de Gaetano MOSCA, “Aun reconociendo en TOCQUEVILLE la cualidad de observador imparcial que generalmente le fue atribuida por sus contemporáneos, no puede negarse que su *Democracia en América* es hoy un libro que debe considerarse superado” (Cfr. *Historia de las Doctrinas Políticas*, op. cit., p. 210). No obstante, el libro de TOCQUEVILLE,

extranjero en los Estados Unidos es la organización judicial. No hay, por decirlo así, acontecimiento político en el que no oiga invocar la autoridad del juez, deduciendo de ello, naturalmente, que en los Estados Unidos el juez era una de las primeras fuerzas políticas ...”.

“El juez americano se parece en todo, pues, a los magistrados de otras naciones. Pero está revestido de un inmenso poder político. ¿Cuál es la razón?. El juez se mueve dentro del mismo círculo y se vale de los mismos medios que los otros jueces.

¿Por qué, pues posee un poder de que éstos carecen?. Este sólo hecho es la causa: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales.

Sé que este derecho ha sido a veces reclamado por los tribunales de otros países; pero jamás se les ha concedido. En América está reconocido por todos los poderes; no hay partido ni hombre siquiera, que se lo discuta”³⁵.

7. MARSHALL: PIONERO DE LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

Desde hace casi cuatro décadas, los científicos en el Derecho han observado que la práctica del Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. Pero ¿Qué significa argumentar jurídicamente? ¿Hasta qué punto se diferencia la argumentación jurídica de la argumentación ética, o de la argumentación política o, incluso, de la argumentación en la vida ordinaria? ¿Cómo se justifica razonablemente las decisiones jurídicas? ¿Cuál es el criterio de corrección de los argumentos jurídicos? ¿Suministra el Derecho una única respuesta correcta para cada caso? ¿Cuáles son, en definitiva, las razones del Derecho: no la razón de ser del Derecho, sino las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión?³⁶.

expresó mayor influjo que su similar *El Federalista* en las flamantes repúblicas latinoamericanas, el mismo que se patentizó en los modelos de control judicial de las leyes. Vid. al respecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor *El Juicio de Amparo*; Edit. Porrúa, México, 1964; p. 211.

(35) TOCQUEVILLE, Alexis: *La Democracia en América*; Alianza Edit. Madrid (Trad. Dolores Sánchez de Aleu); 3ra. reimpresión, 1993; vid. p. 92 a 99.

(36) ATIENZA, Manuel: *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*; CEC, Madrid, 1991; p. 9.

Estas y otras interrogantes más son las que a inicios de la década de los cincuenta empezaron a formularse. En rigor, hay consenso en afirmar que los modernos replanteamientos de la Teoría Jurídica curiosamente surgen a partir de los años cincuenta en las que confluyen los intentos hasta ahora más serios en responder a la problemática metodológica en el Derecho. En este marco situacional, surgen en el tapete de discusión el tema casi contemporáneo de la retórica, la tópica y la dialéctica. Y la impresión aún más sorprendente es comprobar que no se da de autor a autor, sino de país en país. Así, mientras en Bélgica PERELMAN³⁷ recuperaba para el Derecho la retórica, en Alemania VIEHWEG³⁸ hace lo propio con la Tópica, y en Francia Michel Villey³⁹ se remitía a la Dialéctica antigua. A ello agregamos a otro no menos descollante germano: Robert Alexy⁴⁰.

Sin embargo, existe, a nuestro criterio, un gran precedente en la literatura jurídica: John Marshall. La sentencia de Marbury vs. Madison constituye una gran pieza de razonamiento. En este caso, estamos específicamente ante un razonamiento práctico⁴¹.

Carlos S. Nino, ha sostenido que la Sentencia de Marshall en “Marbury” pone de manifiesto una lógica en apariencia arrolladora que la denomina “la lógica de Marshall” y que se presenta quintaesenciado en lo siguiente:

Premisa 1: El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechar la otra.

Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

(37) PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L: *Tratado de la Argumentación Jurídica. La Nueva Retórica*, Edit. Gredos, Madrid, 1989 (Trad. de Julio Sevilla Muñoz). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica* (Trad. de L. Díez-Picazo). Civitas, Madrid, 1979.

(38) VIEHWEG, Theodor: *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid, Tauro, 1969 (Trad. de Luis Díez-Picazo, Prólogo de E. García de Enterría).

(39) VILLEY, Michel: “*Nouvelle Rhétorique et Droit Naturel*”, en Villey, M.: *Critique de la pensée juridique moderne (Douze autres essais)*, Paris. Dalloz. 1976.

(40) ALEXY, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (Trad. de Manuel Atienza e I. Espejo).

(41) “Relacionado con la teoría del razonamiento jurídico y de la argumentación, el tipo de justificación que la “coherencia narrativa” trata de proporcionar al desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional como test de verdad o probabilidad en cuestiones de hecho o hechos en litigio para los que se carece de una prueba directamente deductiva mediante la observación, introducen materia de razonamiento práctico” (Cfr. CALVO, José: *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*. Ariel, Barcelona. p. 7-8.

Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida.

Premisa 5: La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.

Premisa 6: El Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

Este razonamiento jurídico, a criterio de Nino, parecería plenamente válido: si se reconoce la supremacía de la Constitución, de allí se sigue necesariamente el control judicial de constitucionalidad: los jueces no deben aplicar las normas contrarias a la Constitución⁴². Sin embargo, Nino sostiene que dicha “lógica” no es tan sólida.

El hecho de que una norma, según Nino, no sea “ley” de acuerdo a lo establecido por la Constitución no quiere decir que ella no pueda ser obligatoria, de acuerdo tal vez a cláusulas tácitas, pero contingentes, de la misma Constitución. “Y así como Marshall admitiría que esto es el caso cuando la Corte Suprema, incorrectamente, la ha declarado constitucional o antes de que la haya declarado inconstitucional, esas cláusulas tácitas de la misma Constitución podrían establecer que los mismos jueces y la misma Corte están obligados a aplicar la ley en cuestión si ella no es derogada por el órgano que la dictó o declarada inconstitucional tal vez por otro órgano político”⁴³. Nino sigue en su crítica, cuestionando el razonamiento de la Sentencia de “Marbury” sosteniendo in extensu que: “Marshall replicaría que si una Constitución establece expresa o tácitamente la obligatoriedad para los jueces de una ley que la contradice se autodestruye como instrumento para limitar el gobierno y se autoconvierte en una ley ordinaria, puesto que admite que puede ser modificada por quienes dictan leyes ordinarias. Pero eso confunde un problema lógico con un problema práctico. Lógicamente es concebible que una Constitución —como la

(42) NINO, Carlos S.: *Los fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad*, en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. CEC, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991; p. 100.

(43) NINO; op. cit., p. 106.

consuetudinaria inglesa o como ocurrió tradicionalmente en Francia— limite al Parlamento imponiéndole la prohibición de dictar ciertas normas, aunque no haya otro órgano que esté autorizado a derogar o anular las normas que infrinjan esa prohibición ...”⁴⁴.

Concluye Nino sosteniendo que “no es cierto que un sistema no cuente con un control judicial de constitucionalidad sea una imposibilidad lógica o excluya la supremacía de la Constitución. Las premisas 4 y 5 del razonamiento de Marshall carecen de sustento, y, por lo tanto, lo mismo ocurre con la conclusión de su razonamiento. La facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos, que puede no darse aun cuando cuenten con una Constitución suprema”⁴⁵.

Con todo, Nino acepta que en el caso de *Marbury vs. Madison* respecto al control judicial de constitucionalidad, se evidencia otro tipo de razonamiento. Sostiene que:

“Una norma jurídica sólo juega un rol justificatorio en el razonamiento práctico de los jueces y de otros actores sociales en la medida en que ella sea aceptada en virtud de la aceptación de un juicio moral que otorga legitimidad a cierta autoridad y de un juicio descriptivo de las prescripciones de esa autoridad”⁴⁶.

La consecuencia de este teorema, es que un juez no puede justificar una decisión cualquiera sobre la base de una norma jurídica, como una ley del Congreso, si no fundamenta expresa o implícitamente la legitimidad de esa norma a la luz de ciertos principios morales. En consecuencia, si se concibe a la Constitución, bajo un concepto normativo, como la expresión de esos principios morales que otorgan legitimidad a la creación de normas jurídicas de niveles inferiores, se debe concluir que “los jueces no pueden sino ejercer permanentemente un control de constitucionalidad”⁴⁷.

El razonamiento que plantea este destacado jurista argentino resulta, visto en la perspectiva actual, válido; empero la ubicación y el contexto histórico en que surge la sentencia de “*Marbury*”, resulta ser, ineludiblemente, la gran heurística jurídica de inaugurar el modelo del control constitucional de las leyes a través del Poder Judicial. En consecuencia, resulta ser a todas luces, una pieza de razonamiento que antecede a la actual teoría de la argumentación

(44) Loc. cit., p. 107.

(45) *Idem* *ibid*.

(46) Loc. cit., p. 110-111.

(47) *Idem* *ibid*., p. 111.

jurídica. Y es que Marshall no encontró más que una norma y, a partir de ella —la Constitución— afirmó un razonamiento práctico formidable. Marshall se encontró con un papel —la Constitución— y lo hizo poder. Se encontró con algo muerto y lo revistió de carne y hueso⁴⁸.

Se debe aclarar, por otro lado, que el preponderante rol de los magistrados americanos al momento de proteger los Derechos Fundamentales de las personas, no se van a valer expresamente de los valores fundamentales expresamente enmarcados en la Constitución⁴⁹. En efecto, el texto constitucional de los Estados Unidos no dice expresamente nada sobre el control judicial. Este control, en rigor y visto en perspectiva histórica, fue deducido implícitamente por el Juez John Marshall en la sentencia de Marbury.

En puridad, Marshall pergeña una sólida argumentación jurídica. Razonó que el Congreso le había otorgado las prerrogativas y facultades al Poder Judicial de resolver los conflictos sobre el significado y la aplicación de la ley. En consecuencia, los magistrados debían tener la facultad de decidir cuál era la ley aplicable.

Marshall llegó al razonamiento jurídico de que cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria, fruto de un Poder Constituido; y una Constitución, fruto de un Poder Constituyente, el juez debe preferir a la Constitución y desaplicar a la ley que acusa una manifiesta incompatibilidad con el comando mayor de la norma. En consecuencia, para que un juez americano tenga el poder de declarar inconstitucional una ley, el problema debe suscitarse en el curso de un proceso concreto (case or controversy) en la cual los litigantes afirmen sus pretensiones en conflicto, debiendo el Juez resolver la controversia identificando a la ley que debe resolver el caso.

La sentencia de Marshall en el caso de Marbury, hoy conocida también como el modelo de jurisdicción constitucional americana o difusa, ocurre, por otro lado, de acuerdo a las circunstancias del momento. Si atendiéramos a lo que precisa Fernández Sepúlveda, se podría abreviar la siguiente fórmula: iusnaturalismo puritano⁵⁰, más Revolución, más independencia, más Constitución, más Derecho de creación judicial, igual a judicial review⁵¹.

(48) SCHWARTZ, Bernard: “Los diez...”; p. 22.

(49) CLAVERO, Bartolomé: *Los Derechos y los Jueces*, Civitas, Madrid, 1988; p. 19-34; específicamente 19-20.

(50) APARISI MIRALLES, Angela: “Los Derechos Humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776”; en *Derechos Humanos. Concepto. Fundamentos. Sujetos* (Jesús Ballesteros, Edit.), Tecnos, 1992; Madrid, p. 224 y ss.

(51) FERNANDEZ SEPULVEDA, Angel: *Derecho Judicial y Justicia Constitucional*, op. cit. p. 73.

En esta perspectiva, no se le puede quitar filo a la aguda reflexión de Marshall respecto a la sentencia de Marbury, pues tiene todos los elementos de un razonamiento que en la actualidad sigue siendo impecable, pese a los diversos cuestionamientos como el que formula Nino y diversos académicos más. No es una simple alegoría que el gran exégeta de la Constitución Norteamericana, Bernard Schwartz—sin disputa, el primer administrativista norteamericano y, a la vez, el último gran comentarista de su Constitución— diga de Marshall:

“Todavía resurge la admiración cada vez que contemplamos de nuevo la obra de Marshall. El carácter magistral de sus opiniones, que marchan con la cadencia justa hacia la inevitable conclusión, jamás ha sido igualado, ni mucho menos mejorado, a lo largo de la historia judicial. Conclusión, claridad, elocuencia ... es el sello de Marshall que hizo irresistible sus opiniones al combinarse con lo que Edward S. Corwin ha llamado su ‘instinto del tigre por la yugular’, su rigurosa búsqueda de las consecuencias lógicas, su facilidad para plantear-resolver un caso, la ironía de su cuidado de lenguaje, la energía y el equilibrio de su estilo y el desarrollo in crescendo de su línea argumental. Son los suyos unos de los escasos textos jurídicos que pueden leerse y entenderse perfectamente, tanto por los juristas como por los profanos. Y todo ello procede de un hombre que no había estudiado formalmente ni Derecho ni Literatura. Si no estuviéramos absolutamente seguros de los datos históricos, dudaríamos de que un solo individuo hubiera podido escribir estas piezas maestras que proporcionaron el fundamento doctrinal de una gran nación, piezas maestras calificadas como tales por gente que además venera a este isabelino por su creación de uno de los mejores productos literarios de la lengua inglesa”⁵².

8. ALGUNAS CARACTERISTICAS DEL “JUDICIAL REVIEW”, A PARTIR DE LA SENTENCIA DE MARSHALL

La sentencia de Marbury vs. Madison de 1803, como se sabe, inicia formalmente el modelo de jurisdicción constitucional americano, en oposición al modelo europeo que se expresa en un órgano concentrado: el Tribunal Constitucional. Así, mientras el modelo “kelseniano”, “austríaco” o “europeo” es de carácter concentrado, en la medida en que existe un único órgano que ejerce jurisdicción constitucional; el modelo “americano” es de carácter “difuso”,

(52) SCHWARTZ, Bernard: “*Los diez ...*”; op. cit. p. 28-29.

en cuanto no se concentra en un sólo órgano jurisdiccional, pues cualquier juez, sin importar su jerarquía, puede resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. El modelo europeo es de carácter principal, toda vez que se plantea en vía de acción, a través de un juicio especial que es una acción de inconstitucionalidad de las leyes; en el modelo americano es de carácter “incidental”, porque los problemas de constitucionalidad no pueden plantearse en vía principal, sino en el seno de un proceso ordinario siempre y cuando las partes lo planteen, aunque también en algunos países adscritos al modelo americano, se plantea de oficio por el juzgador. En el modelo europeo los efectos de la sentencia es de carácter general o erga omnes; en el modelo americano, los efectos son de carácter especial y funciona para el caso concreto (inter partes). Esto, sin embargo, no siempre es así, pues llegado el caso, se puede presentar la situación del “stare decisis”. Veamos un poco más extenso este tema.

Normalmente, la revisión judicial se agota a casos concretos y tiene sólo efectos entre las partes en conflicto. Sin embargo, puede ocurrir que la decisión judicial sienta un precedente que resulte vinculante para todos aquellos tribunales que, en el futuro, se enfrenten a situaciones similares o idénticas. Aquí no sólo funciona respecto al resultado de la decisión, sino también al razonamiento mismo. “Así, la doctrina de stare decisis proyecta la decisión judicial inicial hacia el futuro, tanto en el tiempo como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean ampliaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso. Esta es una de las razones por las cuales los jueces americanos dedican tanto tiempo y energía a la descripción de su modo de razonar en sus elaboradas resoluciones judiciales. El propio razonamiento es una limitación significativa y una clave para la adopción de futuras posiciones judiciales. Sin duda alguna, la clave del éxito de la magistratura americana en los casos constitucionales, es el carácter vinculante de stare decisis, y el consiguiente proceso de búsqueda en casos pretéritos de un principio duradero que marque el camino hacia el futuro”⁵³. Por cierto, debe quedar aclarado que no siempre el juez americano debe encarrilar su razonamiento al precedente judicial. En rigor, stare decisis es solamente un

(53) NEUBORNE, Burt: *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*; op. cit., p. 57-58.

regla de decisión presumible. Los jueces americanos, en todo caso, pueden modificar —como así ocurre— el precedente anterior.

Por otro lado; y siguiendo aquí a Karl W. Deutsch, la sentencia que inaugurara Marshall; esto es, la facultad del poder judicial de determinar la constitucionalidad o no de la legislación y de los actos del ejecutivo, presentan en la actualidad cinco consecuencias principales. Primera, los tribunales deciden pacíficamente muchos conflictos políticos serios. Segunda, constituyen uno de los principales instrumentos de equilibrio en el sistema político estadounidense, al limitar el poder de las otras ramas del gobierno y al proteger a los individuos y a las minorías. Tercera, a menudo vuelven más lento el cambio, hasta que resulte aceptable para una gran mayoría del pueblo. Cuarta, en ocasiones, aceleran el cambio o imponen cambios inmediatos cuando fallan las otras ramas del gobierno. Quinta, los tribunales ofrecen en todos estos sentidos un canal de comunicación adicional entre el pueblo y gobierno, y un circuito de retroalimentación de largo plazo que le permite al sistema político dirigirse sólo⁵⁴.

(54) DEUTSCH, Karl W.: *Política y Gobierno*. Fondo de Cultura Económica (Trad. de E.L. Suárez); 1976, México, p. 326-327.

CLASICOS

Nadie ignora la importancia que en la historia del juicio constitucional norteamericano tiene la sentencia MARBURY vs.

MADISON.

Es fundamental en la doctrina del control jurisdiccional de la constitucionalidad y muchos de sus párrafos suelen encontrarse citados esporádicamente en la mayoría de las obras que estudian la materia. Sin embargo, no conocemos ninguna versión al castellano que contenga íntegra la opinión del Justicia Marshall. Por esta razón, hemos resuelto publicarla.

Brevemente expuestos, los antecedentes del caso fueron los siguientes: próximo a fenecer su período, el Presidente Adams designó determinado número de Jueces de Paz para el Distrito de Columbia y el Senado oportunamente ratificó los nombramientos. Entre los comisionados se encontraba Marbury, cuyo nombramiento, debidamente firmado por el Presidente y legalizado con el sello del Gobierno de los Estados Unidos, no le fue entregado. El Presidente Jefferson, sucesor de Adams, acordó con el Secretario de Estado Madison, que no se entregara el nombramiento al Juez Marbury, pues estimó que la designación sólo tenía el carácter de consumada e integrada mediante la entrega del documento que la contenía.

Madison promovió ante la Suprema Corte el mandamus que culminó en la "opinión" que se publica

SENTENCIA EN EL CASO MARBURY CONTRA MADISON, SEGÚN PROYECTO DEL PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, JOHN MARSHALL ¹.

En la sesión anterior, con vista de promociones que fueron presentadas al Secretario y leídas por él, se dictó un acuerdo en este caso, requiriendo al Secretario de Estado para que expresara las razones por las cuales no procede una orden de “mandamus”, que le ordenara a entregar a William Marbury su nombramiento como Juez de Paz al Condado de Washington en el Distrito de Columbia.

(1) La sentencia que tiene en manos el lector [1 *Cranch* 137 (1803)], es una de esas joyas de la literatura jurídica mundial. citada y comentada en todos los países del mundo occidental, y en forma por demás significativa, en aquellos que cuentan con una jurisdicción constitucional: que, por curioso que pueda parecer, no obstante su extremada importancia y valor documental para el Derecho Constitucional, y ahora en el Derecho Procesal Constitucional, rara vez el lector peruano la ha podido revisar en forma íntegra, en nuestra lengua nativa.

Existen fragmentos de ella, más o menos detallados, y normalmente circunscriptos a destacar el valor normativo de la Constitución, y su posición privilegiada en el sistema de fuentes formales del Derecho [En nuestro medio, fragmentos del *Leading Case Marbury vs. Madison*. fue publicada hace ya algún tiempo por Domingo García Belaunde, *El constitucionalismo peruano y sus problemas*, PUCP, Lima 1970, pág. 3.1.1.a-3.1.1.d y, más recientemente, pero siempre en forma incompleta, en la sección de “jurisprudencia” de *Lecturas sobre temas constitucionales*, CAJ, Lima 1988, pág. 99-107.]. Y, sin embargo, su virtualidad, lejos está de agotarse en el control judicial de constitucionalidad de las leyes, desde que en él subyacen una serie de tópicos como la doctrina de la *political questions*, los poderes implícitos e inherentes (Cfr. Jorge Aja Espil, *Constitución y Poder: Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Edit. Tea, Buenos Aires 1987), y en lo que al caso peruano pueda representar, al proceso de Cumplimiento [que en su variante americana, y con las distancias del caso, se asemejan en mucho al *Writ of Mandamus* (en cuya dilucidación se expidió esta sentencia)] y aún, en el razonamiento judicial empleado por el *Chief Justice* John Marshall: De él, en su momento, se llegó a afirmar, no sin razón, que: “Sus fallos están escritos con la lógica magistral que casi siempre convence al lector. Sencillos de estilo, se apoyan en una sabiduría impresionante y en un análisis exhaustivo. Tenía por costumbre empezar por dejar asentada su premisa mayor; después formulaba sus deducciones destruyendo todas las objeciones que pudieran hacerseles, y por último, enunciaba su conclusión, ampliamente apoyada en citas y ejemplos”.

Desde hace algún tiempo, entre una de nuestras curiosidades insatisfechas, estaba el de acceder a aquel texto, que sabíamos existía en versión castellana por la lectura que hicimos en su momento del trabajo de Allan C. Grant (*El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho de la UNAM, México 1963, pág. 32, nota. 8) así como por referencias

Ninguna razón ha sido expresada, y la promoción bajo consideración es una petición de mandamus. Lo muy delicado del presente caso, la novedad de algunas de sus circunstancias y la verdadera dificultad que rodea a los puntos que en él se sostienen, requiere una exposición completa de los principios sobre los cuales se basa esta sentencia de la Corte.

Estos principios han sido muy hábilmente expuestos en estrados por el peticionario. Al expresar la Corte su parecer, habrá algunos cambios de forma, aunque no de fondo, de los puntos señalados en dicha exposición.

del maestro Héctor Fix Zamudio y su discípulo Edgar Corzo Sosa, durante nuestra breve estancia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Marbury vs. Madison, en efecto, había sido publicada en la exquisita revista que dirigieran los juristas mexicanos Alfonso Noriega Jr., Jorge Gaxiola y Felipe Tena Ramírez, la *Revista Mexicana de Derecho Público* (Vol. I, N° 3, Enero-Marzo, México 1947, pág. 317-343, de donde la hemos tomado íntegramente para su reproducción aquí).

Creo que las razones para su publicación son obvias. Salvo el caso de los lectores mexicanos, que no obstante la fecha en que apareció dicho texto, con un poco de esmero podían acceder con relativa facilidad a él, lamentablemente para el grueso de lectores, su lectura era casi imposible, no sólo porque tal publicación difícilmente puede hallarse en bibliotecas públicas o privadas, sino porque es probable que la revista donde apareció por primera vez no circulara más allá de las fronteras de México: Por esas cosas que suceden normalmente con las revistas, que responden a la inquietud de almas entusiastas, y no tienen más apoyo que el que sus editores le puedan brindar, la *Mexicana de Derecho Público* no excedió de cinco números, que vieron la luz, todos ellos, en el último lustro de la primera mitad de siglo.

Encontrándonos pues, en la riquísima biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, hubiese sido tal vez una grave irresponsabilidad que no rescatásemos tal publicación. Inmediatamente nos asaltó la idea de publicarla en el Perú, dejando constancia del origen, ya que no del traductor, que no figura en el texto mexicano original. Quisimos pedir la autorización correspondiente a los editores, pero un consejo oportuno de Edgar Corzo Sosa, nos disuadió de llevarla adelante: De los directores de aquella revista, sólo el maestro Felipe Tena Ramírez vivía, pero no tenía mayor actividad académica. Ante tal circunstancia, no se nos ocurrió otra idea que la de anteponer a la sentencia, la breve nota explicativa que los miembros de la Redacción de *la Revista Mexicana de Derecho Público* hicieron en su momento respecto de la importancia y el contexto en que se dicta *Marbury vs. Madison*.

Ahora bien, no obstante la trascendencia de la sentencia, y de la obra del *Chief Justice* Jhon Marshall, cuya repercusión ciertamente ha influido en la evolución del constitucionalismo peruano, especialmente desde las primeras décadas de este siglo; entre nosotros no se han efectuado estudios monográficos dedicados al tema. Honrosas excepciones, aún cuando no respondan a la calidad de estudios monográficos, son los trabajos de José Merino Reyna ("La vida y la obra jurídica de Jhon Marshall", en *Revista del Foro*, N° 1, Ene-abr, Lima 1956, pág. 75-79) y el de José García Salazar ("John Marshall: vida y ejemplo de un gran juez", en *Estudios Jurídicos*, Año I, N° 1, Cuzco 1958, pág. 63-71), éste último una verdadera rareza, que me fuera proporcionado en vida por mi maestro Carlos Cuadros Villena.

Las circunstancias políticas que rodean la expedición de esta sentencia, es un asunto que puede revisarse en general en cualquier texto Cfr. Bernard Schwartz, *A History of the Suprema*

En el orden en que esta Corte ha estudiado el caso, las siguientes cuestiones han sido consideradas y resueltas:

1°- ¿Tiene el promovente derecho al nombramiento que solicita?

2°- Si tiene tal derecho y ese derecho le ha sido negado ¿Las leyes de su país le ofrecen un remedio?

3°- Si le ofrecen tal remedio, ¿ese remedio es un mandamus que expida esta Corte?

Court, Oxford University Press, 1995. En forma específica, Cfr. Jacques Lambert, “Los orígenes del control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales en los Estados Unidos: Marbury vs Madison”, en *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Quinta época, N° 4, México 1966, pág. 49-88; Manuel Gonzales Oropeza, “Marbury v. Madison: La política en la Justicia”, en AA.VV. *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, T. 1, UNAM, México 1988, pág. 315 y sgtes; Donald Odell, *Marshall versus Jefferson: The Political Background of Marbury vs Madison*, Yale University Press, 1988.

Para la trascendencia de la sentencia, así como los efectos de la institucionalización de la *Judicial Review* en los Estados Unidos, Cfr. el clásico libro de Charles Austin Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, The Macmillan Company, New York 1912 y de Edward Corwin, *Doctrine of Judicial Review*, Princeton University Press 1914 (hay posteriores ediciones, la última de 1985); Charles Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the construction of America*, University Press of Kansas, 1996 (cuya portada contiene el retrato de Marshall); Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the construction of America*, Yale University Press, 1997; Silvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990; Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, 1991; David Devillers, *Marbury v. Madison: Powers of the Supreme Court (Landmark Supreme Court Cases)*, Enslow Publishers, 1998.

Para los antecedentes del control difuso de constitucionalidad, anteriores a la expedición del *Leading Case Marbury vs. Madison*. Cfr. Edward Corwin, “The ‘Higher Law’ background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, pág. 149 y ss. y 365 y ss. Shannon C. Stimson, *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton University Press, 1990.

Sobre John Marshall, la bibliografía en inglés es impresionante. La considerada como clásica según los especialistas es la de Albert J. Beveridge, *The Life of Jhon Marshall*, 4 vols, Boston 1916-1919 (hay edición posterior, en 2 tomos, por Cherokee Publications, 1990); Barbara Silberdick Freinberg, *John Marshall: The Great Chief Justice (Justices of the Supreme Court)*, Enslow Publishers, 1995. Bernard Schwartz, *Algunos artifices del Derecho Norteamericano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989; Idem, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Edit. Civitas, Madrid 1990.

Finalmente, debemos indicar que el retrato de John Marshall, que antecede al *Leading Clase Marbury vs. Madison*, ha sido tomado directamente del libro de Nicholas Murray Butler, *Los constructores de los Estados Unidos*, Carasa y Cía, La Habana 1933, pág. 172-a.

(EDGAR CARPIO MARCOS).

El primer objeto de nuestro estudio es: ¿tiene el promovente derecho al nombramiento que solicita?

Su derecho emana de una ley del Congreso, expedida en febrero de 1801, con relación al Distrito de Columbia.

Después de dividir al Distrito en dos Condados, el artículo 11 de esta ley ordena que “ se nombrarán dentro de cada Condado, un número de personas de discreción, para que sean Jueces de Paz, número que deberá ser fijado de vez en cuando por el Presidente de los Estados Unidos, según él estime útil, y quienes han de permanecer en sus puestos por un período de cinco años”.

Aparece de las declaraciones juramentadas, que en cumplimiento de esta ley, se firmó, por John Adams, entonces Presidente de los Estados Unidos, el nombramiento en favor de William Marbury como Juez de Paz para el Condado de Washington; después de lo cual se fijó a dicho nombramiento el sello de los Estados Unidos; pero tal nombramiento nunca se entregó a la persona en favor de quien fue expedido.

Para dictaminar si tiene derecho a este documento, es necesario averiguar si verdaderamente ha sido nombrado para el puesto. Pues si se considera nombrado, la ley ordena que siga en funciones durante cinco años y tiene derecho a poseer las pruebas de su derecho al puesto, las cuales, desde que quedan perfeccionadas, se convierten en bienes de su propiedad.

La fracción II del artículo 2º de la Constitución, declara que “ El Presidente postulará, y previo consejo y consentimiento del Senado, nombrará Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules y todos los demás empleados de los Estados Unidos, cuyos nombramientos no estén sujetos a reglas especiales”.

La fracción III ordena que el Presidente “ extenderá los nombramientos de todos los empleados de los Estados Unidos”.

Una ley del Congreso ordena al Secretario de Estado que “guarde el sello de los Estados Unidos; que redacte, registre y fije dicho sello a todos los nombramientos de empleados de los Estados Unidos, que sean nombrados por el Presidente con consentimiento del Senado o por el Presidente solo; estipulándose que dicho sello no se fijará a ningún nombramiento antes de que éste no haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos”.

Estos son los preceptos de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos que afectan a este aspecto del asunto. Aparentemente prevén tres actos distintos:

1º la postulación. Este es un acto exclusivo del Presidente y completamente voluntario para él.

2º- El nombramiento. Este también es acto del Presidente y también es acto de su voluntad, pero no puede ejecutarse sin el consejo y consentimiento del Senado.

3º- El nombramiento escrito. El extender un nombramiento escrito a la persona nombrada podría, quizás, estimarse como una obligación impuesta por la Constitución. “Deberá - dice dicha Ley- extender los nombramientos de los empleados de los Estados Unidos”.

Este acto de nombrar a un puesto y de extender el nombramiento a la persona nombrada, no puede considerarse como un sólo acto; pues la potestad para ejecutarlos se da en dos preceptos distintos de la Constitución. La distinción entre el nombramiento y el documento que lo acredita, se hace más clara al estudiar las palabras de la fracción II del artículo 2º de la Constitución, que autorizan al Congreso “para otorgar mediante leyes, el derecho de nombrar a los empleados inferiores que juzgue conveniente, en manos del Presidente, de los Tribunales y de los Jefes de Departamento; “así previendo los casos en que la ley, puede ordenar al Presidente que expida el nombramiento de un empleado nombrado por los tribunales o por los jefes de departamento. En tales casos, el expedir el nombramiento es patentemente un deber distinto del acto de nombrar, cuya ejecución quizás no podría ser legalmente exigible.

Aunquela cláusula de la Constitución que ordena al Presidente a extender los nombramientos de los empleados de los Estados Unidos nunca haya sido aplicada a empleados nombrados por personas otras que el Presidente mismo, sin embargo sería muy difícil negar al Poder Legislativo el derecho de imponer tal obligación. En consecuencia, la distinción constitucional entre el nombramiento de un puesto y el documento que acredita que un empleado ha sido nombrado, sigue existiendo como si en la práctica el Presidente hubiera extendido los nombramientos a empleados nombrados por una autoridad distinta que la suya propia.

Es consecuencia también de la existencia de esta distinción, que si un nombramiento ha de ser comprobado por un documento público distinto del expedido por el Presidente, el otorgamiento mismo de ese documento daría su carácter de tal al funcionario; y si éste no fuere de los que el Presidente puede remover libremente, tal documento le daría derecho a su nombramiento escrito o lo habilitaría para desempeñar sus funciones aún sin él.

Estas observaciones se hacen únicamente con el objeto de hacer más inteligibles las consideraciones que son más directamente aplicables al caso particular bajo consideración.

Este es un nombramiento hecho por el Presidente con el consejo y

consentimiento del Senado y no está comprobado por ningún otro documento que aquél en que se hace constar el nombramiento mismo. En tal caso se ve que el nombramiento por escrito y el acto de nombrar, aparecen inseparables; siendo casi imposible comprobar el hecho del nombramiento en forma distinta que mediante la comprobación de la existencia del nombramiento escrito. Sin embargo, el nombramiento escrito no es el nombramiento mismo, aunque es prueba plena de él. Pero, ¿en qué momento llega a constituirse esta prueba plena? La contestación a esta pregunta aparece patente. El acto mismo del nombramiento, siendo un acto del Presidente, queda plenamente comprobado cuando se demuestra que ha hecho todo aquello que debió haber sido ejecutado por él.

El último acto que debería hacer el Presidente es la firma del consentimiento escrito. Entonces es cuando ya ha obrado bajo el consejo y con el consentimiento del Senado después de la postulación.

El momento de deliberación ha pasado. El Presidente ya ha decidido. Su juicio, una vez que el consejo y el consentimiento del Senado han aprobado a su candidato, ha sido rendido y el empleado ya está nombrado. Este nombramiento queda patentizado por un acto abierto e inequívoco, y siendo este el último acto que se requiere de la persona que hace el nombramiento, necesariamente excluye la idea de que dicho nombramiento sea un negocio aún no terminado.

Tiene que haber un punto en el tiempo, que marque el momento en que el poder del Ejecutivo sobre un empleado que no puede remover a su arbitrio, cesa. Este momento tiene que ser aquel en que el poder constitucional de nombrar ha quedado ejercitado. Y este poder ha sido ejercitado cuando el último acto que se requiere de la persona que tiene el poder, ha sido ejecutado. Este último acto es la firma del nombramiento escrito. Esta idea parece haber prevalecido en el Congreso, cuando aprobó el decreto que convirtió al Departamento de Asuntos Exteriores, en Departamento de Estado. Mediante ese decreto, se estableció que el Secretario de Estado guardará el sello de los Estados Unidos, “y redactará y registrará y fijará dicho sello a todos los nombramientos de empleados civiles de los Estados Unidos nombrados por el Presidente”; “Se ordena que dicho sello no se fijará a ningún nombramiento, antes de que éste haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos; ni se fijará en ningún otro instrumento o documento sin una orden expresa del Presidente para ello”.

La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello al nombramiento escrito; y el gran sello sólo se le fija a un documento que ya esté

completo. Da fe, por un acto que se supone que es de notoriedad pública, de la autenticidad de la firma presidencial.

Nunca deberá ser fijado a un nombramiento que no esté firmado, porque la firma que da fuerza y efecto legal al nombramiento escrito, es la prueba contundente de que el nombramiento ha sido hecho.

La obligación inmediata del Secretario de Estado queda fijada por la ley y no puede ser derogada por el arbitrio del Presidente. El Secretario debe fijar el sello de los Estados Unidos al nombramiento escrito y lo debe registrar. Este no es un procedimiento que pueda variarse a juicio del ejecutivo, sino que es un acontecimiento preciso, establecido por la ley en forma indubitable y que debe ser cumplido estrictamente. Es deber del Secretario de Estado, ajustarse a la ley y a este respecto es un empleado de los Estados Unidos obligado a obedecer a las leyes. Obra, en este respecto, como muy propiamente se ha dicho en los estrados, bajo la autoridad de la ley y no por instrucciones del Presidente. Este es un acto ministerial que la ley ordena a determinado funcionario público, con una finalidad determinada.

Si se supusiera que la solemnidad de la fijación del sello es necesaria no sólo para la validez del nombramiento escrito, sino para completar el hecho del nombramiento mismo, aun entonces, cuando el sello se fija, el nombramiento está hecho y el nombramiento escrito es válido. Ninguna otra solemnidad se requiere por la ley; ningún otro acto debe ser ejecutado por parte del Gobierno. Todo lo que el Ejecutivo puede hacer, para investir a la persona con su puesto, ha sido hecho. Y si para entonces no ha quedado perfecto el nombramiento, nunca podrá llegar el Ejecutivo a nombrar a nadie.

Después de una búsqueda minuciosa de principios sobre los cuales se podría basar una opinión en contrario, no se ha encontrado ninguno que aparezca de suficiente validez para sostener una doctrina opuesta.

Todos aquellos que la imaginación de la Corte pudo sugerir, han sido examinados puntualmente y después de permitirles todo el peso que aparece posible darles, no han logrado alterar la opinión formada.

Al considerar esta cuestión se ha hecho la conjetura de que el nombramiento escrito puede asemejarse a un título de propiedad raíz, para la validez del cual el acto de entrega es esencial. (Principio del Common Law). Esta idea se funda en la suposición de que el nombramiento escrito no es únicamente prueba de la existencia del nombramiento, sino que es, en sí mismo, el nombramiento mismo; una suposición que no es del todo incuestionable. Pero para examinar esta objeción equitativamente, concedamos que el principio en que se basa para sostenerla ha quedado establecido.

Ya que el nombramiento, según la Constitución, ha de ser hecho por el Presidente, personalmente, entonces la entrega de la escritura de nombramiento, si ésta es necesaria para que el nombramiento quede completo, también tiene que ser hecha por el Presidente. No es necesario que la entrega del documento se haga personalmente al nombrado para el puesto; nunca se hace así. La ley, al parecer, supone que la entrega se hará al Secretario de Estado, pues ordena a éste que fije el sello al nombramiento escrito después de que ha sido firmado por el Presidente. Si, pues, el acto de entrega es necesario para darle validez al nombramiento escrito, éste ha sido entregado cuando se ha firmado y se ha entregado al Secretario para su sello, registro y envío a la persona interesada.

Pero en todos los casos la ley requiere ciertas solemnidades que son prueba de la validez del instrumento. Una entrega formal a la persona no está entre tales solemnidades. En el caso de nombramientos, la firma autógrafa del Presidente y el sello de los Estados Unidos, constituyen esas solemnidades. La objeción bajo estudio, no afecta, pues, al caso.

También se nos ha ocurrido como posible, aunque muy poco probable, que la entrega del nombramiento escrito y la aceptación del mismo, puede estimarse necesaria para completar los derechos del actor en este caso.

La entrega del nombramiento escrito es una práctica derivada de la conveniencia, mas no fundada en ley. No puede, pues, ser parte esencial del nombramiento, el cual tiene que ser su antecedente y es un acto exclusivo del Presidente. Si el Ejecutivo insistiere en que toda persona nombrada para un puesto público, tuviere que gestionar la expedición de su nombramiento escrito, el nombramiento no dejaría de ser válido por esa razón. El nombramiento es un acto exclusivo del Presidente; la entrega del nombramiento escrito es un acto de aquel empleado a quien dicha obligación ha sido asignada y puede ser acelerada o retardada por circunstancias que no pueden tener nada que ver con el nombramiento mismo. Un nombramiento escrito se le entrega a una persona que ya ha sido nombrada y nunca a una persona que puede llegar a ser nombrada o no, pues si el nombramiento escrito se depositara en el correo, podría llegarle o perderse.

Podría ser útil para la claridad de este punto, el preguntarse si la posesión del nombramiento escrito original, es indispensablemente necesaria para autorizar a una persona nombrada a un puesto público, para que ejecute las labores de su puesto. Si fuere necesaria, entonces la pérdida del nombramiento escrito equivaldría a pérdida de puesto. No sólo por negligencia, sino por accidente o por fraude, por incendio o por robo, se podría privar a una persona, de su puesto público. En un caso de esta naturaleza yo creo que no puede dudarse que una

copia del registro expedida por el Secretario de Estado, sería desde cualquier punto de vista, igual al original. El decreto del Congreso lo estableció así expresamente. Para darle a esa copia validez, no sería necesario comprobar que el original había sido entregado y después perdido. La copia sería prueba de que el original había existido y de que el nombramiento se había hecho, pero no de que el nombramiento escrito original se hubiere entregado al nombrado. Aun más si apareciese que el original se hubiere traspapelado en la oficina del Departamento de Estado, esa circunstancia no operaría sobre la validez de la copia. Cuando todos los requisitos que autorizan a un empleado registrador a registrar un documento de cualquier naturaleza, han sido cumplidos y cuando se ha expedido la orden con ese fin, el instrumento, de acuerdo con la ley, se considera como registrado, aun si la labor manual de su inscripción en un libro que se guarda para ese efecto, no se hubiese hecho.

En el caso de nombramientos escritos, la ley ordena que el Secretario de Estado los registre. Así, pues, cuando quedan firmados y sellados, la orden de que se registre ya fue dada, o insértese o no en el libro, legalmente ha quedado hecho el registro.

Una copia de este registro se declara igual al original y los derechos que debe pagar la persona que solicita la copia, están fijados por la ley. ¿Puede acaso el encargado de un registro público, borrar de él un nombramiento que ha sido registrado? o ¿puede rehusar una copia a la persona que la pide, fundando su petición en ley? Una copia de esta naturaleza, al igual que el original autorizaría al Juez de Paz para proceder al cumplimiento de sus deberes, puesto que al igual que el original, daría fe de su nombramiento.

Si la transmisión del nombramiento escrito no se considera necesaria para darle validez al nombramiento, mucho menos puede considerarse la aceptación. El nombramiento es un acto exclusivo del Presidente; la aceptación es un acto exclusivo del empleado y el sentido común indica que tiene que ser posterior al documento. Como puede renunciar, puede rehusarse a aceptar; pero ni la renuncia ni el hecho de rehusarse a aceptar, son capaces de hacer inexistente el nombramiento.

Que el Gobierno entienda así las cosas, es aparente, por su conducta misma.

Un nombramiento escrito tiene fecha y el sueldo del empleado comienza desde el momento de su nombramiento, no desde el momento en que se le haga entrega o en el que él haya aceptado el nombramiento escrito. Cuando una persona nombrada para un puesto, se rehusa a aceptarlo, se designa un sucesor en lugar de la persona que se rehusó a aceptar y no en lugar de la persona que

desempeñaba con anterioridad el puesto y que creó la vacante original.

Así pues, es decididamente la opinión de esta Corte, que cuando un nombramiento escrito ha sido firmado por el Presidente, el nombramiento ha quedado perfeccionado; y que el nombramiento escrito es perfecto cuando el sello de los Estados Unidos queda fijado al documento por el Secretario de Estado.

Cuando un empleado puede ser removido el arbitrio del Ejecutivo el hecho de que su nombramiento quede perfeccionado no tiene importancia; pues el acto es revocable en cualquier tiempo; y el nombramiento escrito puede ser detenido si todavía está en la oficina. Pero cuando el empleado no es removible al arbitrio del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable y no puede ser anulado. Ha conferido derechos legales que no pueden ser retirados. La discreción del Ejecutivo se ejercita hasta el momento en que se hace el nombramiento; pero una vez hecho el nombramiento, su poder con relación al puesto ha terminado en todos los casos en que, por ley, el empleado no es removible a su arbitrio. El derecho al puesto desde entonces, pertenece a la persona nombrada y él mantiene el poder absoluto e incondicional de aceptarlo o de rehusarlo.

El señor Marbury, pues, desde que su nombramiento fue firmado por el Presidente y sellado por el Secretario de Estado, quedó nombrado; y como la ley que creó el puesto, le da al empleado el derecho a permanecer en funciones durante cinco años, independientemente del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable, sino que dio derechos legales al empleado, que están protegidos por la ley de su país.

El retener su nombramiento escrito es, pues, un acto que esta Corte estima que no está fundado en ley, sino que es violatorio de derechos legales adquiridos.

Esto nos trae a la segunda pregunta que es: Si tiene tal derecho y ese derecho ha sido violado, ¿las leyes de su país le ofrecen un remedio?

La quintaesencia de la libertad civil de seguro consiste en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes siempre que recibe una injuria. Uno de los deberes primordiales del gobierno es el otorgarle tal protección. En la Gran Bretaña el Rey mismo es demandado en forma respetuosa de una petition, y nunca deja de cumplir con la sentencia del tribunal.

En el tomo III de sus “Comentarios”, pág. 23, Blackstone cita dos casos en que se da el recurso “*ipso jure*”.

“En todos los otros casos”, dice, “es regla general e indisputable, que donde quiera que hay un derecho legal, también hay defensa de ese derecho mediante juicio o acción siempre que el derecho es invadido”.

Y posteriormente, en la pág. 109 del mismo tomo, dice: “Entro en la consideración de cuáles son las injurias que dan acción ante los tribunales del Common Law. Y en esto, por lo pronto sólo apuntaré que toda clase de injurias posibles, que no caen dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales eclesiásticos, militares o marítimos, quedan, por esa misma razón, dentro de la jurisdicción de los tribunales de justicia de Common Law; pues es un principio fijo e invariable de las leyes de Inglaterra, que todo derecho cuando se veja, tiene que tener un recurso y que toda injuria debe tener su remedio”.

Al Gobierno de los Estados Unidos se le ha llamado enfáticamente, un Gobierno de derecho y no un gobierno de hombres. Indudablemente dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgaran un remedio contra la violación de todo derecho legal adquirido.

Si este baldón ha de ser arrojado sobre la jurisprudencia de nuestra patria, tendría necesariamente que surgir de una característica peculiar del caso. Nos es pues necesario indagar si en el caso a estudio hay algún ingrediente que dé motivo a eximirlo de que sea investigado judicialmente, o que prive a la parte dañada del remedio legal. Al perseguir esta investigación, la primera cuestión que se presenta es la de si este caso puede ser clasificado entre aquellos que caen bajo la descripción de *Damnum absque injuria*, de un juicio sin violación de ley. Esta clase de casos nunca se ha considerado que incluya, y nunca podrá ser considerado que incluya puestos de confianza, de honra ni de provecho. El puesto de juez de paz en el Distrito de Columbia, es un puesto de esta naturaleza; es pues digno de la protección y de la vigilancia de las leyes. Ha recibido tal atención y vigilancia. Ha sido creado por una ley del Congreso y su desempeño ha sido asegurado, en tanto cuanto las leyes pueden dar seguridad a la persona nombrada para desempeñarlo, por un término de cinco años. No es pues por falta de valor de la cosa, que se persigue, que la persona injuriada en este caso, pueda decirse que queda sin recurso legal.

¿Estará en la naturaleza del acto la razón por la cual se puede negar el remedio? ¿Acaso el hecho de entregar o no entregar el nombramiento escrito, debe ser considerado como un acto de política que pertenezca exclusivamente al Ejecutivo y para el cumplimiento del cual plena confianza ha sido otorgada por nuestra Constitución en el Jefe del Ejecutivo? con relación a su incumplimiento el perjudicado no tiene recurso? Que existan casos de esta naturaleza, no está sujeto a dudas; pero que todo acto o deber que debe ser cumplido por cualquiera de los grandes Departamentos del Gobierno, está revestido de esta naturaleza, no puede ser admitido.

Conforme a la ley sobre inválidos, aprobada en julio de 1794 (Tomo III,

pág. 112), al Secretario de Guerra se le ordena que ponga en la lista de pensiones a todas las personas cuyos nombres se encuentran incluidos en una lista que con anterioridad fue presentada por dicho funcionario al Congreso.

Si se rehusare a cumplir ¿quedaría sin recurso el veterano mutilado? ¿Se va a sostener que cuando la ley en términos precisos ordena la ejecución de un acto en que un individuo está interesado, la misma ley es incapaz de asegurar la obediencia a su propio mandato? ¿Acaso se debe esto al puesto que desempeña la persona contra la cual se endereza la queja? ¿Se va a sostener que los Jefes de Departamento quedan fuera de las leyes de su propio país? Cualquiera que haya sido la práctica en casos especiales, en teoría este principio nunca podrá ser sostenido. Ninguna ley el Congreso se confiere privilegio tan extraordinario ni podrá encontrarse su base en las doctrinas del Common Law. Después de afirmar que la injuria personal cometida por el Rey contra un sujeto se presume imposible, Blackstone, (Tomo III Pág. 275) dice: “ Pero las injurias a los derechos de propiedad es casi imposible que puedan ser cometidas por la Corona sin la intervención de sus funcionarios, con relación a quienes la ley, en materias de derecho, no tienen ningún respeto ni delicadeza, sino que más bien al contrario, otorga varias medidas para esclarecer los errores y los incumplimientos de deberes de aquellas personas por conducto de las cuales el Rey ha sido engañado o inducido a cometer una injuria transitoria”.

Por Ley aprobada en 1796, que autoriza la venta de los terrenos situados arriba de la desembocadura del Río Kentucky, (Tomo III pág. 299), el comprador, mediante el pago del precio, adquiere pleno dominio sobre la propiedad comprada y con mostrarle al Secretario de Estado el recibo del Tesoro y conseguida la certificación de aquél, según lo requiere la ley, se autoriza al Presidente de los Estados Unidos a que le extienda su título. Además se prevé que todos los títulos llevarán la contrafirma del Secretario de Estado y se registrarán en su oficina. Si el Secretario de Estado se negare a entregar este título, o si dicho título llegare a perderse, ¿el Secretario podría rehusarse a expedir una copia de él? ¿ Puede imaginarse que la ley no da recurso a la parte perjudicada? No creemos que haya persona alguna que pudiera sostener tal absurdo. Se sigue, pues, que la cuestión de sí la legalidad de un acto del titular de una Secretaría, puede ser motivo de controversia ante los tribunales o no, tiene que resolverse siempre según la naturaleza del acto. Si algunos actos pueden ser revisados por los tribunales y otros no, tiene que haber alguna regla de derecho que guíe al tribunal en el ejercicio de su jurisdicción. En algunos casos, puede haber dificultad al aplicar una regla al caso particular; pero no se crea que se tropieza con grandes dificultades para establecer la regla.

Según la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente queda investido con ciertos poderes políticos de importancia, en el ejercicio de los cuales ha de usar su propia discreción y sólo es responsable ante su pueblo en su carácter político y ante su propia conciencia. Para auxiliarle en el cumplimiento de estos deberes, se le ha autorizado que nombre ciertos funcionarios que obren bajo su autoridad y conforme a sus instrucciones.

En tales casos, los actos de ellos son actos de él, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre el modo que se ha utilizado la discreción ejecutiva, no existe ni puede existir poder alguno que controle tal discreción. Los objetos de ella son políticos. Se refieren a la Nación, no a derechos individuales; y estando encargado de ellos el Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es definitiva. La aplicación de lo anterior puede percibirse al referirlo a la ley del Congreso que establece el Departamento de Negocios Extranjeros. El titular, según quedaron establecidas sus obligaciones por dicha ley, tendrá que sujetarse en todo a la voluntad del Presidente. Es meramente el órgano mediante el cual dicha voluntad se hace patente. Los actos de dicho funcionario como tal, nunca pueden ser revisados por los tribunales. Pero cuando el Congreso impone al mismo funcionario otros deberes; cuando se le ordena perentoriamente la ejecución de ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de tales actos, ejercita en esos casos funciones establecidas por ley, y es responsable ante esa ley, de su conducta; y no puede a su arbitrio pisotear los derechos de otros. La conclusión del anterior razonamiento es que cuando los Jefes de Departamento son agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo, meros ejecutores de la voluntad del Presidente o más bien personas que obran en los casos en que el Ejecutivo posee una discreción constitucional o legal, nada puede ser más claro que el que sus actos sólo son revisables políticamente. Pero cuando la ley les fija un deber específico y hay derechos individuales dependientes del cumplimiento de ese deber, parece quedar igualmente claro que el individuo que se considera perjudicado, tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para remediar su situación.

Si tal es la regla, veamos cómo se aplica al caso que la Corte viene considerando.

La facultad de presentar candidatos al Senado y la facultad de nombrar a la persona aceptada, son poderes políticos, que se ejercitan por el Presidente, sujetos a su propia discreción. Cuando ha hecho el nombramiento, ha ejercitado todo su poder y su discreción ha quedado agotada en el caso. Si, de acuerdo con la ley, el funcionario puede ser removido al arbitrio presidencial, entonces se puede hacer un nuevo nombramiento y los derechos de tal funcionario han

cesado; pero como un hecho que ya ha existido no puede dejar de existir, el nombramiento no puede ser aniquilado y en consecuencia, si el funcionario no puede ser removido al arbitrio del Presidente, los derechos que ha adquirido quedan protegidos por la ley y no pueden ser reasumidos por el Presidente. No pueden ser extinguidos por la autoridad Ejecutiva y el funcionario tiene el privilegio de hacerlos valer en forma idéntica que si los hubiera adquirido de cualquier otra fuente.

La cuestión de si un derecho ha quedado adquirido o no, es, por su naturaleza, una cuestión jurídica y tiene que quedar sometida a la autoridad judicial. Si por ejemplo, el Sr. Marbury hubiere tomado el juramento como Magistrado y hubiera comenzado a desempeñar sus funciones, a consecuencia de las cuales se le hubiera demandado y su defensa consistiera en que realmente era Magistrado, la validez de su nombramiento tendría que ser determinada por el tribunal ante quien se le demandara.

Así, si él estima que, en virtud de su nombramiento, tiene derecho legal a que se le entregue el nombramiento escrito que ya ha sido firmado, o una copia de tal nombramiento escrito, ésta también es cuestión que puede examinar un tribunal y la decisión del tribunal sobre el punto, tiene que depender de la opinión del tribunal sobre la validez de su nombramiento. La cuestión de tal validez ya ha sido discutida y la opinión es que el momento más próximo en que se puede considerar que quedó perfeccionado el nombramiento, fue el momento en que, después de la firma del Presidente, el sello de los Estados Unidos quedó fijado al nombramiento escrito.

Es, por consiguiente, opinión de la Corte:

1º- Que al quedar firmado el nombramiento escrito del señor Marbury, el Presidente de los Estados Unidos lo nombró Juez de Paz para el Condado de Washington en el Distrito de Columbia y que el sello de los Estados Unidos que se fijó a ese documento por el Secretario de Estado, hace prueba perfecta de la autenticidad de la firma y de que el nombramiento quedó hecho; y que dicho nombramiento le confiere el derecho legal al puesto por el término de cinco años.

2º- Que teniendo como tiene, título legal al puesto, tiene por consiguiente derecho a la tenencia de su nombramiento escrito; y que el rehusarse a entregárselo es una clara violación de tal derecho, contra la cual las leyes de su país le dan un remedio eficaz.

Réstanos considerar si tiene derecho al recurso que solicita. La solución de esto depende: primero, de la naturaleza del recurso que ha hecho valer; segundo, de los poderes de ese tribunal.

1º- Naturaleza del recurso.

Blackstone, en el tercer tomo de sus “Comentarios” pág. 110, define al “Mandamus” como un mandamiento que se expide a nombre del Rey por el Tribunal de la Banca del Rey y que se dirige a cualquier persona física o moral, a cualquier tribunal inferior dentro de los dominios del Rey, requiriéndoles a hacer una cosa cierta especificada en dicho mandamiento, que se refiera al desempeño de sus funciones u obligaciones, y que la Corte de la Banca del Rey ya ha determinado previamente que está de acuerdo con el derecho y con la justicia o cuando menos, que dicha Corte estima que lo está. Lord Mansfield, en el caso del Rey contra Baker y otros (3 Burrows Reports 1266), enumera con mucha precisión y exactitud, los casos en que el “mandamus” puede darse.

“En todos los casos –dice este muy hábil Juez- en que existe derecho a la ejecución de una función, al otorgamiento de un servicio, al ejercicio de una franquicia (y más particularmente en materia que concierne al bien público o que aprovecha a particulares), y a una persona se le impide al ejercicio o se le desposee de tal derecho y no tiene un recurso legal específico, este tribunal debe remediar su situación por medio de “mandamus”, por razones de justicia, según la propia redacción de la sentencia y por razones de orden público para conservar la paz, el orden y el buen gobierno”.

En el mismo caso dice también: “El “mandamus” debe ser utilizado en todos los casos en que la ley no ha establecido un recurso específico y en que tanto en justicia como para el buen gobierno, debe haber un remedio”.

Además de las autoridades que se citan, los abogados del quejoso citan muchas otras que vienen a indicar hasta qué punto la práctica se ha conformado con las doctrinas generales que acaban de citarse.

Este “mandamus”, si se otorga, sería dirigido a un funcionario del Gobierno y su mandamiento al tal funcionario, sería, para usar las palabras de Blackstone “que ejecute un acto cierto específico, que es de su competencia y su deber y que el tribunal ha determinado que es conforme al derecho y a la justicia”.

O, en las palabras de Lord Mansfield el solicitante en este caso, tiene derecho a ejecutar actos que conciernen al bien público y se le ha negado el ejercicio de tal derecho. Las circunstancias anteriormente anotadas, seguramente que existen en el presente caso.

Sin embargo, para que el “mandamus” sea el recurso legal apropiado, el funcionario contra el cual ha de expedirse, debe ser uno de aquellos contra quienes, de acuerdo con los principios de ley, tal “mandamus” puede ser expedido; y la persona que lo pide tendrá que estar privada de otro recurso legal.

Con relación al funcionario contra quien se dirigió; la relación política íntima que existe entre el Presidente de los Estados Unidos y los jefes de los Departamentos, necesariamente hace que la investigación judicial de los actos de cualquiera de estos altos funcionarios, sea tan molesta cuanto delicada y ha de surgir cierta vacilación con respecto de la propiedad de emprender tal investigación. A menudo se reciben impresiones sin gran reflexión o examen, y no es de sorprender que en casos de esta naturaleza, lo aseverado por el individuo sobre sus reclamaciones ante un tribunal de justicia, con relación a las cuales pretende que es obligación del tribunal protegerlo, a primera vista se consideren, por algunas personas como una intención de inmiscuirse dentro del Gabinete y de mezclarse en las prerrogativas del Ejecutivo.

No necesita esta Corte declarar que nunca ha pretendido tener una jurisdicción de tal naturaleza. Una extravagancia tan excesiva, no podría ni siquiera ser considerada. La competencia de la Corte es sólo para decidir sobre derechos de los individuos y no el indicar la forma en que el Ejecutivo o los funcionarios del Ejecutivo deben cumplir con deberes en que tienen discreción. Las cuestiones que de su propia naturaleza son políticas o que por la Constitución o las leyes quedan sometidas al Ejecutivo, nunca pueden ventilarse en esta Corte.

Pero si esta no es una cuestión de tal naturaleza; si lejos de ser una intromisión en los secretos del Gabinete, se relaciona con un documento que de acuerdo con la ley ya está registrado, y con la copia de dicho documento a la que la ley da derecho mediante el pago de diez centésimos; si no se está inmiscuyendo en una materia sobre la cual se puede considerar que el Ejecutivo tenga control alguno, ¿en qué puede influir el muy alto puesto de funcionario para excluir al ciudadano de demandar ante una Corte de Justicia, sus derechos legales y cómo puede prohibírsele a la Corte el escucharlo legalmente y el expedir un “mandamus” que ordene el cumplimiento de un deber que no depende de la discreción del Ejecutivo, sino de leyes expedidas por el Congreso y de los principios generales de derecho?

Si alguno de los Jefes de Departamento comete un acto ilegal, - solapando dentro de su puesto-, por medio del cual a un individuo se le causa una injuria, no puede pretenderse que su puesto, por sí solo, lo exime de ser demandado dentro del procedimiento legal ordinario y de que pueda ser compelido a obedecer la sentencia de tribunal. Entonces, ¿cómo podrá su puesto eximirlo de que en esta misma forma se decida sobre legalidad de su conducta, si el caso es uno en que si fuere cualquier otro individuo el demandado, el procedimiento sería el adecuado?

No es por el puesto de la persona contra quien se dirige un “mandamus”, sino por la naturaleza de la cosa, del acto que debe ejecutarse, que la propiedad o impropiedad de su expedición debe determinarse. Cuando el Jefe, de un Departamento obra en un caso en que la discreción Ejecutiva debe ejercitarse, en que es meramente un órgano de la voluntad Ejecutiva, volvemos a repetir que cualquier petición a un tribunal para que controle en cualquier forma su conducta, se rechazaría sin vacilación.

Pero cuando ordena la ley ejecutar cierto acto que se refiere a los derechos de los individuos, para el cumplimiento del cual no está sujeto a la discreción del Presidente y la ejecución del cual el Presidente no puede prohibirle legalmente y, por lo tanto, nunca puede presumirse que se la haya prohibido- como por ejemplo, el registro de un nombramiento, de un título sobre tierras en el cual todas las solemnidades legales han sido cumplidas, o a la expedición de una copia del registro-, en tales casos, no se ve sobre qué base pueda sostenerse que los tribunales del país quedan eximidos de su deber de dar sentencia ordenando que se respeten los derechos de individuo injuriado al igual que si se tratara de persona que no fuere titular de una Secretaría.

Parece que esta opinión no es la primera vez que se sostiene en este país.

Debe recordarse que en 1792 una ley que ordenaba al Secretario de Estado a poner en la lista de pensiones a los oficiales y soldados inválidos de quienes los tribunales de Circuito le dieron cuenta, ley que en cuanto imponía esta obligación a los tribunales se consideró inconstitucional; pero algunos jueces, estimando que la ley podría ser cumplida por ellos en su carácter de comisionados, procedieron a actuar y a dar cuenta como tales.

La ley se consideró inconstitucional en los Tribunales de Circuito, fue abrogada y se estableció un sistema distinto; pero la cuestión de si las personas sobre las que ya habían dado cuenta los jueces, en su carácter de comisionados, tenían derecho, en virtud de la cuenta dada, a ser colocados en la lista de pensiones, era una cuestión legal que los tribunales tuvieron que decidir, aunque el acto de incluir a dichas personas en la lista, había de ser ejecutado por el titular de una Secretaría.

Para que esta cuestión quedara arreglada definitivamente, el Congreso otorgó una ley en febrero de 1793, estableciendo que era el deber del Secretario de Guerra, en unión del Procurador General de Justicia, tomar las medidas que se estimaren necesarias para obtener sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, sobre la validez de los derechos que se reclamaban, conforme a la ley que se viene comentando.

Aprobada esta ley, se pidió un “mandamus”, que debió dirigirse al Secretario de Guerra, ordenándole a colocar en la lista a una persona que se decía estar incluida en la lista de los jueces.

Hay, pues, mucha razón para estimar que esta manera de llegar a establecer el derecho legal del reclamante, fue estimada por el Secretario y por el funcionario legal más alto de los Estados Unidos, como la más apropiada al objeto.

Cuando el punto llegó a conocimiento de la Corte, la sentencia no fue en el sentido de que no procedía el “mandamus” contra el Secretario que le ordenara la ejecución de un acto ordenado por la ley, al cumplimiento del cual el individuo tenía un derecho adquirido, sino que no debería otorgarse un “mandamus” en ese caso la decisión se basó en que la lista hecha por los comisionados no dio al reclamante un derecho legal.

La sentencia en este caso, se entiende que decidió en cuanto al fondo todas las reclamaciones de esa naturaleza, y las personas que habían sido incluidas en el informe de los comisionados encontraron necesario seguir el sistema prescrito por la nueva ley que abrogó a aquella que se había juzgado inconstitucional, para lograr su inclusión en la lista de pensiones.

Así, pues, la doctrina que aquí se establece no puede considerarse como una novedad.

Es cierto que el “mandamus” que hoy se solicita no es para la ejecución de un acto expresamente mandado por una ley.

Es para que se entregue un nombramiento escrito, materia sobre la cual las leyes del Congreso permanecen en silencio. No se considera, sin embargo, que esta diferencia afecte al caso. Ya se ha dicho que el peticionario tiene un derecho legal adquirido al nombramiento escrito, derecho del que no puede privarlo el Ejecutivo. Ha sido nombrado a un puesto del cual no es removible a voluntad del Ejecutivo y ya que ha sido nombrado tiene derecho al nombramiento escrito que el Secretario ha recibido del Presidente para uso del peticionario. La ley del Congreso, a decir verdad, no ordena al Secretario de Estado que envíe dicho nombramiento escrito a su titular legal, pero tal nombramiento se ha entregado en sus manos para la persona que tiene derecho a él, y no puede ser retenido legalmente, ni por el Secretario ni por ninguna otra persona.

Se pensó en un principio que podría ser que la acción de “detinue” (acción real dada al legítimo dueño para recuperar bienes muebles ilegalmente retenidos por otros), era la acción procedente para lograr la entrega del nombramiento escrito al señor Marbury, y en ese caso, el “mandamus” no

procedería. Pero la duda sobre este particular se ha esfumado ante la consideración de que la sentencia en juicio de “detinue”, condena a la entrega de la cosa o de su valor. El valor de un puesto público que no puede venderse, en forma alguna puede llegar a determinarse; y el peticionario o bien tiene derecho al puesto mismo o bien no tiene derecho a nada. Obtendrá el puesto mediante la obtención del nombramiento escrito o de una copia certificada de él.

El presente, pues, es un caso de “mandamus” bien para entregar el nombramiento escrito o una copia certificada de él; y lo único que queda por investigar, es: Si el “mandamus” puede provenir de este tribunal.

La ley que establece los tribunales de los Estados Unidos, autoriza a la Suprema Corte “a expedir órdenes de “mandamus”, en los casos en que proceden, conforme a los principios y usos de la ley, contra cualquiera de los tribunales existentes, o contra las personas que desempeñan puestos públicos bajo la soberanía de los Estados Unidos”.

El Secretario de Estado, siendo persona que desempeña un puesto bajo la soberanía de los Estados Unidos, queda exactamente dentro de la letra del precepto citado; y si este tribunal no está autorizado para expedir una orden de “mandamus”, contra dicho funcionario, tendrá que ser porque la ley citada es inconstitucional y, por lo tanto, absolutamente incapaz de conferir la autorización y asignar los deberes que sus palabras parecen conferir y asignar.

La Constitución depositó todo el poder judicial de los Estados Unidos en una Suprema Corte y en tales otros tribunales inferiores como el Congreso en cualquier tiempo ordene que se establezcan. Este poder expresamente se extiende a todos los asuntos que surjan por aplicación de las leyes de los Estados Unidos; y, en consecuencia, en alguna forma tiene que ser ejercitado sobre el presente caso; puesto que el derecho que se reclama ha nacido de una ley de los Estados Unidos.

Al distribirse este poder, declara la Constitución que “la Suprema Corte tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a Embajadores, otros ministros públicos y Cónsules y aquellos en que un Estado sea parte. En todos los otros casos, la Suprema Corte tendrá jurisdicción apelada”.

Se ha insistido en los alegatos que en vista de que el otorgamiento de jurisdicción a la Suprema Corte y a los tribunales inferiores, se hace en forma general, y que como la cláusula que asigna jurisdicción original a la Suprema Corte, no contiene palabras negativas ni restrictivas, el Poder Legislativo sigue con el poder de asignar jurisdicción original a dicha Corte en casos distintos de aquellos que se especifican en el artículo que ha sido transcrito; con tal de que

dichos casos pertenezcan al poder judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera tenido la intención de dejar a discreción del Legislativo, la división del poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores, de acuerdo con su propia voluntad, necesariamente hubiera sido inútil el hacer más que definir dicho poder judicial y enumerar los tribunales en los cuales se deposita. En este caso, lo que sigue del artículo citado, saldría de sobra, no tendría sentido alguno, si tal fuera la recta interpretación. Si el Congreso queda en libertad para dar a esta Corte jurisdicción apelada en los casos en que la Constitución ha declarado que su jurisdicción debe ser original y darle jurisdicción original en los casos en que la Constitución ha declarado que ésta será apelada, la distribución de jurisdicción que hace la Constitución, es una forma sin subsistencia.

A menudo, las palabras afirmativas en su aplicación, resultan negativas de objetos distintos de aquellos que afirman. Y en este caso, un sentido negativo o excluyente, tiene que dárseles, para que no queden sin sentido.

No puede presumirse que la intención del Constituyente haya sido de que parte alguna de la Constitución quede sin efecto; y, por lo tanto, una interpretación que lleve a este resultado, es inadmisibles, a menos que las palabras así lo requieran.

Si la solicitud de la convención respecto a nuestra paz con las potencias extranjeras, la hubiera inducido a establecer una disposición para que la Suprema Corte tomara jurisdicción original en los casos en que se supone podrían verse afectadas, entonces el precepto se hubiera limitado a esos casos, si no se hubiera querido poner mayor restricción a las facultades del Congreso. Que tuviera la Corte jurisdicción apelada en cualesquiera otros casos con las excepciones que el Congreso quisiera establecer, no es una restricción, a menos que las palabras se entendieran como excluyentes de la jurisdicción original.

Cuando una ley que organiza fundamentalmente un sistema judicial, lo divide entre una Suprema Corte y tantos tribunales inferiores como el Legislativo pueda ordenar o establecer, y procede a distribuir dicho poder hasta tal grado que define la jurisdicción de la Suprema Corte, mediante declaración de que tendrá jurisdicción original en algunos casos y que en otros tendrá jurisdicción apelada, el alcance claro de las palabras parece ser que en una clase de casos, su jurisdicción es original y no apelada; y que en la otra clase es apelada y no original. Y el hecho de que cualquiera otra interpretación haría vano al precepto, es una razón adicional para rechazar otra interpretación distinta y para avenirse al sentido obvio de las palabras.

Para que pueda, pues, esta Corte expedir un “mandamus” tiene que

demostrarse que este acto sea en ejercicio de su jurisdicción apelada, o que sea necesario para que pudiera la Corte ejercitar tal jurisdicción apelada.

Se ha alegado que la jurisdicción apelada puede ejercitarse en varias formas y que si fuere la voluntad del legislador que para ejercitarla se utilizara del “mandamus”, dicha voluntad tendrá que ser obedecida. Esto es verdad; pero, sin embargo, la jurisdicción tiene que ser apelada y no original.

Es criterio esencial para definir la jurisdicción apelada, que revise y corrija los procedimientos en un litigio ya iniciado, y no la creación de tal litigio. Así, pues aunque un “mandamus” puede ser expedido contra tribunales, sin embargo, la expedición de un “mandamus” a un funcionario, para la entrega de un documento equivale a dar cabida a una acción original, con relación a dicho documento y, por lo tanto parece que no pertenece a la jurisdicción apelada, sino a la original. Tampoco puede decirse que en este caso sea necesaria la expedición del “mandamus”, para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción apelada.

Así pues, la autorización que se le da a la Suprema Corte mediante la ley que establece los tribunales judiciales de los Estados Unidos, al expedir “mandamus” a los funcionarios públicos, aparentemente no está basada en la Constitución; y surge la pregunta de si una jurisdicción conferida en tal forma puede ser ejercitada.

La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución, puede llegar a ser una ley válida, interesa profundamente a los Estados Unidos; pero afortunadamente no es tan intrincada como interesante. Nos parece que sólo es necesario el tomar en cuenta ciertos principios ya por largo tiempo establecidos, para decidirla.

Que el pueblo tiene el derecho original para establecer para su futuro gobierno, los principios que en su opinión mejor logren su propia felicidad, es la base sobre la cual todo el sistema americano ha sido erigido, El ejercicio de ese derecho original, requiere un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser frecuentemente repetido. En consecuencia, los principios así establecidos, se estiman fundamentales. Y como la autoridad de los cuales emana, es suprema y no puede obrar con frecuencia, la intención al establecerlos es de que sean permanentes.

Esta voluntad original y suprema, organiza al Gobierno y asigna a sus diversos departamentos sus poderes respectivos. Puede marcarse un alto ahí o bien establecerse ciertos límites que no pueden ser propasados por ninguno de dichos departamentos.

El gobierno de los Estados Unidos encaja dentro de la última descripción.

Los poderes del Legislativo quedan definidos y limitados; y para que esos límites no puedan ni equivocarse ni olvidarse, fue escrita la Constitución. ¿Con qué objeto se consignan tales límites por escrito, si esos límites pudieran en cualquier tiempo sobrepasarse por las personas a quienes se quiso restringir? La distinción entre gobiernos de poderes limitados y los poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equiparan. Este es un razonamiento demasiado obvio para dejar lugar a dudas y lleva a la conclusión de que la Constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la Constitución por medio de una ley común.

Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.

Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas, las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbibida en una constitución escrita y, en consecuencia, este tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No puede, pues, perderse de vista al seguir considerando el problema que se estudia.

Si una ley del Legislativo, contraría a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley? Esto equivaldría a desechar de hecho lo que ya ha sido establecido en teoría y a primera vista parecería una cosa tan absurda, que ni siquiera se aprestara a discusión. Sin embargo, merecerá aquí ser estudiada con mayor atención.

Indudablemente, es de la competencia y del deber del poder judicial, el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable. Así, si una ley se opone a la Constitución; si tanto la Ley como la

Constitución, pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de la verdadera esencia del deber judicial.

Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

Así, pues, aquellos que desechan el principio de que la Constitución tiene que ser considerada por los tribunales como la Ley Suprema, quedan reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos con relación a la Constitución y mirar únicamente a la ley ordinaria.

Esta doctrina daría por tierra con el fundamento mismo de toda Constitución escrita. Establecería que una ley que de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno, es completamente nula, sin embargo, en la práctica es completamente obligatoria. Establecería que si el Legislativo hiciera aquello que le está expresamente prohibido, este acto, a pesar de la prohibición expresa, en la realidad de las cosas, produce efectos. Sería darle al Legislativo una omnipotencia práctica y real, al mismo tiempo que aparentemente se restringen sus poderes dentro de límites estrechos. Equivale a establecer límites y declarar al mismo tiempo que esos límites pueden ser traspasados a placer.

El hecho de que así se reduce a la nada lo que hemos estimado que es el mayor adelanto que han alcanzado las instituciones políticas, a saber una Constitución escrita, sería suficiente en América donde las Constituciones escritas se han visto revestidas de tanto prestigio, para desechar tal interpretación; pero las expresiones peculiares a la Constitución de los Estados Unidos, dan argumentos adicionales en contra de su aceptación.

El poder judicial de los Estados Unidos, se extiende a todos los casos que surgen por aplicación de la Constitución.

¿Podría haber sido la intención de quienes dieron este poder, que al ejercitarlo, la Constitución no fuere tomada en cuenta? ¿Podría darse, que un caso que surgiera por aplicación de la Constitución, se decidiera sin examinar el instrumento que se trata de aplicar? Tal cosa es demasiado extravagante para que pudiera sostenerse.

En algunos casos, pues, los jueces tienen que examinar la Constitución y, si pueden examinar la Constitución y, si pueden examinarla ¿podría haber alguna parte de ella que les estuviera prohibido leer y obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que servirían para ilustrar esta materia.

Se declara en ella, que “no se impondrá ningún impuesto ni derecho sobre ningún artículo exportado por ninguno de los Estados”. Supongamos que se estableciera un derecho de exportación sobre el algodón, el tabaco o la harina y que iniciara un juicio para recuperar lo pagado, ¿podría dictarse sentencia en un caso de esa naturaleza? ¿O deberían cerrar los ojos los jueces con relación a la Constitución y sólo ver a la ley que estableció el impuesto?

La Constitución declara que “ningún bill of attainder ni ley ex post facto podrá ser dictada”. (El bill of attainder es un decreto común al Parlamento inglés hasta el siglo XIX, conforme al cual se declaraba a una persona reo de determinado delito y se establecía la pena que debería sufrir).

En el caso de que fuera aprobado un “bill of attainder” y se castigare a una persona conforme a él, podría permitir la Corte que se ajusticiara a la víctima a la cual la Constitución quiere ajusticiar?

Dice la Constitución: “Ninguna persona podrá ser declarada reo de traición, a no ser que haya dos testigos sobre el mismo acto ostensible, o que medie confesión ante el tribunal en audiencia pública”. Aquí el lenguaje de la Constitución, se dirige especialmente a los tribunales. Impone en forma directa a ellos, una regla sobre prueba que no puede infringirse. Si el Legislativo cambiare esa regla y declarare que un testigo o una confesión extrajudicial fueren suficientes para condenar, ¿podría el precepto constitucional ceder lugar a la ley del Congreso?

De estos y muchos otros ejemplos que podrían darse, aparece que los constituyentes vieron en la Constitución una ley que debería aplicarse a los tribunales tanto como al Poder Legislativo.

Si no, ¿por qué ordena que los jueces tomen juramento de obedecerla? Este juramento indudablemente que se aplica en forma especial a su conducta dentro de su carácter oficial. ¡Cuán inmoral sería el imponerles tal juramento si hubieran de ser usados como instrumentos y lo que es peor, como instrumentos conscientes, para la violación de aquello que juraron mantener!

El juramento, al tomar el puesto, según fórmula establecida por el Congreso, demuestra claramente la opinión del Legislativo sobre este punto. La fórmula es la siguiente: “Solemnemente juro, que administraré justicia sin respeto a las personas y daré igual derecho al pobre que al rico y que fiel e imparcialmente desempeñaré todas las obligaciones que me incumben en mi carácter de...de acuerdo con mi mayor habilidad y entendimiento, conforme a la Constitución y a las leyes de los Estados Unidos”.

¿Por qué razón se haría jurar a un juez cumplir con sus deberes conforme a la Constitución de los Estados Unidos, si tal Constitución no constituye una regla para el desempeño de sus funciones? Si para él es un libro cerrado, si por él no puede ser examinada?

Si este fuera el verdadero estado de cosas, esta sería más que una abierta burla. El ordenar que se tomara tal juramento y el tomarlo, serían dos crímenes.

También no deja de ser digno de tomarse en cuenta, que al declarar la Constitución la ley suprema del país, se menciona a sí misma en primer lugar, y no menciona las leyes de los Estados Unidos en general, sino sólo a aquellas que se hubieren hecho de acuerdo con la Constitución. Así la fraseología especial de la Constitución de los Estados Unidos, confirma y fortalece el principio que parece ser esencial a todas las constituciones escritas de que una ley contraria a la Constitución, es nula y que los tribunales, tanto como los demás Departamentos del Gobierno, están obligados por dicha Constitución. La petición tiene que negarse.



Este libro se terminó de imprimir en el mes de octubre de 1999,
en los talleres gráficos de Editorial Estrella S.A.
Jr. Callao 266. Telf.: 426-7064 - 494-2231

