



Universidad Dr. José Matías Delgado
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

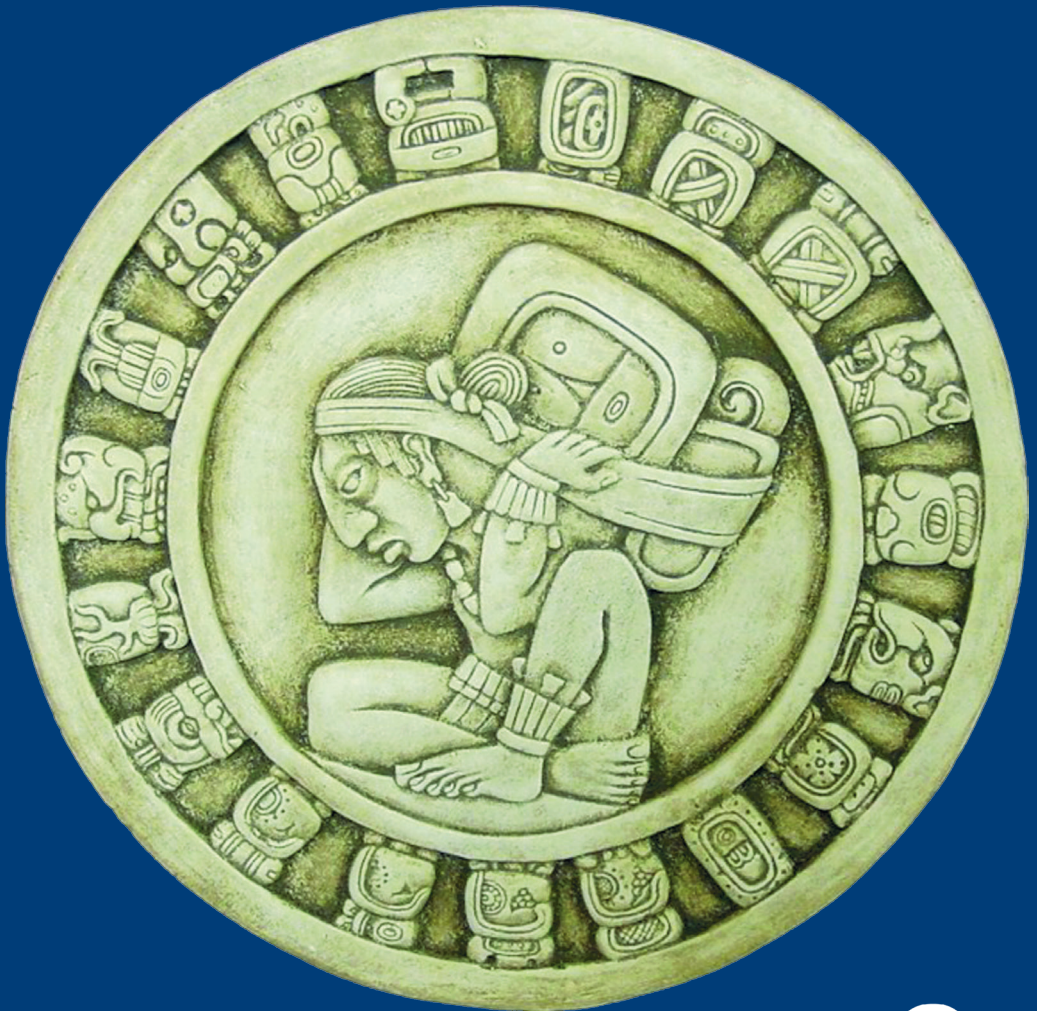
IIJ

Instituto de Investigación Jurídica

ISSN:2305-3909

ANUARIO 2009

Diciembre - Número 3



Comisión de la Acreditación de la
Calidad de la Educación Superior
UNIVERSIDAD "DR. JOSÉ MATÍAS
DELGADO" (UJMD)
ACREDITADA
2008-2013



IIJ

Universidad Dr. José Matías Delgado

Dr. David Escobar Galindo
Rector

Lic. Carlos Quintanilla Schmidt
Vicerrector

Dr. Fernando B. Castellanos
Vicerrector Académico

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Lic. José Enrique Sorto Campbell
Decano

Instituto de Investigación Jurídica

Dr. René Fortín Magaña
Director

Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Subdirector

ANUARIO

Año 3 - Número 3 - Diciembre 2009

Revista anual editada por el Instituto de Investigación Jurídica

ANUARIO

Año 3 - Número 3 - Diciembre 2009

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña
Edición y diagramación: Licda. Iris Hernández
Apoyo logístico: Sra. Nury Valiente de González
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la

**Universidad Dr. José Matías Delgado,
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Instituto de Investigación Jurídica.**

Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II (Ed. Nte. 2do Nivel) Antiguo
Cuscatlán, La Libertad,
El Salvador, Centroamérica.

Teléfono: (503) 2278- 1011 ext. 233

Telefax: (503) 2278- 1011 ext. 249

E-mail: investigacionjuridica@ujmd.edu.sv

www.ujmd.edu.sv

El contenido de los artículos es responsabilidad de cada autor.

Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido, por cualquier medio, sin la autorización escrita de la Universidad o en su caso de cada autor.

Hecho el depósito que manda la ley

Derechos Reservados

ISSN: **2305-3909**

Impreso en El Salvador.

CONTENIDO

I. EDITORIAL	7
II. ARTÍCULOS	
“TENDENCIAS ACTUALES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO” Jorge Carpizo	3
GALILEO Y EL ESTADO Diego Valadés	43
RETOS TEMÁTICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA DE CARA AL SIGLO XXI Víctor Bazán	77
EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS: SU TIEMPO, SU VIDA Y SUS APORTES A LA FORJA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Ernesto Blume Fortini	123
EL GENOTIPO Y LOS FENOTIPOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. PARTICULAR REFERENCIA A AMÉRICA LATINA César Astudillo	169
LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE, UNA REALIDAD ANTIGUA, UN CONCEPTO NUEVO Fernando Rey Martínez.....	219

III. INVESTIGACIONES

**INVESTIGACIÓN SOBRE EL STATUS
DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR**

Pablo Mauricio Alvergue 265

IV. ANÁLISIS

**PROCEDIMIENTO ORAL EN MATERIA CIVIL
MERCANTIL**

Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand 287

V. PONENCIAS

**IMPLICACIONES DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO EN LA LEGISLACIÓN
LABORAL SALVADOREÑA**

Eduardo Tomasino 299

**EXPERIENCIA DE AMÉRICA CENTRAL SOBRE
PODER JUDICIAL**

José Luis Lovo Castelar 311

VI. LEGISLACIÓN

**PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA
Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

9 de noviembre de 2009..... 343

VII. JURISPRUDENCIA

**SENTENCIA POR MEDIO DE LA CUAL
SE DECLARA INCONSTITUCIONAL
EL PERDÓN DE LAS ESQUELAS A LOS
PROPIETARIOS DE BUSES.**

2 de septiembre de 2009. 405

I

Editorial

EDITORIAL

Puntualmente sale a la luz el tercer Anuario del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Puntuales han salido también nuestras otras publicaciones: el boletín trimestral y la revista Cuadernos de medio año. En todos ellos hemos tratado de plasmar importantes opiniones y narraciones históricas pertinentes provenientes de calificados juristas de nuestro medio.

Este tercer número continúa esa tradición, pero con un valor agregado de primer orden: la inclusión de artículos arbitrados de altísima categoría, recibidos de los ilustres juristas iberoamericanos Jorge Carpizo, Diego Valadés, Víctor Bazán, Ernesto Blume Fortini, César Astudillo y Fernando Rey Martínez, quienes unen sus valiosas reflexiones sobre temas del más palpitante interés —como puede constatarse en el índice— con los valiosos trabajos de los juristas salvadoreños Pablo Mauricio Alvergue, Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, Eduardo Tomasino y José Luis Lovo Castelar.

Estamos orgullosos de nuestra producción anual y de las relaciones que hemos podido entablar con los principales juristas iberoamericanos, quienes nos seguirán brindando sus magníficas colaboraciones.

Esto ha sido posible, gracias a la concurrencia, en unión del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección El Salvador, a numerosos congresos en diferentes campos del derecho, celebrados en Brasil, México, Perú y otros países, práctica que habremos de seguir en el futuro y que nos ha permitido ampliar

nuestros contactos internacionales y ensanchar sobremanera nuestros horizontes jurídico culturales.

Para el próximo año esperamos cumplir, con buen viento, la línea editorial del Instituto iniciando la publicación de importantes monografías para uso no sólo de nuestros estudiantes sino de los estudiantes de otras universidades y de los estudiosos en general, aproximándonos a los temas más acuciantes de la vida nacional.

En esa línea, estamos en comunicaciones con el Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, para iniciar en conjunto el estudio en profundidad del Derecho del Mar y los múltiples recursos que de él se derivan, una disciplina vital para nuestro país, que inexplicablemente ha permanecido descuidada.

No pierde de vista el Instituto que la clave del desarrollo está en la sinergia que produce la combinación de esfuerzos de la academia, el sector productivo y la administración pública, superando los distanciamentos estériles y estimulando los procesos conjuntos de investigación creadora. (“La triple hélice del desarrollo”). En ese sentido el Instituto también se esfuerza por actuar de consuno en áreas específicas con el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) en el campo de la investigación práctica.

Deseamos a nuestros lectores que obtengan el mayor provecho de nuestras publicaciones, con la promesa de nuestra parte de ampliarlos en la medida de lo posible y mejorarlas cada día más, como lo demuestra el ejemplar que tienen en sus manos.

II

Artículos

“TENDENCIAS ACTUALES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”*

Jorge Carpizo**

SUMARIO: I. Introducción II. Contenido material de la democracia III. Propuesta de cinco claves IV. Algunos de los principales retos de la democracia en América Latina V. Tres décadas de nuevas tendencias constitucionales VI. Algunos aspectos actuales de la democracia latinoamericana

11

I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo examino una vez más las tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano y los acontecimientos de los últimos años en nuestra región, que afectan directamente el desarrollo de la democracia en los diversos países de nuestra América Latina, ya sea para bien o para mal.

La exposición, realizada en este trabajo, es de carácter general; otorga una visión panorámica sobre la democracia y las nuevas tendencias en la parte latina del continente americano.

* Este trabajo fue presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), e incluido en su memoria págs. 53-80. Tomo I. Editorial IDEMSA. Lima, Perú, 2009. ISBN: 978-612-4037-06-1 y fue enviado por el autor a este instituto, el día 30 de octubre de 2009.

** Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas donde se desempeñó como su Director. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional jcmjur@servidor.unam.mx

Divido el ensayo en cuatro grandes apartados, a saber: 1. Un repaso breve del contenido material de la democracia; persigo que esos elementos fundamenten una propuesta para valorar la democracia en América Latina. 2. La exposición de algunos de los principales retos de la democracia en la región. 3. Un repaso sintético a las principales tendencias constitucionales en Latinoamérica en las tres últimas décadas: 1978-2008, y 4. Una reflexión sobre algunos de los nuevos aspectos de nuestras democracias, con sus claroscuros; es decir, con sus aspectos positivos y los preocupantes.

II. CONTENIDO MATERIAL DE LA DEMOCRACIA

1. La democracia es fenómeno dinámico y expansivo. Las sociedades actuales se desarrollan a velocidad nunca antes vista, los avances científicos y tecnológicos benefician grandemente y presentan nuevos peligros a las libertades. Problemas que realmente no lo eran unas cuantas décadas o años atrás, ahora hay que enfrentarlos y resolverlos, cuidando el respeto a los derechos de las personas. Los sistemas democráticos, para hacer frente a nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligros potenciales para la propia democracia y las libertades de las personas.

Los derechos humanos poseen fuerza expansiva, la democracia goza de esa misma característica y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos realmente sólo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático. Así como el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”, exactamente lo mismo se puede repetir, sustituyendo el concepto

de Constitución por el de democracia; al final de cuentas los conceptos de Constitución, orden jurídico, democracia y Estado de Derecho se imbrican y se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en virtud de que una Constitución y un Estado de Derecho que no son democráticos no son tales, sino instrumentos de opresión.

2. Se puede definir a la democracia como el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente¹.

En la definición se encuentran los elementos básicos, o núcleo duro, que constituyen una democracia. No obstante, existen otros y los primeros están estrechamente relacionados con los segundos. En una explicación de los alcances del sistema democrático debe hacerse referencia a los más de ambos, y es a lo que me avoco.

3. Orden jurídico, Constitución y Estado de Derecho se dan en una democracia, o no son realmente tales.

La democracia presupone un orden jurídico, una Constitución y un Estado de Derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

4. El sufragio universal significa que no puede haber exclusiones en el derecho de voto por razones de sexo, raza, religión, educación o renta. Las exclusiones se refieren fundamentalmente a menores de edad e incapacitados mentales.

5. El voto debe ser libre y secreto, sin coacción alguna. Las elecciones deben ser imparciales, objetivas y equitativas. En este aspecto se incluyen temas como la financiación de las elecciones, gastos máximos, topes a las contribuciones privadas, equidad en

¹ Carpizo, Jorge, Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; p. 100.

los tiempos disponibles en los medios electrónicos de comunicación, prohibición de prácticas desleales de autoridades, partidos políticos y candidatos.

6. Las elecciones deben realizarse periódicamente, en los plazos que señala la Constitución o la ley. Nadie debe perpetuarse en el poder; la alternancia se encuentra en la esencia de la propia democracia.

7. La democracia actual es de partidos políticos que son organizaciones de interés público para principalmente agrupar individuos y colaborar en el proceso de las elecciones, seleccionando candidatos, precisando un programa electoral y organizando o auxiliando a sus candidatos en la campaña electoral, así como asumiendo labores de educación cívica.

La democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político o de varios, pero en donde únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral.

8. La minoría o minorías políticas tienen que ser protegidas, son la garantía mínima para la existencia de elecciones periódicas, que los ciudadanos tengan la posibilidad de decidir si se convierten en mayoría gobernante, y que los dirigentes realicen el esfuerzo de cumplir con sus promesas electorales, si no ellos o sus partidos pueden ser castigados por los electores en la siguiente elección. Las minorías políticas se convierten en el verdadero control del poder cuando el gobierno cuenta con mayoría en el órgano legislativo.

9. Elegimos representantes o gobernantes para que integren transitoriamente los órganos del Estado que crea la Constitución y ejerzan las facultades que la misma les otorga, siendo la más importante, la esencial, la defensa y protección de los derechos fundamentales que la propia Constitución garantiza, y los reconocidos por el Estado en los tratados, convenios y pactos internacionales que ha suscrito.

10. Entre los derechos humanos, hay dos que se encuentran en el nacimiento y la base del sistema democrático: la igualdad y la libertad. Se ha especulado cuál de los dos derechos es más importante y cuál fue primero en la concepción democrática; con esa finalidad se suele citar a clásicos griegos. Considero que los dos son igualmente importantes y son gemelos y convergentes, porque bien entendida la democracia, uno no puede subsistir sin el otro.

11. La protección de los derechos de las minorías étnicas, religiosas y sexuales y, en general, en contra de cualquier discriminación, ya sea por razones de género, condiciones de salud, ideológicas o de capacidades diferentes.

12. Cada día existe mayor consenso en que la democracia implica necesariamente calidad de vida. Es lo que se denomina democracia social, justicia social o Estado de bienestar.

La democracia social impulsa una forma de desarrollo humano; éste, de acuerdo con los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es “el aumento de las opciones para que las personas puedan mejorar su vida”. Amartya Sen afirma que desarrollo humano es el proceso de expansión de las libertades reales de las cuales goza un pueblo².

13. Otra serie de características de la democracia se refieren a aspectos o cuestiones de naturaleza política, diversos de los del voto. En la democracia el poder tiene que estar distribuido entre varios órganos. Al contrario, en la autocracia, el poder tiende a su concentración.

De lo anterior surge uno de los grandes temas del constitucionalismo: el control del poder para que no se extralimite en sus competencias constitucionales. Controlar al poder es un acto de poder. Diego Valadés lo explica con gran claridad: no es posible controlar

² PNUD, La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004, pp. 16, 38 y 43.

al poder desde fuera de él, ni sin poder o en contra suya. Controlar al poder es una manifestación de poder; sus instrumentos son parte del poder y necesariamente tienen que ser de naturaleza bidireccional, si no, el control del poder constituiría a uno de los órganos en poder sin control y así tendería a convertirse —lo que hay que eludir— en poder único, sin contrapeso y, en consecuencia, arbitrario.

El control del poder únicamente existe en un sistema democrático constitucional, o sea, dentro de un régimen representativo³.

14. El control del poder está estrechamente relacionado con la idea de que todo funcionario público es responsable de sus actos, ya que siempre debe actuar dentro del marco constitucional y legal.

En un sistema democrático, la responsabilidad debe abarcar no sólo a los funcionarios públicos. Toda persona poderosa, ya se trate de empresarios, dirigentes sindicales, religiosos o comunicadores, deben estar obligados a rendir cuenta de sus actos. La irresponsabilidad rompe con la idea misma de la igualdad de todos ante la ley. La impunidad destruye la confianza social en el propio sistema.

15. La democracia es sinónimo de laicismo, debido a que es contraria al fanatismo, al dogmatismo, a la superstición, al pensamiento único y a los valores absolutos que son inaccesibles a la razón humana.

Por el contrario, democracia es sinónimo de tolerancia, del derecho a pensar distinto, del examen de todas las doctrinas, de que éstas son iguales y deben tener la posibilidad de persuadir el intelecto y la voluntad humanos. La democracia es pluralismo y derecho a disentir.

En cambio, la autocracia puede ser cristiana, islámica, hinduista o budista. La democracia es laica o no es democracia⁴.

³ Valadés, Diego, El control del poder, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 52 y 53.

⁴ Bovero, Michelangelo, Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores, Madrid, Trotta, 2002, pp. 47 y 48; Kelsen Hans, Esencia y valor de la democracia, México, Editora Nacional, 1980, pp. 156 y 157.

16. La democracia es diálogo, discusión y negociación política. El disenso político implica que se está en contra de los gobernantes, no en contra de la forma de gobierno, lo cual es la base misma de la oposición.

La democracia se fundamenta en el derecho, no en el temor.

En la democracia el continuo debate político se convierte en condición para la supervivencia de las instituciones libres⁵.

17. En la democracia existe publicidad de los actos de los gobernantes, en contraste con la secrecía de la autocracia.

La democracia implica transparencia en la información, medios de comunicación libres, responsables y comprometidos con la verdad.

18. La democracia se defiende con la fuerza del derecho y con sus propias fortalezas: diálogo, negociación y concertación.

La fuerza armada es recurso último de defensa de la democracia, cuando han fracasado todos los otros medios y no queda otra posibilidad que su utilización para salvaguardar a la propia democracia, a la Constitución y al orden jurídico libremente auto-otorgado por la mayoría de los ciudadanos. El uso de la fuerza armada debe ser únicamente la necesaria para la resolución del problema, o sea, proporcional a la solución, y de acuerdo con los mandatos del orden jurídico. Actos ilícitos o extralegales para defender a la democracia no son admisibles. La fuerza de la democracia es la Constitución y el orden jurídico.

19. La democracia implica la existencia de una moral pública, basada en valores laicos, como son el respeto a la dignidad del otro, la verdad, la honestidad, el ánimo de servicio público.

20. Pues bien, si examinamos mi definición de democracia con cuidado, se puede constatar que todas las características prin-

⁵ Vergottini, Giuseppe de, Derecho constitucional comparado, México, UNAM y Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 279.

cipales que he señalado y que circunscriben a la democracia de nuestros días, se encuentran contenidas explícita o implícitamente en la misma.

Así, la democracia se edifica y preserva con reglas, éstas sólo pueden encontrarse en el orden jurídico, libremente construido por los representantes de los ciudadanos o por éstos mismos dentro de los cauces que señala la Constitución.

Reitero que las mencionadas características se encuentran incluidas en mi definición, en virtud de que éstas se imbrican para construir el edificio de la democracia en un determinado país. Si falta una de ellas, el edificio estará mal cimentado y corre el peligro de desmoronarse.

Cuestión diferente es que cada característica adopte diversas modalidades, de acuerdo con tiempo, lugar y singularidades de la nación.

21. El ejercicio que he realizado de resaltar las características del sistema democrático ha sido efectuado con anterioridad, aunque con diversas perspectivas y enfoques, por varios autores, entre ellos Alf Ross⁶ y Robert A. Dahl⁷. Mi ejercicio, si algún mérito puede tener, es que trato de ser omnicomprensivo, más amplio y adecuado, a nuestros días. Estoy convencido de que la fuerza expansiva de la democracia proseguirá y, entonces, también mi ejercicio comenzará a ser incompleto.

III. PROPUESTA DE CINCO CLAVES

El repaso realizado al contenido material de la democracia conlleva la preocupación de que los constitucionalistas y científicos sociales de América Latina, al analizar si un sistema es democrático

⁶ Ross, Alf, *¿Por qué democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 140 y 141.

⁷ Dahl, Robert A., *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 2-4.

o no, o en qué grado lo es, o lo puede ser, nos alejemos de consideraciones ideológicas, de fobias y filias, para no incurrir en errores del pasado.

Por ejemplo, me refiero a todos aquellos demócratas latinoamericanos que defendieron, a capa y espada, los regímenes de Stalin y Mao-Tse-Tung, a pesar de que era obvio que en los mismos no existía respeto alguno para los derechos humanos y que no había oposición política, debido a que los opositores reposaban en los cementerios. Algunos estudiosos expusieron argumentos a favor de esos regímenes incluso hasta los días postreros de aquéllos y, sin embargo, el sol no podía ocultarse con un dedo.

Encuentro que, por diversas causas que no es el caso comentar, la discusión actualmente sobre la democracia en América Latina se haya altamente ideologizada, con un sentido maniqueo. Dicha discusión a menudo levanta una cortina de humo sobre las realidades políticas que impiden un examen objetivo de éstas.

Estoy de acuerdo que es difícil ser objetivo en temas que implican diversas concepciones de la existencia y de lo que ésta debe ser. No obstante, el científico social, para ser realmente tal, debe buscar la objetividad y ayudar con sus análisis a contemplar la realidad sin distorsiones, analizar los problemas y plantear soluciones a los mismos y, en este tema de la democracia, diseñar propuestas para que todos los países de la región puedan gozar de democracias materiales con todo lo que ellas implican.

Para dicho análisis propongo cinco claves en relación con las democracias en América Latina:

Una de carácter formal, que consiste en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas.

Tres de carácter material, a saber:

- a) El respeto y protección de los derechos humanos, primordialmente de los de carácter civil y político;
- b) El papel que juega la oposición, y

c) La desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos de éste, y

Una última de carácter social, que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, tomando en cuenta satisfactores tales como alimentación, educación, protección a la salud, trabajo, vivienda y esparcimiento.

Soy consciente de que esta clave social bien puede quedar incluida en las de carácter material, específicamente en el rubro de los derechos humanos. Sin embargo, la he apartado para darle valor propio y para así resaltar su importancia especial en nuestra región, donde la pobreza y la desigualdad social son enormes y constituyen el reto más importante de nuestros días.

Ignoro si esta propuesta peque de ingenuidad, debido a que en estos asuntos es muy difícil hacer a un lado los aspectos ideológicos y los intereses personales o de grupo, pero hay que intentarlo, con dos finalidades: la primera, de carácter científico: conocer la realidad con veracidad y, la segunda que es la más importante, percatándose de las debilidades del sistema, exponerlas con ánimo constructivo para colaborar a superarlas con los instrumentos que nos son propios, los académicos.

IV. ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES RETOS DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

1. Me refiero ahora a algunos aspectos de la democracia en América Latina.

Pareciera que tanto la democracia como los gobiernos autoritarios en nuestra región responden a ciclos u olas que abarcan a la mayoría de los países. Hay épocas en que proliferan los gobiernos militares, los dictadores y las autocracias en general; otras, en que prevalece cuando menos la democracia electoral. Es probable que en estos ciclos influyan factores políticos y económicos externos,

tales como guerras mundiales, guerra fría, caída de los precios de los principales productos —materias primas— en la región, intervenciones armadas de potencias, apoyos externos a los autócratas, golpes de Estado auspiciados o, al menos, con la simpatía de Estados Unidos. A lo anterior, se unen inquietudes internas resultado de la miseria de amplios sectores sociales y la desigualdad social insultante, amén de factores como, entre otros, efecto dominó o mal ejemplo, solidaridad y apoyos mutuos entre las autocracias, escasez de divisas extranjeras, explosión demográfica, derroches económicos, falta de cultura cívica y marcado desprecio por el Estado de Derecho. Además, no pueden desconocerse las peculiaridades de cada país de la región, ni que esos factores pesen más en unos que en otros. Dichos factores externos e internos son aprovechados por personas sedientas de poder.

Sea lo que fuere, estos ciclos son un hecho histórico que se puede constatar. A partir del final de la segunda guerra mundial existió una ola democratizadora en la región como consecuencia del triunfo de las potencias aliadas. Sin embargo, a principios de los años cincuenta, encontramos un ciclo de autocracia que incluyó a países como Argentina, Venezuela, Guatemala, Colombia, Cuba, Paraguay y Perú.

A partir de la segunda mitad de los años cincuenta, algunos países regresaron a la democracia; se produjeron varios movimientos de masas con idearios de contenido social. No obstante, desde la revolución cubana en 1959, en diversos Estados triunfó la doctrina de la seguridad nacional, lo cual implicó la intervención del ejército en la política, como fue el caso de Perú, varios de los países de Centroamérica, Bolivia, Argentina, Uruguay, Brasil, Chile y Ecuador, preservándose a lo largo de los años setenta regímenes civiles no dictatoriales en Colombia, Costa Rica, México y Venezuela.

A finales de los años setenta paulatinamente comenzaron a restaurarse sistemas constitucionales en República Dominicana, Perú, Ecuador, Argentina, Uruguay y Honduras. Este proceso se

aceleró a mediados de la década siguiente y a finales de ella, en que casi todos los países del área calificaban como democracias electorales, ya que los gobiernos eran resultado de elecciones competidas y generalmente objetivas y limpias, aunque en algunos países se presentaron irregularidades de poca monta⁸. Muchos de los problemas socioeconómicos han subsistido en casi toda la región, con algunas excepciones como Chile, pero incluso en éste existe alto grado de pobreza y desigualdad social, comparado con Europa occidental.

Las democracias electorales, en términos generales, han sido incapaces de enfrentar con éxito la lucha contra esas dos grandes lacras: pobreza e insultante desigualdad social, lo que aunado al desprestigio de los partidos políticos y de la clase política, a la corrupción y a la impunidad, en varios países a finales del siglo XX y principios de este XXI, se presenta un nuevo ciclo, sobre todo en algunos países de América del Sur que tiende a un hiperpresidencialismo, de lo cual me ocupo más adelante.

2. Un reto formidable para la democracia en los países de la región es su indiferencia, cuando no desprecio, por el Estado de Derecho. Todos quieren que se aplique la ley al vecino pero no a él ni a su familia y amigos cercanos. Sintomático es que Fernando Henrique Cardoso, distinguido sociólogo, quien en alguna época no consideraba con acierto el valor del orden jurídico en la sociedad, y ex-presidente de Brasil, manifiesta que una de las lacras de este continente latino se encuentra en que no se acepta el Estado de

⁸ Sánchez Agesta, Luis, La democracia en Hispanoamérica. Un balance histórico, Madrid, Rialp 1987, p. 17; La Roche, Humberto J., “Veinticinco años de evolución en la organización política y constitucional de Venezuela”, en Gil Valdivia, Gerardo y Chávez Tapia, Jorge A. (coords), en Evolución de la organización político-constitucional en América Latina, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, vol. II, pp. 244 y 245.

Derecho ni la ley; afirmó que es una pelea que se tiene que dar⁹. A Cardoso le asiste la razón.

En el Latinobarómetro 2008, en una escala de 1 a 10, ante pregunta concreta sobre si considera que el Estado no logra que se cumpla ninguna ley, el promedio de respuestas en la región fue de: 5.2. La escala máxima la ocupó Uruguay con 6.4 y la mínima Paraguay con 4.4¹⁰.

El punto es: la democracia de América Latina, en la mayoría de los países, no está consolidada. Preocupa que puedan ocurrir retrocesos incluso en el aspecto electoral, después de que a partir de finales de la década de los ochenta, en general, los procesos electorales han sido limpios.

3. Los Estados mínimos difícilmente podrán conservar las democracias electorales, si no se resuelven otros problemas ingentes, especialmente el de los derechos o la justicia sociales. Para ello, es necesario contar con Estados fuertes. En América Latina, en la época neoliberal, el Estado se ha debilitado y en muchos casos no posee los instrumentos jurídicos y políticos que le permitan, por ejemplo, realizar una reforma fiscal con la finalidad de obtener recursos suficientes para programas sociales, para luchar contra la pobreza y para comenzar una paulatina distribución de la riqueza, así como medidas que refuercen la protección de los derechos humanos y reformen de raíz el sistema de impartición de justicia.

Hoy en día, por lo ya expuesto, la finalidad de la democracia en América Latina debe ser alcanzar mayores niveles de bienestar para grandes sectores de la población, pero también implica, entre otros aspectos: respeto a movimientos sociales, a demandas económicas y democráticas de los trabajadores industriales y agrarios en sus sindicatos, la producción y distribución de bienes de consu-

⁹ Entrevista a Fernando Enrique Cardoso, en El País, 8 de octubre de 2006, suplemento dominical, p. 9.

¹⁰ Corporación Latinobarómetro, Informe 2008, Santiago de Chile, Corporación Latinobarómetro, 2008, www.latinobarometro.org, p. 41.

mo popular, educación superior pública con excelencia académica ¹¹, lucha contra la impunidad y la corrupción.

También el Latinobarómetro 2008 reportó que los encuestados opinaron que las actividades que deben estar mayoritariamente en manos del Estado son, en el orden prioritario en que fueron señaladas: educación básica y primaria (86); salud (85); agua potable (83); universidades (82); pensiones (82); servicios eléctricos (80); petróleo (80); teléfonos (71) y financiamiento a partidos políticos (59)¹².

4. El PNUD recuerda que de 1980 a 2000, el promedio regional del PIB per cápita presentó un avance casi irrelevante, y que de 1998 a 2002 el número de habitantes que se situaba por debajo de la línea de pobreza aumentó¹³. Los datos sobre los niveles de desigualdad son increíbles y, en promedio, la reducción es casi imperceptible a pesar del crecimiento del PIB en los últimos años: 2.1 en 2003; 6.1 en 2004; 4.8 en 2005; 5.6 en 2006, 5.7 en 2007 y aproximadamente 4.5 en 2008. En 2007 la tasa de ocupación tuvo un 2.5% de aumento acumulado respecto a 2002. En el mismo año alrededor del 35% de la población se encontraba en situación de pobreza (190 millones) y un 12.7 en pobreza extrema.

En estos aspectos, en la región latinoamericana, con algunas excepciones, no se avanza, lo cual es más que preocupante: pone en peligro a la democracia como estilo de vida y resta apoyos sociales que le son indispensables para sobrevivir, fortalecerse y hacer frente a sus antiguos y nuevos enemigos.

5. Otro aspecto preocupante de la democracia en América Latina es el problema de la corrupción, que todo corroe y contamina.

¹¹ González Casanova, Pablo, “La crisis del Estado y la lucha por la democracia en América Latina (problemas y perspectivas)”, en González Casanova, Pablo y Roitman Rosenmann, Marcos (coords.), La democracia en América Latina. Actualidad y perspectivas, México, UNAM-La Jornada Ediciones, 1995, pp. 34 y 35.

¹² Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, p. 38.

¹³ PNUD, obra citada, nota 2, pp. 39-41.

El Latinobarómetro 2002 muestra que la percepción de la sociedad es que la corrupción aumenta año con año. En 2002, la respuesta a la correspondiente pregunta fue afirmativa en el 86%. Al respecto acertadamente se comenta que: “En los años anteriores, los valores oscilaban entre el 80 y 90%. Respecto a ninguna pregunta hay mayor consenso en América Latina. Es una sensación generalizada, es decir que ella no se confirma por un conocimiento concreto de actos de corrupción. Sólo menos de un tercio de los entrevistados dice que ha sabido, personalmente, de un acto de corrupción. Vale añadir que la gente cree que más de un tercio de los funcionarios públicos son corruptos”.

En el Latinobarómetro 2005, los entrevistados en la región consideraron que, en promedio, el 68% de los funcionarios públicos son corruptos; tal percepción varía según el país, desde el 82% en Ecuador hasta el 41% en Uruguay. En 2008, ese promedio fue de 68.6%; desde 80.5% en Honduras hasta 45.6% en Uruguay. Fijémonos que el porcentaje aumentó en este último país.

En relación con la eficacia en la lucha contra la corrupción sólo dos países sobresalen: Uruguay y Chile, aunque en Colombia y Venezuela, el 40% de los ciudadanos expresaron que se está progresando en la mencionada lucha. Empero, estos datos pesimistas encuentran una pequeña brecha de luz: a) en promedio, en la región latinoamericana, se pasó de 26% de los ciudadanos en 2004 a 30% en 2005 y a 38% en 2008 en la percepción de que se avanza en la lucha contra la corrupción, y b) las personas que aseguraron que han conocido la realización de un acto de corrupción disminuyó de 26% en 2001 a 20% en 2005 y a 15% en 2008¹⁴.

¹⁴ Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 45-47. Corporación Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2005. 1995-2005. Diez años de Opinión Pública*, Santiago de Chile, 2005, www.latinobarometro.org, pp. 25-28; Véase Nohlen Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, pp. 147 y 148.

6. La concepción democrática no se encuentra completamente arraigada en América Latina. El Latinobarómetro 2002 contuvo entre sus preguntas las dos siguientes: Si usted tuviera que elegir entre la democracia y el desarrollo económico ¿cuál diría usted que es más importante? y, ¿en general, diría usted que está muy satisfecho, más bien satisfecho o nada satisfecho con el funcionamiento de la democracia en (su país)?

A la primera pregunta el 52% respondió que el desarrollo es lo más importante, el 25% que la democracia y, el 17% que ambos por igual. En 2008 el 53% respondió afirmativamente a la pregunta de que no le importaría que un gobierno no democrático llegara al poder si pudiera resolver los problemas económicos¹⁵.

A la segunda pregunta, el 27% contestó que se encontraba satisfecho con la democracia, el 60% que insatisfecho y el 8% que no sabía o se calló.

En 2003, a esta última pregunta, el 29% contestó que estaba satisfecho con la democracia; en 2004, ese porcentaje no varió; en 2005 aumentó a 31% de los ciudadanos entrevistados.

En 2003, el 66% contestó que estaba insatisfecho con la democracia; en 2004, el tanto por ciento disminuyó a 65; en 2005 a 61. A su vez, en 2003, el 6% respondió que no sabía o se calló si estaba satisfecho o no con la democracia; en 2004, ese porcentaje aumentó a 7%, y en 2005 a 8%¹⁶.

En 2008, el 37% contestó que estaba contento con la democracia, pero ya no se señaló el porcentaje de los insatisfechos ni de los que no saben o se callaron. En cambio, el apoyo a la democracia fue del 57%. Contrasta con este otro dato: el 70% consideró que se gobernaba en beneficio de unos cuantos grupos poderosos, y sólo el 23% afirmó que se gobernaba para el bien de todo el pueblo.

¹⁵ Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, p. 83.

¹⁶ Corporación Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2005. 1995-2005*, obra citada, nota 14, pp. 40-53. Nohlen Dieter, obra citada, nota 14, pp. 136-138.

Los datos anteriores son preocupantes, no me agradan, pero los entiendo. Si no se puede ofrecer un nivel digno de existencia a la familia, se prefiere el desarrollo y no la democracia. Considero que en América Latina es claro que desarrollo socioeconómico y democracia tienen que ir de la mano y viceversa. Si no ocurre así, ningún sistema democrático tiene asegurada la estabilidad y la gobernabilidad.

En el Latinobarómetro 2008, se introdujo una nueva pregunta: ¿Piensa usted que en su país la democracia funciona mejor o igual o peor que en el resto de América Latina? El 44% contestó que igual; el 23% que peor y el 21% que mejor¹⁷.

Asimismo, Chile es el país en donde funciona mejor la democracia (44%), seguido por Uruguay (43%) y Costa Rica (42%).

7. Ahora bien, un dato consignado en el Latinobarómetro 2008, y que indudablemente es importante: en el año 1997, un 41% de los latinoamericanos manifestó que era feliz. En 2001 ese porcentaje aumentó a 68%, y en el año 2006, al 72%, entonces se estaba en pleno crecimiento y desarrollo. No obstante, en 2008, ese porcentaje bajó a 66%, por el impacto de la inflación y el comienzo de la crisis económica. Habrá qué ver que sucede en 2009 con el estallido de la actual crisis económica global.

La satisfacción de vida, otro indicador de bienestar, aumentó de 65%, en el año 2002, a 71%, en 2008, lo cual puede deberse a que en países de bajos ingresos, incluso pequeños aumentos en la calidad de vida pueden producir percepciones de bienestar y aumento de felicidad¹⁸.

¹⁷ Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 102-104.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 12-13.

V. TRES DÉCADAS DE NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES

1. Después de la segunda guerra mundial, varios de los más importantes países de Europa occidental y continental incorporaron en sus Constituciones, nuevas o revisadas, instituciones para proteger con eficacia los derechos humanos y para asegurar el sistema democrático. Fue una ola constitucional en Europa de especial trascendencia, después de la catástrofe del fascismo, de la conflagración armada y de la victoria de la democracia. En ese sentido, las Constituciones de Alemania Federal e Italia se distinguieron; posteriormente, la de Francia.

En esos años posteriores a la segunda guerra mundial, España y Portugal estaban gobernados por dictadores, y muy rezagados en cuanto a instituciones democráticas. Cuando ambos países regresaron al régimen constitucional y promulgaron sus leyes constitucionales, éstas, a su vez, incorporaron las nuevas instituciones de esa gran corriente constitucionalista; puede afirmarse que constituyen una síntesis de esa ola democrática.

América Latina para fortalecer sus instituciones democráticas volvió los ojos, principalmente a partir de 1980 hacia España, Portugal, Francia e Italia, según el respectivo país de la región. Es decir, se dio un vuelco constitucional: después de la independencia de los países de la región, los constituyentes se habían inspirado en el pensamiento francés e inglés, pero las Constituciones que más habían influido en la redacción de los documentos constitucionales latinoamericanos habían sido, en primer lugar, la norteamericana de 1787; en segundo, la española de 1812 y, en tercero, el incipiente desarrollo constitucional en los otros países latinoamericanos. Lo nuevo fue que los constituyentes de América Latina se inspiraron en primerísimo lugar en la Europa democrática y continental.

La nueva Constitución de Portugal se expidió en 1976 y la de España dos años después. Ambas recogieron las nuevas instituciones postsegunda guerra mundial.

En América Latina, a finales de los años setenta, los países fueron regresando a la elección libre de sus gobernantes. El retorno al sistema democrático se caracterizó con la promulgación de nuevas Constituciones, o revisiones generales de las antiguas. La casi coincidencia cronológica con la Constitución Española de 1978 sirvió para que ésta inspirara en diversos países de América Latina, en forma señalada, lo relativo a las instituciones de la segunda post guerra, lo cual ha sido bien documentado¹⁹.

2. Digamos en forma panorámica cuáles son las principales instituciones aludidas; es decir, no es una lista exhaustiva, y qué países las han aceptado, aunque con modalidades diversas. Es imposible hacer alusión a los antecedentes latinoamericanos de esas instituciones antes del periodo 1978-2008. Como excepción hago referencia únicamente a algunas.

Respecto a la jurisdicción, justicia constitucional o Derecho Procesal Constitucional, como ahora se denomina por varios autores, se han creado tribunales o cortes especializadas en esta materia, aunque en algunos casos el nuevo sistema subsistió con el “americano”. Esta corriente comenzó en Guatemala, con la Constitución de 1965 y la Corte de Constitucionalidad, cuya efectividad fue casi inexistente, en virtud de que resolvió sólo un recurso en cuanto al fondo. El siguiente país que creó un órgano de esa naturaleza fue Chile en 1970, lo suprimió en 1973 y lo restableció en 1980; su funcionamiento no gozó, obviamente, de independencia durante la dictadura militar.

¹⁹ Véase Fernández Segado, Francisco (coord.), La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 874 pp. La obra contiene 37 ensayos, muchos de los cuales son excelentes sobre este específico tema.

Ecuador estableció, en 1945, un Tribunal de Garantías Constitucionales, pero la decisión última correspondía al poder legislativo; en 1978, creó un Tribunal con igual denominación, pero sin facultades decisorias. En su Constitución, expedida veinte años después, estructuró un verdadero Tribunal Constitucional. En Perú, en 1980, se estableció un tribunal de carácter constitucional cuya competencia fue para resolver en última instancia las acciones de habeas corpus y de amparo, así como las acciones de inconstitucionalidad; de estas últimas conoció poco, debido a que funcionó durante corto tiempo.

La ola democratizadora, de mediados de los años ochenta, continuó, impulsó y fortaleció la creación de esos órganos constitucionales. En 1985 Guatemala restableció la Corte de Constitucionalidad, con facultades más amplias que su antecesora.

Asimismo, se establecieron salas constitucionales autónomas dentro de las cortes o tribunales supremos en El Salvador en 1983, reformada en 1991; en Costa Rica en 1989; en Paraguay en 1992; en Nicaragua en 1995, aunque las principales facultades corresponden al pleno de la Corte; en Venezuela en 1999; en Honduras en 2001²⁰.

3. El habeas data es el instrumento que “procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos cuando el afectado prefiera no hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a la persona contra posibles afectaciones realizadas por medio de la in-

²⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Estudio preliminar”, en Biscaretti di Ruffia, Paolo, Introducción al derecho constitucional comparado, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 31-40; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Ensayos sobre derecho procesal constitucional, México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 41-48.

formación electrónica, que se ha extendido de manera extraordinaria en nuestra época”²¹.

Incorporan el habeas data en sus Constituciones: Brasil en 1988, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Ecuador en 1998, Bolivia en 2004.

Algunas Constituciones han creado novedosos instrumentos procesales de protección de derechos, como el mandado de seguridad colectivo en Brasil, o la acción de cumplimiento en Perú, pero aún se trata de casos aislados.

4. El ombudsman es la institución sueca que se desarrolló a partir de 1809, la cual fue recogida por las Constituciones de Portugal como Promotor de la Justicia y de España como Defensor del Pueblo, denominación esta última con la cual se ha incorporado a varias leyes fundamentales de América Latina, región en la que se pueden encontrar algunos antecedentes; pero la primera Constitución que la admitió con sus características propias, se encuentra en el mencionado Código Fundamental de Guatemala de 1985; con posterioridad fue aceptada por los órdenes jurídicos de México en 1990, aunque se le incluyó en la Constitución hasta 1992²²; de El Salvador en 1991; de Colombia en ese mismo año; de Paraguay y Costa Rica en 1992; de Perú en 1993; de Argentina a nivel federal en 1993 y 1994, porque con anterioridad varias provincias ya contaban con él; de Bolivia y Honduras en el último año señalado; de Nicaragua en 1995; de Ecuador en 1996; de Venezuela en 1999.

Además, existen varios ombudsmen a nivel local y municipal, y otros no creados a nivel constitucional como el Defensor de los Habitantes de Costa Rica, en 1992.

²¹ Fix-Zamudio, Héctor, obra citada, nota 20, p. 43.

²² Carpizo, Jorge, Derechos humanos y ombudsman, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 115-134.

5. Se tiende a la autonomía técnica del ministerio público o fiscal, desligándolo por completo de la subordinación tradicional que ha tenido respecto al poder ejecutivo.

Debo apuntar que en América Latina el ministerio público se encuentra, aunque sea formalmente, como parte del poder judicial en Colombia, Paraguay, El Salvador, Perú y en las provincias argentinas, salvo una; que la autonomía técnica es todavía más un postulado constitucional que una realidad.

En Ecuador se dice que la fiscalía general del Estado es órgano autónomo de la función judicial que goza de autonomía administrativa, económica y financiera.

6. El equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo. Con este propósito se introducen instituciones novedosas.

En América Latina, en 15 Constituciones se encuentra la figura de la interpelación: Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En Argentina sólo respecto al jefe de gabinete.

De acuerdo con el artículo 165 de la Constitución de El Salvador, si un ministro, un encargado del despacho o un presidente de institución oficial autónoma no concurre a la Asamblea Legislativa a contestar las interpelaciones que se le hicieren, por ese solo hecho, si no existe causa justa, queda depuesto de su cargo.

7. Elementos parlamentarios se presentan en varios países de la región. Existe la posibilidad de voto de confianza en Perú (artículo 130) y Uruguay (artículos 174 y 175), aunque en la realidad no suele operar.

8. La institución de la censura se encuentra en 12 países de América Latina: Argentina (artículo 101), Bolivia (159.18), Colombia (artículo 135, fracciones 8 y 9), Costa Rica (artículo 121.24), Ecuador (artículo 131), El Salvador (artículo 165), Guatemala (artículo 167), Panamá (artículo 161.7), Paraguay (artículo 194), Perú

(artículo 132), Uruguay (artículos 147 y 148) y Venezuela (artículos 240 y 246).

En 6 países el efecto jurídico de la censura es la renuncia, en otros tantos se encuentra sujeta a la decisión del presidente de la República, con modalidades diversas.

Veamos algunos ejemplos. En Costa Rica, la Asamblea Legislativa puede “por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios (ministros) cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos”.

Nótese que para dicha “censura” se exige una votación calificada, lo que protege a los ministros; que las causas son más de carácter penal que político; que la Asamblea goza de un amplio margen de discrecionalidad “a su juicio”, y no se especifica nada más, tampoco un procedimiento, pero lo más importante, es que la censura no implica la renuncia del ministro, sobre la que el presidente de la República decide libremente.

Las Constituciones de Bolivia de 1878 y 1967 también dejaban los efectos de la censura al criterio del presidente de la República.

Ahora bien, no puede negarse que, aun en estos casos, la censura puede ser importante y tiene efectos políticos de relevancia, ya que el presidente puede verse presionado por la opinión pública y ante la necesidad de preservar buenas relaciones con el Congreso. No obstante, la decisión última de la permanencia del ministro queda en manos del titular del Poder Ejecutivo.

En Guatemala, si el congreso emite un voto de falta de confianza a un ministro, cuando menos por la mayoría absoluta del total de los diputados, el ministro debe renunciar de inmediato. Empero, si se satisfacen algunos requisitos, el ministro puede recurrir la falta de confianza y, después de escucharlo, el congreso vuelve a votar, y para ratificar dicha falta de confianza, se necesita la votación aprobatoria de las dos terceras partes del total de los diputados que

integran el congreso. Si se ratifica el voto de falta de confianza, el ministro se tiene que separar del cargo de inmediato. En cada caso, el voto de falta de confianza no puede exceder de cuatro ministros.

La Constitución de Argentina, reformada profundamente en 1994, creó la figura de jefe de gabinete, quien es nombrado y removido por el presidente de la República, pero quien es políticamente responsable ante el congreso, que lo puede remover de su cargo por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, sin necesidad de expresar causa. No obstante, los demás ministros no son responsables ante el congreso. En la realidad, el jefe de gabinete es un representante del presidente de la República y un “fusible”, si surgen enfrentamientos graves entre los poderes políticos.

Existe un órgano similar al gabinete en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela que recibe la denominación de “Consejo de Ministros”. En Panamá tiene la nomenclatura de “Consejo de gabinete”.

En algunos pocos países sudamericanos desde las primeras décadas del siglo XIX se introdujeron matices parlamentarios.

7. En América Latina, debido principalmente a la influencia francesa de la Constitución de 1958, se ha venido aceptando que si en la votación presidencial, ninguno de los candidatos obtiene el 50, 45 o 40% de los votos, se realiza una segunda vuelta electoral, generalmente entre los dos candidatos que obtuvieron los mayores porcentajes del sufragio.

Actualmente, regulan la segunda vuelta las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay.

El artículo 77.3 de Brasil regula lo que se puede denominar la segunda vuelta “clásica”: si ninguno de los candidatos obtiene mayoría absoluta en la primera votación, se realiza una segunda, en

la cual participan los dos candidatos más votados, y se elige como presidente aquel que obtenga la mayoría de los votos válidos.

En Costa Rica el umbral de la votación no es de 50% sino de 40%. En Argentina ese umbral es de 45% de los votos válidos o el 40% si existe una diferencia mayor de diez puntos porcentuales entre el candidato que haya alcanzado más votos y el que le sigue en segundo lugar. En Nicaragua ese umbral se fijó en 45% de los votos.

2. En un sistema presidencial, la segunda vuelta presenta ventajas y desventajas²³.

8. Existen otras tendencias constitucionales en la región que son también muy importantes, como:

a. Los Consejos de la Judicatura, cuya función es el gobierno y la administración de los tribunales, integrados mayoritariamente por miembros del poder judicial con la finalidad de hacer efectivo el llamado “autogobierno de la magistratura”.

Se afirma que los consejos de la judicatura hacen a un lado el aparato burocrático del Estado para transformarlo en un órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder; que es un régimen de autogobierno por el cual se garantiza que la carrera judicial sea una realidad y que la designación, promoción, adscripción y responsabilidad de los jueces respondan a sistemas objetivos de méritos que fortalezcan la independencia de los tribunales²⁴.

²³ Carpizo, Jorge, Concepto de..., obra citada, nota 1, pp. 167 y 168.

²⁴ Giacobbe, Giovanni, “Autogobierno de la magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la república italiana”, en varios autores, Justicia y sociedad, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 103. Véase de Fix-Zamudio, Héctor, “Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”, en varios autores, Memoria de El Colegio Nacional, 1992, pp. 43 y 44, y Los problemas contemporáneos del Poder Judicial, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 37-40; asimismo, Carpizo, Jorge, Temas constitucionales, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 192-206.

b. El reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, primordialmente del convencional, respecto a los preceptos internos, pero no en relación con los constitucionales, como en los casos de Ecuador, Panamá, El Salvador, Costa Rica y Argentina.

En lo relativo a los tratados y convenciones sobre derechos humanos, el énfasis es mayor, como en la Constitución peruana de 1979, no en la actual de 1993, que dispuso que los preceptos de los tratados sobre esa materia tenían jerarquía constitucional y, por tanto, no podían ser modificados, sino por el procedimiento a través del cual se reforma la norma constitucional.

El artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992 es rotundo al ordenar 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”.

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reformada en 1994, dispone que los tratados y los concordatos poseen jerarquía superior a las leyes, y que los tratados y convenciones de derechos humanos, que expresamente enuncia, poseen jerarquía constitucional, y sólo pueden ser denunciados por el poder ejecutivo, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara; los demás tratados y convenciones sobre dicha materia gozarán de jerarquía constitucional, si son aprobados por la mencionada mayoría de los legisladores.

El artículo 23 de la Constitución venezolana norma que los tratados, pactos y convenciones ratificados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, en consecuencia, prevalecen en el orden interno, en cuanto contengan preceptos más favorables que los establecidos por la Ley Fundamental, siendo de aplicación inmediata y directa por parte de los tribunales y demás órganos del poder público.

El artículo 417 de la Constitución de Ecuador dispone que en “los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción

de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

En la región son veintiún países los que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Constitución peruana de 1993, en su artículo 205, precisa que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales de los cuales ese país es parte. Hasta ahora es la única Constitución latinoamericana que contiene un precepto de tal naturaleza. Sin embargo, fue este Estado, el que, en 1999, desconoció unilateralmente y con efecto inmediato la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque en marzo de 2001, el Congreso de ese país decidió su retorno a la jurisdicción de la mencionada Corte²⁵.

c. La judicialización de los actos y conflictos electorales. La tendencia es hacia la creación de tribunales especializados en materia electoral en lugar de institutos de carácter político. Estos tribunales gozan generalmente de autonomía plena y en muchas ocasiones constituyen órganos constitucionales autónomos. El proceso comenzó con la Constitución brasileña de 1934. La actual de 1988 establece una amplia jurisdicción electoral con un Tribunal Superior Electoral, Tribunales Regionales Electorales, jueces electorales y juntas de la misma naturaleza.

Se han constituido tribunales electorales, autónomos e independientes del Poder Judicial y de cualquier otra institución u organismo del Estado, como en la Constitución de Chile de 1980 con el

²⁵ Dichos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, obra citada, nota 20, pp. 155-158; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Nexos entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ars Juris*, México, núm. 17, 1997, pp. 120-147; García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389-405.

Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales regionales electorales; en la Constitución de Costa Rica de 1949 con el Tribunal Supremo de Elecciones; en la Constitución de Ecuador de 1978 con el Tribunal Supremo Electoral; en la Constitución de Panamá de 1972-1983 con el Tribunal Electoral; en la Constitución de Paraguay de 1992 con el Tribunal Superior de Justicia Electoral.

Guatemala y Honduras cuentan con tribunales electorales, aunque no se encuentran regulados en sus respectivas Constituciones.

En Colombia, El Salvador, Perú y Venezuela existen órganos, que a pesar de que no reúnen las características judiciales, deciden en última instancia respecto a los resultados de la calificación.

d. Las funciones de fiscalización se realizan a través de un órgano específico, con autonomía técnica, que generalmente se encuentra encuadrado dentro del poder legislativo, cuya función es la fiscalización de las cuentas, de la gestión económica del Estado, del sector público y de los recursos públicos manejados por particulares. Este órgano, como regla general, informa al Congreso de sus labores y determina las probables responsabilidades en que se haya podido incurrir en el manejo de los recursos públicos.

Los miembros de estos órganos deben gozar de garantías de independencia e inamovilidad.

A estos órganos se les suele denominar Tribunal o Corte de cuentas, entidad superior de fiscalización, cámara de cuentas, auditoría general de la nación, aunque la denominación que prevalece en América Latina es la de Contraloría General de la República o del Estado.

Estos órganos son de singular importancia en una región donde la corrupción representa un gran problema, aunque sus facultades no son amplias en varios de nuestros países, en los cuales, ya sea que se encuentren enmarcados o no dentro del poder legislativo, se les garantiza autonomía funcional y administrativa. Tal es el caso en Colombia, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua,

Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En la actual Constitución de Ecuador le suprimen la autonomía técnica y funcional al órgano correspondiente, misma que se reconocía en la anterior Constitución.

La Constitución argentina señala que es organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional. La de Brasil indica que el control está a cargo del Congreso Nacional con el auxilio del Tribunal de Cuentas. La de El Salvador, que es organismo independiente del presidente de la República. La de Guatemala, que es institución técnica descentralizada. Las de Chile, Nicaragua y Panamá, que son organismos autónomos o independientes.

Al respecto, interesante resultan las disposiciones constitucionales de Argentina, Colombia y Guatemala.

En Argentina, el titular es propuesto por el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, y es designado por mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras legislativas.

En Colombia, el contralor es electo por el Congreso de ternas que integran por partes iguales la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En Guatemala, el contralor es designado por el Congreso, por mayoría absoluta de todos los diputados, entre seis candidatos propuestos por una comisión integrada por un representante de los rectores de las universidades, los decanos de las facultades de Contabilidad en que se imparte la carrera correspondiente, de la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Administradores de Empresas.

Por el contrario, el presidente de la República sí interviene en algún grado o forma en esos nombramientos en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua, Perú y República Dominicana²⁶.

²⁶ Los datos anteriores los he tomado principalmente de dos obras: Entidad Fiscalizadora Superior de La India (comp.), Mandatos de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, Intosai, 3 vols., que contiene la normativa de estos ór-

9. En el contexto de este panorama, un dato para tenerse en cuenta, en virtud de que es trascendente, consiste en que de 1978 a 2008, 18 presidentes no pudieron terminar su periodo en la región, con la consecuente crisis de gobernabilidad, pero ésta se superó por los cauces que marca la Constitución; la sustitución presidencial fue de acuerdo con sus normas. El primer presidente de este ciclo que no concluyó su periodo fue Hernán Siles Suazo de Bolivia en 1985; el último, Eduardo Rodríguez Veltzé del mismo país, en 2006.

Todas estas tendencias constitucionales refuerzan a nuestras democracias y otorgan un ánimo optimista, a pesar de que en diversos países las instituciones existen, pero no se desarrollan adecuadamente, debido a causas muy diversas como carencia de total independencia frente a poderes constitucionales y fácticos, personal no idóneo y estructuras débiles, aún sin consolidarse.

Otra perspectiva, pero igualmente optimista, desde la visión electoral, la proporciona Daniel Zovatto quien afirma:

“La alternancia en el poder producida por la vía electoral a lo largo de estas tres décadas (1978-2008), unida a la elección de una mujer (Chile y Argentina), de un sindicalista (Brasil) y de un indígena (Bolivia), dan cuenta de la importancia y profundidad del cambio político que se ha venido llevando a cabo en la región. Cabe destacar, asimismo, la alternancia producida en México con la victoria de Fox (2000), después de más de siete décadas de gobiernos del PRI. No menos importante fue la llegada de la izquierda a la presidencia en Uruguay luego de muchas décadas de alternancia entre colorados y blancos. Todos estos cambios ponen de manifiesto que la democracia electoral no sólo goza de buena salud en

ganos en todo el mundo, tanto a nivel constitucional como legal. El idioma utilizado es el inglés; y de López Guerra, Luis y Aguiar, Luis, (eds.), Las Constituciones de Iberoamérica, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegio de Abogados e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001, 1324 pp.

la región sino, también, que es el mejor camino para producir cambios profundos y pacíficos.

La alternancia ha venido acompañada de nuevos actores políticos que presionan desde el mismo Estado a favor de cambios estructurales. Es la revolución institucional como la ha llamado Evo Morales, originada y liderada desde el Estado. A diferencia de los años 60 del siglo pasado, cuando la revolución era exógena al Estado, ahora su origen es endógeno. Pero los revolucionarios de nuestro tiempo no han llegado al poder mediante la lucha armada sino a través de las urnas y están actuando con reglas democráticas, si bien es cierto tensionándolas, muchas veces, hasta el límite. El plebiscito boliviano del pasado 10 de agosto (de 2008), del cual el presidente Morales resultó ganador indiscutible, representa un ejemplo claro de esta revolución institucional, de un mecanismo dirigido a buscar, por la vía de las urnas, la legitimidad para su gobierno y para el proceso de “revolución democrática y cultural”. En otras palabras, el poder de “la elección” como legitimadora del poder popular. El próximo paso de este proceso de transformación por la vía electoral será el referéndum constituyente previsto para el 25 de enero de 2009.

¿Quién podrá negar que, para ser legítimo, cualquier cambio que se realice en América Latina a partir de ahora tendrá que llevarse a cabo, necesariamente, por medio de elecciones y respetando las reglas del juego democrático?”²⁷.

VI. ALGUNOS ASPECTOS ACTUALES DE LA DEMOCRACIA LATINOAMERICANA

En la democracia latinoamericana de nuestros días hay cuestiones que debemos tener en cuenta por su singular importancia, y

²⁷ Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, p. 70.

para contar con un panorama más preciso de nuestras democracias y de las tendencias constitucionales en la región, y algunas no son optimistas. Entre ellas destaco las siguientes:

1. Los sistemas pluralistas moderados y extremos, y la falta de confianza hacia los partidos políticos.
2. Los gobiernos divididos y de coalición.
3. Los referendos.
4. La corriente reeleccionista.
5. El poder de la calle.
6. El crimen organizado, y
7. La moral pública.

Digamos algo de cada una de estas siete cuestiones:

1. En la región, en 11 países existen 10 o más partidos políticos o movimientos por los cuales la gente votaría. En Venezuela encontramos 85 partidos, 22 en República Dominicana, 14 en Brasil y Guatemala, 13 en Argentina y Ecuador, 12 en Perú, 11 en Bolivia y Costa Rica, 10 en El Salvador y Paraguay, 5 en Honduras y 4 en Uruguay²⁸.

En términos generales, nuestros sistemas de partidos políticos se encuentran en evolución y aún no es posible conocer qué va a resultar al final de cuentas. Permítaseme ejemplificar con México: existen 8 partidos y tenemos un sistema tripartito, en el cual actualmente sólo tres están en posibilidad de obtener la presidencia de la República. No obstante, es un sistema en movimiento, que no termina de asentarse.

La percepción que existe en América Latina de los partidos políticos ha mejorado un poco. Sin embargo, la confianza en ellos continúa siendo baja. En relación con la pregunta de si los partidos políticos lo están haciendo bien o muy bien, la respuesta positiva fue

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

de 30%. Hubo un incremento comparado con 2007, y se regresó al nivel de 2006.

Ante la pregunta en 2008 “¿cuánta confianza tiene en los partidos políticos?”, la respuesta de mucha o algo fue de 21%. En 2003 esa pregunta la respondió positivamente el 11% de los encuestados.

Respecto a si los partidos extremistas debían prohibirse o permitirse, el 52% se manifestó por la permisión y el 36% por la prohibición²⁹.

Existe, entonces, desconfianza hacia los partidos políticos porque: no cumplen con las promesas electorales, se les percibe como únicamente interesados en obtener el poder, la corrupción, los escándalos de toda índole y que la situación socioeconómica de la población cambia muy poco, sea cual fuere el partido que gobierne.

2. Las experiencias de gobiernos divididos o compartidos en América Latina; es decir, cuando el partido del presidente no cuenta con mayoría absoluta en el Congreso, son de lo más disímolas. Las hay muy exitosas, otras no tanto; también encontramos fracasos.

Scott Morgenstern y Pilar Domingo señalan gobiernos democráticos en Sudamérica durante el siglo XX que muchos terminaron en golpes de Estado. De 70 gobiernos de mayoría 12 finalizaron en golpes, o sea, el 17%. De 83 gobiernos divididos, 17 acabaron por causa de un golpe; es decir, el 21%³⁰, y a partir de 1978, el presidente fue sustituido, como ya afirmé, dentro de los marcos constitucionales.

El ejemplo de los últimos cinco gobiernos de Brasil es aleccionador. Esos gobiernos fueron divididos, pero mientras Sarney, Collor

²⁹ *Ibidem*, pp. 86-89.

³⁰ Morgenstern, Scott y Domingo, Pilar, “The Success of Presidentialism? Breaking Gridlock in Presidential Regimes”, en Valadés, Diego, y Serna, José María (coords), *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; pp. 101 y 102.

y Franco no lograron que el Congreso aprobara sus propuestas, el éxito ha coronado las gestiones de Cardoso y Lula. Los factores para ello son múltiples, entre los que podemos mencionar: liderazgo, consenso para la estabilización del país, medidas económicas exitosas, ministros capaces, rumbo definido y habilidad negociadora. El camino no ha sido fácil, se encontraron escollos y obstáculos, pero los resultados son satisfactorios o muy satisfactorios³¹.

La existencia de gobiernos divididos lleva de la mano a la de gobiernos de coalición. El sistema presidencial de coalición es una creación de América Latina.

El presidencialismo de coalición presenta fórmulas diversas: electorales, de gobierno, de reformas y de acuerdos legislativos. No es la panacea, obviamente que se presentan problemas³², pero encontramos ejemplos exitosos como los de Brasil, Chile e incluso Bolivia.

En los sistemas de gobierno donde predomina el pluripartidismo moderado o extremo, contemplo que alguna fórmula de coalición es necesaria. Me inclino por la de gobierno. Visualizo, en parte, nuestro futuro en dicha dirección.

3. Los referendos toman actualidad en América Latina. Las últimas Constituciones, como las de Venezuela, Ecuador y Bolivia han sido aprobadas a través de este método. En un sistema democrático así debe acontecer.

El proyecto de Constitución que el presidente Chávez propuso en 2007 fue rechazado en un referendo, y su iniciativa de reforma constitucional para la reelección indefinida de las autoridades electas, fue aceptado a través de otro referendo en este 2009.

³¹ Mainwaring, Scott, “Multipartyism, Robust Federalism, and Presidentialism in Brazil”, en Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew Soberg (eds.), Presidentialism and Democracy in Latin America, Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1997; pp. 95-105.

³² Lanzaro, Jorge, “Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina”, en Lanzaro, Jorge (comp.), Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina, Buenos Aires, CLACSO y ASDI, 2001, p. 32.

Los referendos tampoco son una panacea, pero constituyen el método más acorde con la democracia: que las decisiones más importantes las tome directamente el pueblo. Todos sabemos el peso de los medios electrónicos de comunicación para influir en el votante. En el último referendo venezolano, la oposición se opuso, alegando que se vulneraba el artículo 345 de la Constitución que indica: “la iniciativa de reforma que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional”. El presidente Chávez alegó que el asunto era semántico, en virtud de que no podía presentar la misma iniciativa, pero sí “una reforma, una sencilla enmienda”³³. Para cualquier constitucionalista es claro que dicha interpretación no es correcta. El punto más importante en el referendo de 2007 fue precisamente ese: la reelección indefinida del presidente de la República, acompañada y fortalecida en 2009 con la posibilidad de la reelección indefinida de todo funcionario de elección popular.

Asimismo, los referendos revocatorios a nivel nacional comienzan a proliferar en nuestra región.

En 2008, en Bolivia se les preguntó a los ciudadanos “¿usted está de acuerdo con la continuidad del proceso de cambio liderado por el presidente Evo Morales Ayma y el vicepresidente Álvaro García Linera?”. Más que un referendo revocatorio fue un referendo ratificatorio, en el cual a quienes no les fue bien fue a los prefectos de Cochabamba y La Paz, cuyo resultado les fue adverso, con lo cual dejaron de ocupar esos cargos.

En Venezuela, la Constitución acepta el referendo revocatorio para todos los cargos de elección popular; en 2004, el presidente Chávez se sometió a este procedimiento.

El referendo revocatorio existe también a nivel regional y municipal, en algunos países del área.

³³ El País de 4 de diciembre de 2008, p. 5.

4. Un principio característico de nuestra región, como regla general, había sido que el presidente de la República no podía reelegirse para el periodo inmediato.

En la actualidad existe una fuerte corriente reeleccionista. El presidente encuentra con frecuencia los medios constitucionales, a veces muy forzados, para perpetuarse en el poder. Ahí está el ejemplo mencionado de Chávez y actualmente en el Congreso de Nicaragua existe un proyecto similar que parece no goza de la simpatía legislativa.

Incluso presidentes, con una trayectoria personal, académica y política de vocación democrática, sucumben al canto de las sirenas al quebrar la regla de la no-reelección inmediata; así ha acontecido y así aconteció en Brasil en 1997. Fernando Henrique Cardoso logró la reforma constitucional para permitir su reelección inmediata por una sola ocasión, la cual incluyó también a los gobernadores y los prefectos. Dicha reforma permitió a Cardoso ocupar el cargo durante dos periodos consecutivos, situación semejante a lo que acontece en la actualidad con el presidente Lula da Silva. Recientemente se oyeron voces de dirigentes del partido más importante en el poder que proponían otra reforma constitucional que permitiera la reelección de Lula para un tercer periodo consecutivo. Lula expresó su oposición y consideró que una reforma constitucional que permitiera un tercer mandato consecutivo sería “insensatez pura”, “falta de sensibilidad política” y que “no se juega con la democracia”³⁴. Lo anterior resalta la figura de Lula como estadista, demócrata, y defensor de las instituciones.

Todo indica que el presidente Uribe de Colombia intentará una reforma constitucional que le permita reelegirse para un tercer periodo consecutivo³⁵.

³⁴ El País de 7 de noviembre de 2007, p. 9.

³⁵ El País de 12 de agosto de 2008, p. 8. Véase este mismo periódico de 23 de febrero de 2009, p. 17, en donde se encuentra un interesante artículo de Andrés Oppenheimer sobre esta cuestión.

La norma constitucional se ha doblado ante la fuerza del poder ejecutivo. Argentina, Brasil, Ecuador, Perú y Colombia pasaron de la reelección mediata a permitir la inmediata. Costa Rica ha aceptado, en cambio, la reelección después de transcurrido un mandato presidencial, y sin que se efectuara reforma constitucional alguna, sino a través de la interpretación jurisdiccional.

En República Dominicana, el presidente Fernández Reyna se reeligió en 2008 para un tercer periodo.

Este principio de no reelección debe ser parte de un sistema democrático. Incluso en los regímenes parlamentarios debe existir un límite a la permanencia en el poder del jefe de gobierno: ¿8, 12 o 16 años? La democracia implica también rotación en los cargos.

5. El poder de la calle o de las movilizaciones.

Diversos grupos se percatan de que un motor de cambio se encuentra en la protesta y la movilización, a veces debido a que sus intereses no se encuentran representados en el Congreso.

Parece paradójico, aunque no es raro, que las movilizaciones sean auspiciadas desde el gobierno central para presionar al Congreso, tribunales o poderes de hecho.

Los latinoamericanos creemos en un 59% que el status quo se puede cambiar a través del voto; un 16% por medio de las movilizaciones, y un 14% que no es posible influir en el cambio.

Las naciones más escépticas al respecto, en virtud de que no consideran que el status quo pueda ser cambiado, son: Chile con 27%, México con 23% y Honduras con 21%³⁶.

6. En algunos de los Estados de la región el crimen organizado ha tomado tal vigor que desafía al propio Estado y a su monopolio legítimo de la fuerza.

Las cantidades enormes de dinero que el crimen organizado maneja y su poder corruptor carcomen las bases mismas de la or-

³⁶ Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 98-101.

ganización política y de la sociedad, incluso un problema actual, en algunas naciones, es la existencia del dinero de ese crimen en las elecciones.

El Latinobarómetro 2008 indica que por primera vez, como promedio, aparece la delincuencia como el principal problema de la región con 17%, y en segundo lugar se encuentra el desempleo con 15%. La delincuencia “ocupa las preocupaciones de la mitad, un tercio y un quinto de las poblaciones de 7 países de la región. El desempleo, en contraste, sólo es la preocupación principal de otros 5 países, pero en mucha menor medida en cada país”³⁷.

En Venezuela el 53% de los encuestados manifestaron haber sido víctimas de un delito y en México el 42%. No obstante, en este último país la economía fue señalada como el problema más importante por un 24%, a pesar de que el crimen organizado tiene asolada a la nación, como jamás nadie se imaginó que podía acontecer. Un dato adicional, en México, en los últimos ocho años, 130,000 elementos han desertado del ejército, según manifestó el propio presidente de la República, y una buena proporción de ellos fueron reclutados por el crimen organizado, que incluso los invita a unírsele a través de mantas colocadas en sitios claves de varias ciudades del país.

7. Publiqué un ensayo que intitulé: “La moral pública en México” para dejar constancia de mi profunda preocupación sobre este tema³⁸. La tesis que sostengo consiste en que poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras son la quinteta de la muerte para México, y es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes: es el ejemplo que generaciones de mexicanos les hemos dado, y esto es lo que quieren alcanzar en su existencia a como dé lugar y sin importar los medios.

³⁷ *Ibidem*, p. 23.

³⁸ Carpizo, Jorge, “La moral pública en México”, en *Voz y voto*, núm. 181, México 2008; 38-45 pp. Reproducido en *Moral pública y libertad de expresión*, varios autores, México, Jus, Res pública, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Fundación para la Libertad de Expresión, 2008; 9-33 pp.

Pues bien, en varios de los congresos y seminarios latinoamericanos a los que he asistido, diversos participantes me han asegurado, toda proporción guardada y en diversos grados, que la situación en su país es muy parecida a la que describo para México. Entonces, me percaté de que el deterioro de la moral pública es un grave problema en varios países de nuestra región y probablemente en la mayoría de ellos.

Debo puntualizar que después de contemplar algunas de las causas de la actual crisis económica mundial, me atrevo a afirmar, y considero que no me equivoco, que esos problemas de moral pública reinan también en varios de los países más ricos del mundo y en mayor proporción; fraudes de 50,000 y 8,000 millones de dólares cometidos por dos personas, el descuido y el contubernio de los órganos supervisores, rescates de miles de millones de dólares, que pagarán los contribuyentes, para salvar bancos y empresas donde reinó la irresponsabilidad, la incompetencia, la corrupción, las mentiras, las dobles contabilidades, y en donde a algunos de los responsables todavía se les jubiló con cientos de millones de dólares. Todo igual o peor que en algunos países de América Latina, con la sola diferencia del tamaño fenomenal e inmenso de los mismos problemas.



Expreso una profunda preocupación: que varios de los problemas expuestos en esta última parte del ensayo, como son la falta de confianza en los partidos políticos, la atomización del sistema de partidos políticos, la corriente reeleccionista, el debilitamiento de los poderes legislativo y judicial, los referendos manipulados y no conducidos conforme a la ley, el problema del crimen organizado y un deterioro en la moral pública, vayan a conducir, a varios o a muchos de nuestros países, a una nueva ola, no de fortalecimiento

de la democracia, sino de hiperpresidencialismo, donde los pesos y contrapesos del poder se debilitan y la protección de los derechos humanos palidece.

Además, en América Latina no contemplo ni creo posible una fuerte democracia material si la gran mayoría de la población no conduce una existencia digna, con satisfactores económicos, sociales y culturales suficientes. El reto es enorme. Lo podemos afrontar. De estos treinta años de fortalecimiento democrático y constitucional, no debe darse ningún paso hacia atrás. Ningún retroceso. Al contrario. La ruta es el fortalecimiento y la consolidación de la democracia política y social. Ello es también nuestra responsabilidad y debe ser, asimismo, nuestro compromiso.

Ciudad Universitaria, D. F., marzo de 2009.

GALILEO Y EL ESTADO*

Diego Valadés**

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares; 2. El enjuiciamiento de Galileo; 3. Los teólogos y el derecho a disentir; 4. Estado confesional y Estado secular; 5. Galileo y la cultura europea; 6. Galileo, el Renacimiento y la era moderna; 7. Absolutismo y totalitarismo; 8. Galileo y el arte de la guerra; 9. Consideraciones finales; Fuentes.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Sobre el enjuiciamiento de Galileo Galilei han sido publicados numerosos estudios. Gracias al interés de Napoleón fue posible localizar e integrar los expedientes del proceso; a lo largo de los siglos XIX y XX fue un tema que atrajo por igual a historiadores y juristas. En este estudio no me detengo a examinar los pormenores del juicio, pero incluyo algunas referencias bibliográficas donde es posible encontrar, además de análisis jurídicos, la transcripción puntual de los documentos del proceso. Lo que me interesa destacar son dos cuestiones: el contexto europeo de tensión política (que incluía la

* Este trabajo fue presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre 2009), e incluido en su memoria págs. 659-681. Tomo I. Editorial IDEMSA. Lima, Perú, 2009. ISBN: 978-612-4037-06-1 y fue enviado por el autor a este Instituto el día 20 de octubre de 2009.

** Miembro de El Colegio Nacional y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. valades@servidor.unam.mx

expansión hacia África, América y Asia) que afectó a Galileo, porque recrudesció el embate de la iglesia católica en contra de lo que podía implicar una amenaza para su hegemonía; y la repercusión que las ideas innovadoras de Galileo y el proceso judicial mismo tuvieron en la etapa constructiva del Estado moderno, entendiendo como tal una forma de organización del poder político, soberano y por lo mismo secular.

Es bien conocido el aforismo de Acton conforme al cual “el poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente”. Esta expresión, categórica, le fue inspirada al célebre historiador eclesiástico por el controvertido principio de la infalibilidad papal, adoptado de manera formal en el Concilio Vaticano de 1870, pero que se discutía desde mucho antes. Hasta antes del Concilio había dos corrientes dominantes en la materia: una se inclinaba por afirmar que la infalibilidad pontificia sólo concernía a la doctrina, en tanto que otra aseguraba que esa infalibilidad incluía también cuestiones fácticas.¹

En la Edad Media Inocencio III reaccionó (1215) ante el incipiente proceso de secularización política en Inglaterra, representado por la Carta Magna, que se acentuaría con posterioridad reinado de Enrique III;² de la misma forma en el siglo XIX el papado se opuso a la creciente tendencia a construir sistemas constitucionales basados en la tolerancia de todos los credos, y en la supresión de la religión de Estado. El eje de esta tendencia secularizadora se localiza en el período de Galileo, como se verá en este ensayo, y el cien-

¹ Acton, lord, *Essays on Church and State*, Londres, Hollis and Carter, 1952, p. 243 y ss.

² Inocencio III estableció en 1215, entre otras cosas, la confesión obligatoria, para prevenir sorpresas y mantener un control más efectivo sobre la nobleza; por su parte Enrique III inició un proceso de cambios paulatinos al convocar, en 1265, a representantes de los burgos, con objeto de atenuar el peso político del clero y de la nobleza en el naciente parlamento.

tífico fue, en buena medida, víctima de la intolerancia y catalizador de una nueva forma de entender y de ejercer el poder.

II. EL ENJUICIAMIENTO DE GALILEO

Treinta y seis años de edad tenía en 1600 el profesor de la Universidad de Pádova, Galileo Galilei, cuando el filósofo Giordano Bruno fue quemado vivo, por sentencia de la Inquisición, en el Campo de' Fiori en Roma. El acontecimiento era sórdido, pero no infrecuente. Bruno compartía las teorías de Copérnico, pero al menos en apariencia no fue por esto que lo condenaron, de ahí que Galileo no pudiera imaginar que tres décadas más tarde él también sería enjuiciado por la misma institución.

Roberto Belarmino, un prominente jesuita, fungió como consultor de la Inquisición en el caso contra Bruno. Las investigaciones comenzaron en Venecia, en 1592, y Bruno fue extraditado a Roma al año siguiente. Belarmino, quien conocía bien el expediente, recibió el capelo cardenalicio en 1599 y de inmediato integró el tribunal. Un año más tarde Bruno sucumbiría en la hoguera.

A la fecha se han publicado importantes trabajos biográficos sobre Bruno, pero siguen sin conocerse a ciencia cierta las proposiciones por las que resultó condenado. Se sabe que compartía las teorías de Copérnico y al parecer la quinta de las ocho proposiciones que se le atribuyeron se refería al movimiento de la tierra, pero la cuestión central, pública, de la sentencia se basó en su identificación con la magia y con las doctrinas herméticas.³ Esto explica, de alguna manera, que Galileo no haya tenido reservas para identificarse de manera tan abierta con los planteamientos copernicanos.

³ Blackwell, Richard, J., *Galileo, Bellarmine and the Bible*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1991, pp. 45 y ss.

A Belarmino, inquisidor instruido, le tocó desempeñar también un papel central en el acoso a Galileo. Su función en los casos de Bruno y de Galileo fue la de un guardián ilustrado del poder hegemónico del papado.

La publicación de su texto sobre las manchas solares, ocasionó a Galileo un importante ataque de la iglesia. La teoría copernicana sustentada por Galileo contradecía la letra expresa de la *Biblia*, en especial el libro de Josué, donde se alude a la detención del sol.⁴ En su defensa, Galileo adujo que muchos fragmentos del texto bíblico tenían un sentido figurado, como cuando se hablaba de “la mano de Dios”, sin que por esto se significara una extremidad con cinco dedos. Esta argumentación radicalizó la acusación, pues se consideró que invadía el terreno de la teología.⁵ El juicio culminó en 1616, cuando el fiscal sometió a un colegio compuesto por once teólogos la síntesis de las ideas galileanas, enunciadas en dos proposiciones: “el Sol es el centro del mundo, y permanece inmóvil”, y “la Tierra no es el centro del mundo y no permanece inmóvil”. La respuesta no tardó: las proposiciones fueron declaradas tontas, absurdas y heréticas.

Ese primer enjuiciamiento tuvo un desenlace relevante para el siguiente proceso, porque según el cardenal Belarmino, Galileo se retractó y ofreció no incurrir de nueva cuenta en el error de esas afirmaciones.

En 1623, luego del advenimiento al papado del cardenal Maffeo Barberini, con quien Galileo cultivaba amistad, el científico recibió una nota del secretario de breves del papa, Giovanni Ciampolli, también amigo suyo, exhortándolo a seguir publicando sus trabajos. No tardó en someter a la autorización eclesiástica su obra *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo tolemaico e copernicano*. Después de una larga espera, llena de vicisitudes,

⁴ Josué, X, 13.

⁵ White, Andrew D., *A history of the warfare of science with theology in Christendom*, N. York, Prometheus, 1993 [1a. edición: 1896], p. 132.

en 1632 se publicó del *Diálogo*, sostenido entre tres personajes: Salviati, quien sustentaba las tesis del propio Galileo; Sagredo, un amigo suyo en la vida real que en la obra fungió como un inteligente interlocutor, y Simplicio, un filósofo que hacía honor al nombre. La tormenta no tardó en producirse: ante el papa se argumentó la índole herética del texto, y el pontífice reaccionó llamándose engañado por Ciampolli, a quien desterró, y por Galileo, a quien ordenó procesar.

En este juicio Galileo tuvo que hacer frente a la imputación de dos faltas graves: haber incidido en herejía y haber violado compromiso contraído ante Belarmino en 1616. Como en todos los juicios celebrados ante la Inquisición, hubo numerosas y flagrantes violaciones de lo que ahora entendemos como proceso conforme a derecho, o debido proceso legal. Un día después de haberse desahogado la cuarta declaración de Galileo, se dio por concluido el juicio y de inmediato fue pronunciada la sentencia. En ella siete cardenales afirmaban que era absurdo y herético decir que la tierra girara alrededor del sol y que la tierra no era el centro del universo.

La prevención de que sería torturado, y la amenaza aún más severa para un creyente, de ser condenado para la eternidad, llevaron a Galileo a una retractación enfática. Gracias a su abjuración, la sentencia le permitió permanecer en reclusión domiciliaria desde 1633, año de la sentencia, hasta su muerte en 1642.

No todas las experiencias habían sido en el mismo sentido. También se registran actitudes de tolerancia. Nicolás de Oresme, por ejemplo, tradujo y publicó en 1377 el tratado *Del cielo*, de Aristóteles. Más que una simple versión francesa de la obra clásica, Oresme intercaló comentarios propios a lo largo de todo el texto aristotélico. Entre sus nutridas observaciones, Oresme analizó la posibilidad de la rotación de la tierra, aunque no tuvo elementos

para probar esa suposición.⁶ De cualquier forma la hipótesis no fue objeto de rechazo, tal vez porque no hizo una afirmación categórica o porque la obra en cuestión había sido un encargo del monarca para quien trabajaba, Carlos V de Francia. Lord Acton, profundo conocedor de la historia eclesiástica, diferenciaba entre una iglesia renacentista, idealista, y una iglesia decidida, después de Trento, a utilizar la violencia con tanto rigor como podía hacerlo Calvino.⁷

III. LOS TEÓLOGOS Y EL DERECHO A DISSENTIR

Al parecer Galileo cometió un error de cálculo político: en medio de una lucha religiosa de dimensión continental, y cuando los efectos de la contrarreforma estaban en auge, cuestionó la autoridad de los teólogos. Su carta a Castelli (diciembre de 1613) contenía numerosas expresiones despectivas para quienes siendo conocedores de las escrituras, eran desconocedores de las leyes de la naturaleza. El primer conflicto se resolvió en 1616, pero la carta a Castelli estragaría las relaciones de Galileo con los teólogos de Roma, y produciría a la postre las conocidas consecuencias de su procesamiento, retractación y condena. Sin embargo, la cuestión no significó sólo un conflicto teológico, como sustenta Ernan McMullin,⁸ ni fue un capítulo más del enfrentamiento entre la ciencia y la iglesia, como postula Richard Blackwell.⁹ Es muy posible que así haya sucedido en otros muchos casos, pero en el que nos ocupa lo más relevante era la autoridad política y jurídica del papado.

⁶ Vid. Oresme, Nicolás de, *Le Livre du Ciel et du Monde*, editado y traducido por Menut, Albert D., y Denomy, Alexander J., Madison, University of Wisconsin Press, 1968, pp. 521 y ss.

⁷ *Lectures on modern history*, Londres, Fontana, 1970, p. 126.

⁸ "Galileo on science and Scripture", en Machamer, Peter, *The Cambridge companion to Galileo*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 271 y ss.

⁹ "Could there be another Galileo case?", en Machamer, Peter, *The Cambridge companion to Galileo*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 348 y ss.

Sin que tuviera relación alguna con la Reforma, en Italia se había gestado una sólida doctrina a favor de la secularización del poder estatal a partir de Maquiavelo y de Guicciardini. La lucha por la religión estaba en su apogeo en el continente, y a ella se agregaba la lucha por el poder, en la península. La presencia de los Estados pontificios implicaba un obstáculo para la unión italiana. Cuando Maquiavelo aludía a la *virtud* como un elemento fundamental del Estado, se refería a la *virtud civil*, al *vivere civile*, a la plenitud de la secularidad, en contraposición al dominio papal.

No es extraño que Ernst Cassirer asocie los nombres y las obras de Maquiavelo y de Galileo, como autores afines. “Los *Diálogos sobre dos nuevas ciencias* de Galileo, y *El príncipe* de Maquiavelo... tratan temas enteramente diversos; pertenecen a siglos diferentes; fueron escritos por hombres muy divergentes en su pensamiento, por sus intereses científicos, por su talento y por su personalidad... [pero] lo que Galileo dio en sus *Diálogos* y lo que dio Maquiavelo en su *Príncipe* eran realmente nuevas ciencias”.¹⁰ Proponer nuevas ciencias, en cada caso, era separarse del estándar teocrático; la secularización de la política, a través del Estado, y del conocimiento, a través de la ciencia, se complementaban entonces igual que ahora. Y esto sí representaba un desafío para el poder real del papado.

Desde esa perspectiva, la actitud eclesiástica ante Galileo no traducía una posición dogmática invariable, pues se habían registrado excepciones como la de Oresme; tampoco se trataba de una vindicta personal en contra del científico, porque la dimensión intelectual que el personaje tenía en Europa no lo permitía. Lo que había en el fondo era un proceso de secularidad en marcha que la iglesia advertía pero no admitía. De ahí que hubieran tenido que transcurrir siglos para que se produjera una suave enmienda, y de ahí que en 1990 el cardenal Joseph Ratzinger todavía dejara ver su

¹⁰ *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 156.

incomodidad¹¹ ante un personaje cuyas tesis dividieron la opinión de los doctos hace cuatrocientos años, pero que hoy se celebran como un capítulo brillante en la historia de la inteligencia.

Hay una explicación llamativa según la cual el enjuiciamiento de Galileo no habría tenido más que una relación accidental con las cuestiones teológicas, y todo se habría debido a una *caída en desgracia*, como miembro de la clientela papal. De acuerdo con este criterio, el profesor de historia de la ciencia en Harvard, Mario Biagioli¹² advierte que la sentencia dictada en contra del sabio decía que el tribunal lo encontraba “vehementemente sospechoso de herejía”, pero no lo declaraba *hereje*. Con este motivo formula la hipótesis de que en realidad el objetivo de la curia romana era despojarlo del estatus y de los ingresos que se le habían conferido desde tiempo atrás.

La obra de Biagioli es de una gran erudición. Con abundancia de datos presenta el panorama de las cortes florentina y papal en la época de Galileo, que incluye una gran cantidad de casos de elevaciones y descensos en el favor de los nobles y del papa. También señala que la movilidad era más ostensible en el caso del papado, porque cada nuevo pontífice traía su propia cauda de beneficiarios, en tanto que en las cortes dinásticas había una cierta continuidad por la vinculación de los cortesanos con las familias reinantes. Biagioli sugiere que lo ocurrido con Galileo se debió, sobre todo, a la pérdida de apoyos relevantes y tal vez a intrigas. Desde una perspectiva cortesana podría tener alguna base; pero desde un punto de vista jurídico, ese planteamiento no se sostiene.

¹¹ En un discurso en Parma, el 15 de marzo de 1990, el entonces cardenal expresó: “El proceso contra Galileo fue razonable y justo”. Cfr. Machamer, Peter, “The many trials of Galileo Galilei”, en *Science*, Vol. 309, julio 1º, 2005, p. 58.

¹² Biagioli, Mario, *Galileo courtier. The practice of science in the culture of absolutism*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, pp. 313 y ss.

En efecto, si bien el argumento de Biagioli es original, no advierte que la Inquisición no podía declarar *hereje* a Galileo y a la vez imponerle una sentencia de relativa benignidad. La declaración, ambigua, sentenciándolo como *sospechoso* de herejía, se complementaba con otros extremos incluidos en la misma resolución en cuanto a que la Inquisición se reservaba la posibilidad de revocar la prisión domiciliaria e imponer una pena más severa, que incluso podía ser la de muerte. La Inquisición mantuvo así una espada pendiente sobre la cabeza de Galileo, al tiempo que eludía sacrificar su vida en un momento de grandes tensiones políticas en Europa. Galileo, por otra parte, era una figura con amplio reconocimiento en todo el continente, y esto debió pesar en el ánimo de sus juzgadores. Además, la iglesia estaba muy interesada en la retractación, y en este caso la única posibilidad de obtenerla consistía en ofrecerle una cierta benevolencia en cuanto a no someterlo a la tortura ni privarlo de la vida.

El mecenazgo fue una institución que cumplía dos funciones esenciales: impulsar el conocimiento y las artes, y mantener una posición de relativo control sobre los protagonistas de la cultura. Si, por otra parte, advertimos la multiplicidad de cortes que había en la península italiana, se podrá advertir que la magnitud de la clientela expresaba una forma de competencia entre las casas reinantes y se traducía en poder político para los benefactores. Los beneficiarios de la munificencia no tenían derecho alguno ante su patrono, quien en cualquier momento les podía suspender o cancelar el apoyo otorgado, sin que para ello tuviera que recurrir a algún proceso jurisdiccional; no se trataba de una relación contractual, sino de un acto unilateral de voluntad. En el caso de Galileo, el papa podía haberlo privado de sus mercedes sin poner en movimiento el aparato coactivo de que disponía.

Por otra parte, los asuntos científicos trascendieron más allá de los centros académicos y eclesiásticos e interesaron a los mo-

narcas. En el caso de Galileo, la familia Médicis se había visto halagada porque el astrónomo identificara los satélites de Júpiter con nombre de la familia reinante. La curiosidad de los Médicis por la ciencia se reflejaba en una nota que el sacerdote Benito Caselli dirigió a Galileo en diciembre de 1613, refiriéndole haber tenido un prolongado desayuno y una más larga sobremesa acompañando al gran duque, Cosme II, a su esposa, María Magdalena de Austria, y a la duquesa madre, Cristina de Lorena. Caselli, discípulo de Galileo en materia científica, había sido convocado para que les explicara los continuos descubrimientos del sabio. La primera pregunta que le hicieron fue si el propio Caselli tenía telescopio, y en seguida entraron en materia, inquiriendo por la posible contradicción entre las afirmaciones galileanas y el texto bíblico. Caselli escribió a Galileo dándole cuenta de todos los detalles de la conversación y terminando con un importante comentario: la familia ducal compartía las convicciones de Galileo.¹³

Es más que probable que este hecho también haya sido del conocimiento del papado, como lo fue después la simpatía que el sucesor de Cosme mantuvo por Galileo hasta la muerte de éste. No es remoto que otras de las muchas casas gobernantes en la península mantuvieran una posición semejante, por lo que una declaración general de herejía habría podido fracturar la unidad que mantuvieron en torno al papado durante la fragorosa Guerra de Treinta Años. Por el contrario, una posición defensiva pero matizada, como la que refleja la sentencia, era funcional para el efecto de poner en guardia a los disidentes, aplacar los ánimos dubitativos y mantener una cierta capacidad de control sobre los procesos políticos en el complejo panorama europeo.

¹³ Vid. Finocchiaro, Maurice, *The Galileo affair. A documentary history*, Berkeley, University of California Press, 1989, pp. 47 y ss.

IV. ESTADO CONFESIONAL Y ESTADO SECULAR

El enjuiciamiento de Galileo se produjo en un contexto de extremas tensiones religiosas y políticas. Desde el siglo XVI se había producido acontecimientos que cimbraron a la península itálica: el saqueo de Roma; el desmoronamiento de la república de Florencia; la ocupación española y, para completar el cuadro de las animosidades, los grandes movimientos de Reforma y Contrarreforma. Es comprensible que en esas circunstancias se acentuaran las actitudes radicales y que la iglesia católica se empeñara en fortalecer sus amenazadas posiciones. Una de las respuestas fue el Concilio de Trento.

Además de los problemas externos, la iglesia hacía frente a procesos internos de descomposición. Ya en el Concilio de Letrán (1512-1517) se habían planteado las delicadas cuestiones de la ignorancia, de la venalidad y de la corrupción clericales. Ante este panorama se propuso que la ejemplaridad moral recorriera toda la jerarquía, desde el papa hasta los sacerdotes. No fue mucho lo que se avanzó, y en el accidentado concilio tridentino (1545-1563), además de los temas concernidos con la fe y la liturgia, se implantaron importantes medidas disciplinarias: la obligación de residencia de los obispos, para evitar su ausencias frecuentes y dilatadas, abriendo con ello espacios para que prosperara la Reforma; el establecimiento de seminarios que ofrecieran una adecuada preparación a los religiosos; el régimen de indulgencias y beneficios; y la formación de la Congregación del Índice, para dar efectividad a la censura de libros adoptada en Letrán.

Para compensar la fuerza expansiva del reformismo luterano, se procuró el reformismo católico. El enfrentamiento se había gestado durante largo tiempo. El mismo año que concluyó el concilio lateranense, Lutero proclamó sus tesis en Witenberg. La escisión afectó la vida religiosa, por supuesto, pero tuvo impacto asimismo en el comercio, en la cultura y en la política. Los monarcas europeos

tomaron partido, de suerte que el destino de ambos concilios estuvo muy vinculado con las casas gobernantes de Alemania, España, Francia e Inglaterra.

La conveniencia del Estado secular había sido advertida en obras como las Maquiavelo y Guicciardini, pero no formaba parte de las convicciones dominantes en los círculos del poder político y religioso. Además, subsistía la amenaza contra la *cristiandad*, como entonces se identificaba todavía Europa, por parte del mundo islámico, y en especial por los turcos. El conflicto de civilizaciones no era extraño a la época, como no la había sido a lo largo de la Edad Media.

Como si eso fuera poco, las conquistas territoriales de España y de Portugal en África, América y Asia, habían adoptado el carácter de actos de *cristianización*, con lo que se infligió un revés a los postulados favorables a la secularización del Estado. El enfrentamiento entre las corrientes religiosas propició una relación muy estrecha entre el papado y los monarcas católicos, porque ambas partes adoptaron decisiones conjuntas para la expansión de sus respectivas áreas de influencia. Pero también se produjo un fenómeno de grandes repercusiones por lo que hacía a los sistemas políticos: la concentración creciente del poder. Lo más vistoso fue el fenómeno, luego identificado como *absolutismo*, no fue un hecho político privativo del poder civil; el poder eclesiástico transitó por el mismo sendero.

De la Edad Media procedían dos tradiciones: el conciliarismo, que suponía la supremacía de los concilios sobre el papa, y el consistorio cardenalicio, como factor de equilibrio ejercido por el colectivo de cardenales ante el papa. A efecto de diluir la influencia de los concilios y de los cardenales, los papas multiplicaron las diócesis y el número de purpurados. Por ejemplo, para contar con soportes más estructurados a favor del papa, en el siglo XVI aumentó el número de cardenales. Al principiar la centuria había 35, de los cuales

21 (el 60 por ciento) eran italianos; al terminar, el número ascendía a 57, de los que 46 (el 80 por ciento) eran de esa nacionalidad.¹⁴

De las medidas adoptadas en Trento, la que tendría un efecto más ostensible en las relaciones de la iglesia con la ciencia y con el poder político, serían el Índice, la Inquisición y las universidades pontificias. Sixto V advirtió las posibilidades de centralizar el poder y expidió la bula *Romanus Pontifex* (1580), mediante la que estableció la obligación de todos los obispos de concurrir con regularidad a Roma para presentar informes sobre el estado de su diócesis. Luego emitió la *Inmensae aeterni* (1587), para organizar o reorganizar quince congregaciones permanentes, entre ellas la correspondiente a la muy antigua Inquisición; la del Índice de libros prohibidos; la de Recaudación de impuestos, y la de Universidades.

La proscripción de libros avanzó con rapidez desde que Paulo IV promulgó en 1559 el primer índice. Allí fueron incluidas las obras de Jean Bodin, Giordano Bruno, Tomás Campanella, Erasmo y Nicolás Maquiavelo, entre muchas más. ¿Qué le esperaba a Galileo en el siglo siguiente?

El científico no tenía conflicto de creencias. Era un católico practicante muy apreciado. Argumentó que el conocimiento no afectaba la fe, máxime que los hallazgos de las regularidades del universo contribuían a confirmar la grandeza de quien lo había creado todo. Empero, en un entorno como el que ya se ha mencionado, muy radicalizado y proclive a la rigidez de un poder sin control, la posición de Galileo resultaba vulnerable, porque se basaba en una interpretación libre de la *Biblia*, que podía sospecharse como una actitud afín al luteranismo. Su formación y sus intereses no le brindaron elementos para valorar los riesgos que corría, ni para identificar la frontera que estaba rebasando. Tal vez se sentía confiado en sus propias convicciones religiosas, en los numerosos enlaces

¹⁴ Shea, William R., "Galileo and the Church", en *God and Nature*, ed. por Lindberg, David y Numbers, Ronald, Los Angeles, University of California Press, 1986, p. 115.

que tenía entre la alta jerarquía eclesiástica, el papa incluido, en su simpatía por el poder político florentino y en el prestigio que lo acompañaba.

A raíz de sus observaciones en 1609, los honores se multiplicaron. En 1610 regresó triunfante a Florencia, abandonando la seguridad que le ofrecía un espacio político más neutral en Venecia; pero a él le inspiraba mayor confianza el ejercicio duro del poder ejercido por los Médicis.¹⁵ En la Universidad de Pisa fue nombrado profesor, sin la obligación de residir y ni siquiera de enseñar.¹⁶ Los jesuitas, organizados como parte de la estrategia contrarreformista y que ya protagonizaban un importante papel cultural y científico, también le ofrecieron una recepción entusiasta. Conforme a los patrones ideológicos imperantes, Galileo no tenía razones para sentirse en riesgo ante la iglesia. Sus cálculos políticos fueron menos afortunados que sus cálculos matemáticos. El error de Galileo consistió en no advertir que se vivía una etapa de intolerancia extrema, como la que, por razones parecidas, se había registrado en el siglo XIII.

En 1270 y en 1277, sendas condenaciones habían proscrito diversas proposiciones teológicas y científicas, por considerarlas opuestas a la doctrina de la iglesia. En su extenso estudio sobre Leonardo da Vinci, el científico, historiador y filósofo Pierre Duhem sustentó que la Condenación de 1277 fue el fundamento de la ciencia moderna, en tanto que implicó la ruptura con la iglesia católica y la posibilidad de emancipar el conocimiento con relación a la teología y de desarrollar un método de investigación propio. La tesis de Duhem ha sido controvertida, y es comprensible que una ase-

¹⁵ *Idem*, p. 119.

¹⁶ A diferencia de los artistas, filósofos y científicos que trabajaban para los Médicis, Galileo no recibía apoyo económico de la corte; sus ingresos provenían de la iglesia, a través de la Universidad de Pisa. Cfr. Cfr. Biagioli, Mario, *Galileo courtier. The practice of science in the culture of absolutism*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, p. 159.

veración tan amplia no encuentre confirmación empírica.¹⁷ Pero al margen de que sea una consideración excesiva, el hecho es que el documento de la curia parisina tuvo resonancia a lo largo de las décadas siguientes.

El eje de la condenación estaba dirigido al pensamiento aristotélico. Aunque no se le menciona por su nombre, también se incluyeron varias tesis de Tomás de Aquino entre las proscritas entonces por el obispo Etienne Tempier. El sílabo declaraba heréticas proposiciones tales como: “los únicos hombres sabios son los filósofos”; “no se debe aceptar como verdadero más que lo evidente”; “el mundo es eterno, porque todo lo que puede vivir para siempre en el futuro, vivió por siempre en el pasado”; “nunca hubo un primer hombre, ni habrá uno último; la generación de los hombres siempre ocurrió y seguirá sucediendo”; “después de la muerte no hay bien posible”; “la ley cristiana impide aprender”; “hay fábulas y falsedades en la ley cristiana como en cualquier otra”; “es imposible que algo venga de la nada”; “la creación no es posible, excepto conforme a la fe”.

En total 219 proposiciones y algunos libros fueron tildados de heréticos, y a quienes sustentaran esas tesis se les sancionaría con excomunión. Desde la perspectiva de una institución religiosa es comprensible el celo por su dogma y la exclusión de quienes lo nieguen o distorsionen; en este sentido todas las iglesias están en su derecho para definir sus principios dogmáticos y para imponer los correctivos internos que estimen razonables cuando se producen desviaciones. En el caso de la iglesia católica, sin embargo, las medidas coactivas trascendían incluso a quienes no formaban parte de su doctrina, porque no se había dado la secularización del poder político. De esta suerte, las disposiciones que podían ser legítimas

¹⁷ Cfr. Hiebert, Erwin N., “Modern physics and Christian faith”, en *God and Nature*, ed. por Lindberg, David y Numbers, Ronald, Los Angeles, University of California Press, 1986, pp. 438 y ss.

por cuanto a su grey, resultaban arbitrarias para quienes no profesaban las mismas convicciones religiosas, o no tenían credo alguno.

Entre los destinatarios de la proscripción parisina de 1277 se encontraban el teólogo Siger de Brabante, profesor en la Universidad de París, muerto joven en circunstancias misteriosas y a quien Dante luego ubicó en el paraíso, y Boecio de Dacia; ambos, lectores de Aristóteles. A lo largo de los siglos XIII y XIV se sumaron dieciséis índices de ese género, que marcaron una pauta de lo que se suele aludir como una era sólo de obscuridad. Esta afirmación no hace honor a la Edad Media, si se tiene en cuenta que durante los siglos que comprende fueron establecidas las universidades y quedaron puestas las bases de las instituciones constitucionales y parlamentarias modernas.

Es hiperbólico atribuir a la cultura de una época reacciones contra la inteligencia. El mismo fenómeno que se registró en la Edad Media, se reprodujo en pleno Renacimiento, y el siglo XX, que corresponde a otra era histórica, también fue escenario de la quema de libros en numerosos lugares del planeta.¹⁸ Fue en pleno siglo XX, asimismo, cuando se registró el ultrajante grito “¡muera la inteligencia!” proferido por Millán Astray en el recinto de la Universidad salmantina. El problema del obscurantismo no es exclusivo del Medioevo; la cuestión tiene que ver con el ejercicio del poder y con el pluralismo social. Por eso, como Hipatia en el siglo V o Galileo en el XVII, los protagonistas del conocimiento han sido también, aun sin proponérselo, auspiciadores de cambios jurídicos y políticos.

¹⁸ Una revisión de la destrucción masiva de libros por motivos políticos, religiosos y étnicos en la última década del siglo XX, puede verse en Báez, Fernando, *Historia universal de la destrucción de los libros*, México, Debate, 2004. El autor incluso acuña el neologismo *libricidio*.

V. GALILEO Y LA CULTURA EUROPEA

La mente excepcional de Galileo se identificó con la del más importante filósofo político de su época y uno de los más descollantes en la historia del pensamiento político-jurídico: Thomas Hobbes. La sólida formación cultural de Hobbes le permitía traducir del griego a Homero o a Tucídides, discutir de filosofía con Descartes, argumentar sobre cuestiones científicas con matemáticos y astrónomos (él mismo fue instructor de matemáticas del príncipe de Gales) y, por supuesto, abordar con los dirigentes políticos de su tiempo los procesos del poder y las formas de organización del Estado. El sabio inglés también discutía las aportaciones y el valor de las observaciones de Galileo en su correspondencia con William Cavendish.

La evolución del conocimiento científico, en especial del concernido con la física y la astronomía, tuvo un gran impacto en todos los ámbitos del conocimiento. Montesquieu, por ejemplo, fue coetáneo de Newton. A la muerte del sabio inglés, el tratadista francés tenía 38 años de edad, aunque no se conocieron porque el barón de Secondat llegó a Inglaterra un año después de la muerte del científico. Montesquieu es reconocido en especial por la llamada *teoría de la separación de poderes*, que ya había identificado Aristóteles y que también desarrolló Polibio. En cambio se suele tener menor consideración por el esfuerzo precursor de Montesquieu por identificar las leyes que rigen el comportamiento social. Cuando en 1734 escribió *Consideraciones sobre la decadencia de los romanos*, no intentó una obra histórica sino una interpretación de las leyes de la historia; y cuando en 1748 publicó *El espíritu de las leyes* siguió buscando de las regularidades que le permitieran identificar las *leyes sociales*, entendiéndolas como *las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas*.

En el siglo XVII Hobbes había empleado un método semejante, y tal vez algo pudo haber discutido con Galileo.¹⁹ Cincuenta y cuatro años de edad tenía Hobbes, al morir Galileo, y todavía le quedaban casi cuatro décadas más de vida. Su obra emblemática, *Leviatán*, apareció en 1651. Las leyes del movimiento estuvieron presentes en la manera como previó resolver los problemas de relación política. Acogiéndose a una idea trinitaria del hombre, afirmaba que su naturaleza era física, como persona, cívica, como miembro de una sociedad, y mística, como parte de la creación. Cada una de esas formas de ser implicaba un tipo distinto de problema, y las relaciones del conjunto suponían un desafío considerable para hacer viable la convivencia.

Galileo recibió a Hobbes en su prisión domiciliaria de Arcetri, Florencia, en 1636;²⁰ unos años más tarde también lo visitaría John Milton. Se trataba de un recluso ilustre, por cuyo destino estaba interesada la comunidad cultural europea; tanto que Galileo había recibido ofrecimientos “redituables” para publicar su obra por parte de editores alemanes, franceses y venecianos.²¹

El mundo cultural europeo estaba atento a lo que sucedía con Galileo. En varias de las notas epistolares de Descartes, el filósofo expresaba su preocupación por el astrónomo y numerosos personajes, además de Hobbes y de Milton, lo frecuentaron en su retiro florentino. Sólo de Francia llegaron a verlo los matemáticos Pierre Carcavy y Jean de Beaugrand, el médico Pierre Michon Burdelot y el historiador Jean Baptiste Haultin. Además, el editor e impresor

¹⁹ En su correspondencia alude a Galileo, pero no refiere qué temas trataron. Cfr. Hobbes, Thomas, *The correspondence*, ed. por Malcolm, Noel, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 20 y ss., y 38 y ss.

²⁰ Cfr. Hungerland, Isabel, y Vick, George, introducción a Hobbes, Thomas, *Computatio, sive, logica*, Nueva York, Abaris, 1981, p. 391. En Arcetri existe ahora un importante observatorio astrofísico.

²¹ Declaración de Galileo ante la Inquisición, en Finocchiaro, Maurice, *The Galileo affair. A documentary history*, Berkeley, University of California Press, 1989, p. 260.

holandés Louis Elzevier, el poeta Giovanni Coppola, y otras figuras de la cultura que visitaban Florencia. Un cronista de la época decía que a partir de 1633 todo visitante de Toscana trataba de entrevistarse con el sabio.²²

No hay registro de los temas tratados con los visitantes, pero es inequívoco que su situación jurídica era conocida de todos, incluida su retractación. Quienes se interesaban por conversar con él con seguridad buscarían conocer de manera directa sus puntos de vista científicos y tal vez políticos y eclesiásticos. Para entonces la cuestión geocinética se discutía también en los países nórdicos, germanos y centroeuropeos, en Francia y en Inglaterra. Richelieu se vio tentado a promover la condena de las tesis galileanas en la universidad, pero hacerlo habría supuesto acogerse a una decisión del papado que hubiera restado independencia a su propia política.

Aunque no se puede saber lo que hablaron Galileo y sus visitantes, es evidente, por el tipo de personajes, que sus preocupaciones eran convergentes. Cuando Burdelot pasó por Florencia era todavía un joven médico que luego tendría ascendiente en los círculos el poder francés, y de quien se conocía su ateísmo, no muy frecuente en cuanto a su exteriorización en la época.

Uno de los resultados de las entrevistas sostenidas con Galileo, fue la publicación de la obra de Galileo censurada por la iglesia, en Holanda y en Estrasburgo. Los impresores fueron Elzevier y David Hautt, respectivamente. La edición de Estrasburgo fue importante, porque se hizo en latín, a la sazón lengua franca de la cultura europea. La versión latina fue cuidada por un protestante austriaco, quien consultaba con frecuencia a Galileo para mantener la pulcritud del texto. Desde Polonia el rey Ladislao intentó obtener el perdón para Galileo, y andando los años decretó la libertad de conciencia en su país.

²² Finnochiari, Maurice, *Retrying Galileo*, Berkeley, University of California Press, 2007, pp. 43 y ss., y 62 y ss.

Algunos años después de su entrevista, John Milton escribió su célebre y hermoso alegato *Areopagítica*, en contra de la censura y de la quema de libros, y a favor de la libertad de expresión. Hizo gala de erudición y de agudeza argumentativa. Ese texto, uno de los más elegantes argumentos a favor de la libertad, también rendía un homenaje a Galileo. Milton aludía a su entrevista diciendo que “visité al famoso Galileo, un anciano, prisionero de la Inquisición por pensar en astronomía de manera distinta a como lo hacían los franciscanos y los dominicos”.²³ Lo que podemos entender de este testimonio es que hablaron de libertad, y que el cautiverio no mermó el sentido de dignidad del sabio florentino. La intención del poeta era persuadir al Parlamento inglés de que la libertad era una necesidad y un derecho.

VI. GALILEO, EL RENACIMIENTO Y LA ERA MODERNA

La periodización histórica es un asunto polémico y, en cierta forma, subjetivo; a la postre depende de los indicadores que cada observador adopte. El concepto de *Renacimiento*, por ejemplo, fue formulado por Jules Michelet. En algunas conferencias y en su correspondencia epistolar previas a 1855 ya había utilizado esta expresión, pero sólo la publicaría en su formidable *Historia de Francia*, cuyo volumen VII se titula *La Renaissance*. Ahí dice que la “amable palabra Renacimiento... (representa) para el erudito la renovación de los estudios de la antigüedad; para los juristas, el día que surge después del caos de nuestras antiguas costumbres”.

Para Michelet el Renacimiento abarca un siglo XVI extendido, que va del nacimiento de Colón (1451) y de Copérnico (1473) al fallecimiento de Galileo (1642). Ellos encarnaban el puente que iba de la Edad Media a la Edad Moderna. Era un periodo que su-

²³ *Areopagítica*, en *Prose selections*, ed. por Merritt Y. Hughes, Nueva York, Odyssey Press, 1947, p. 244.

ponía una revolución compleja, amplia y laboriosa que comprendía “del descubrimiento de la tierra al descubrimiento del cielo”.²⁴ Años más tarde, Jakob Burckhardt publicó su también célebre *La cultura del Renacimiento en Italia*, donde su referente temático fue la creación artística, comenzando con Giotto (1267-1337) y concluyendo con Miguel Ángel (1475 – 1564). El Estado moderno también es un producto del Renacimiento al que Burckhardt incluso califica como “una obra de arte”²⁵ y cuya aparición está asociada con la secularización del poder político.

Las tensiones entre el poder temporal y el poder espiritual alcanzaron niveles extremos en el curso de la Edad Media, y se resolvieron después de muchas y muy cruentas luchas. Conforme a un criterio jurídico-político, el establecimiento del Estado confesional representó el fin del mundo grecolatino y el inicio de la Edad Media, y el reconocimiento del poder político secular supuso, a su vez, el inicio de la Edad Moderna.

Las primeras disposiciones que implicaron un giro del Estado hacia la confesionalidad, fueron adoptadas por el emperador Constantino. A él se debe, por ejemplo, la creación del fuero eclesiástico. Mediante un edicto (octubre 21, 313) exceptuó a los clérigos de la prestación obligatoria de servicios públicos, y con posterioridad (febrero 5, 330) estableció que “los lectores de las divinas escrituras, los subdiáconos y los demás clérigos” quedaban absueltos de cualquier acusación y en lo sucesivo no serían sometidos a la justicia común.²⁶

A partir de 330 las disposiciones imperiales se harían cada vez más intolerantes, hasta culminar con el edicto de Graciano, Valentiniano y Teodosio (febrero 28, 380) mediante el cual se declaró que era voluntad imperial “que todos los pueblos sujetos a

²⁴ Michelet, Jules, *Histoire de France. La Renaissance*, Paris, Équateurs, 2008, p. 12.

²⁵ *La cultura del Renacimiento en Italia*, Barcelona, Editorial Iberia, 1951, pp. 9 y ss.

²⁶ *Código Teodosiano*, XVI, ii, 1 y 7.

nuestro gobierno deben practicar la religión trasmitida por el apóstol Pedro a los romanos”, y que cualquier infracción a esa orden sería castigada en una primera ocasión con pena de azotes, “como venganza divina”, y con posterioridad “conforme a nuestra propia determinación”.²⁷ En muy pocos años, a partir de ese momento, se construiría un aparato de enorme dureza autoritaria. En 381 se prohibió la celebración de asambleas a quienes no fueran católicos, y así se reiteró en 386; en 388 se prohibió toda expresión pública que implicara una crítica al catolicismo; en 389 se privó de la capacidad de hacer testamento a los *herejes*; en 391 se implantó, y en 392 se ratificó, la deportación para los disidentes del catolicismo.²⁸

Tendrían que transcurrir más de doce siglos para que el Estado recobrara su secularidad. El Tratado de Westfalia (octubre 24 de 1648), que puso fin al conflicto armado de origen religioso que involucró a Europa en la primera mitad del siglo XVII, conocido como la Guerra de Treinta Años, es una especie de acta de nacimiento del Estado moderno, en tanto que por primera vez se reconoce, en un instrumento jurídico internacional, la naturaleza soberana de los Estados y la libertad de conciencia de las personas.²⁹ Entre el 28 de febrero de 1609 y el 24 de octubre de 1648, rigió un orden jurídico intolerante.

A Galileo le tocó vivir en la fase final de esa difícil época, y padecer los efectos de un sistema que, para evitar su colapso, precipitó a Europa en uno de sus más sangrientos episodios bélicos. Las circunstancias de su enjuiciamiento fueron seguidas con atención por los grupos ilustrados de todo el continente. La astronomía era una ciencia atractiva y Galileo, como antes Copérnico, sostenía y

²⁷ *Id.*, XVI, i, 2.

²⁸ *Id.*, XVI, iv, 1, 2, 3; v, 4, 17, 20.

²⁹ Este Tratado precursor también estableció la libertad de comercio y de tránsito de personas en Europa e incluyó la obligación de los órganos jurisdiccionales de cada Estado nacional de proteger a los nacionales propios y extranjeros “contra toda clase de opresiones” (artículo LXX). De esta manera la libertad de conciencia contaba con una garantía jurisdiccional.

personificaba una posición convincente. Tal vez la iglesia católica no tenía muchas opciones, porque su repliegue podía haberse visto como signo de debilidad, y la debilidad ha sido siempre una imputación que inquieta a los dirigentes políticos. Esto explica que se hayan ejercido sobre Galileo todas las formas posibles de presión moral para conseguir su retractación. En esa época todavía no se proscribía la tortura, y la confesión era considerada la “reina de las pruebas”.

VII. ABSOLUTISMO Y TOTALITARISMO

Galileo padeció los efectos de un fenómeno político al que en nuestro tiempo se identifica como *autoritarismo*. Éste es un término genérico que comprende por igual los regímenes identificados como absolutos y como totalitarios. Las notas distintivas del absolutismo consistían en la concentración extrema del poder en un individuo que derivaba su legitimidad de la “gracia divina” transmitida por sucesión dinástica; que no delegaba sus potestades, por lo que sus auxiliares actuaban en su nombre y respondían sólo ante él; que ejercía sus atributos de forma autónoma, en tanto que no rendía cuentas ni estaba sujeto a control, y que desplegaba facultades de dominio sobre las personas y las cosas bajo su jurisdicción. Con este motivo el monarca podía reclutar, imponer cargas fiscales, dirimir conflictos y en general realizar todos los actos propios de una autoridad política y militar. En Inglaterra y en Francia a los monarcas también se les atribuyó la realización de milagros. Las relaciones entre el poder y sus destinatarios se planteaban en términos de sumisión.

El totalitarismo contiene otros elementos. En tanto que se trata de un régimen surgido en la era de los partidos, incluyó la dominación ideológica e incluso moral de los gobernados, por lo que proscribió cualquier expresión, verbal u organizativa que ignorara o contrariara los principios y dogmas éticos e ideológicos adoptados

por el Estado. Las relaciones entre el poder y sus destinatarios se planteaban en términos de adhesión incondicional, espontánea o compelida.

Para enfrentar y desmontar los regímenes absolutistas se utilizaron sobre todo los argumentos basados en los constructos del contractualismo social, de la soberanía popular y de la separación de funciones, de los que resultaron instituciones como los derechos fundamentales y sus garantías procesales; la secularidad del Estado; la legitimidad electoral de los gobernantes, y el ejercicio controlado del poder. Las respuestas al totalitarismo agregaron otros elementos, tales como el reconocimiento de la dignidad.

La identificación de ejercicio absoluto del poder se debe a Thomas Jefferson. En la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776), redactada por él, se denuncian el “despotismo absoluto” y la “tiranía absoluta”, entendidos como sinónimos. Sin embargo, las voces *absolutismo* y *absolutista* son galicismos cuyos primeros registros en Francia se localizan en 1796 y en 1823, respectivamente. En Inglaterra la primera utilización documentada de ambas voces corresponde al militar y político liberal Thomas Perronet (1830). En español, italiano y portugués los registros son posteriores a 1840. Por su parte las expresiones *totalitario* y *totalitarismo* (la voz *totalitarista* es menos usada) fueron acuñadas por Benito Mussolini y están documentadas en la *Enciclopedia Italiana* de 1932.

Ahora bien, ¿a qué tipo de poder político se enfrentó Galileo? Su experiencia todavía da lugar a polémicas. Una incipiente reivindicación eclesiástica del sabio se produjo apenas en 1992; pero todavía hoy subsisten posiciones encontradas entre quienes sustentan que la iglesia debe pedir perdón por sus excesos, y los que consideran que el propio Galileo hizo escarnio de la jerarquía y merecía el castigo. Lo que se decida en torno a su memoria, en ocasión del cuarto centenario que se celebra, es un asunto coyuntural; lo que sí

podemos examinar es la circunstancia especial que desencadenó su enjuiciamiento y su retractación, y el tipo de régimen político bajo el cual vivió.

En el siglo XVII la jerarquía de la iglesia católica ejercía funciones de Estado. Sus decisiones políticas y jurídicas se aplicaban, incluso mediante coacción, sobre la población asentada en un espacio territorial. La naturaleza de los Estados pontificios era muy compleja, porque además del poder supremo papal subsistían estructuras de poder local, cuyas raíces se remontaban a la organización medieval, con las modificaciones políticas y territoriales acordadas en el Tratado de Cateau - Cabrésis, de 1559.³⁰

El poder papal no se ejercía por sucesión dinástica, pero muchas de sus características eran análogas a las que identificaban a los regímenes absolutistas; y si bien no se contaba con una organización equiparable a los partidos, si se disponía de una estructura vertical que más allá de regular la conducta de los individuos, se inmiscuía en el fuero íntimo de las personas para apoyar sus creencias espontáneas, o para imponérselas. Con motivo de la elección del papa Urbano VIII, en 1623, un cardenal escribía que el poder papal hacía de una persona “dueño de las almas, del Estado y de todo lo demás.”³¹

³⁰ Durante la vida de Galileo, y con fundamento en el Tratado, los Estados Pontificios comprendían Emilia-Romaña, las Marcas, Lacio y Umbría, y además ejercían dominio sobre los ducados de Ferrara y Urbino (incorporado a la autoridad pontificia en 1631). El Tratado también reconoció los reinos de Nápoles, Sicilia y Cerdeña, el ducado de Parma y los marquesados de Finale y Sabbioneta (incorporado en 1629), bajo la corona española. Conforme a ese acuerdo internacional existían asimismo los principados de Brixen y Trento; el Gran Ducado de Toscana; los ducados de Castro, Mantua, Mirándola, Módena, Parma y Piacenza, y Saboya; los marquesados de Castiglione, Gonzaga, Massa, Masserano, y Montferrat; los condados de Correggio, Guastalla, Montechiarugolo, Novellara, Pitigliano y Santa Fiora; los Estados de Landi, Pallavicino y Presidi; los dominios imperiales; Sassuolo y Saluzzo; y las repúblicas de Cospaia, Génova, Lucca, San Marino y Venecia.

³¹ Cfr. Biagioli, Mario, *Galileo courtier. The practice of science in the culture of absolutism*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, p. 315.

Esa confusión de los órdenes temporal y espiritual generó problemas de muy amplios efectos. La teoría moderna del derecho diferencia los ámbitos jurídico y moral por la naturaleza externa (heterónoma) y coactiva del primero, e interna (autónoma) y libre del segundo. Pero esta distinción sólo es aplicable en el Estado secular, cuyo ámbito de competencia está referido a las normas jurídicas. De alguna forma la diferenciación tiene sus orígenes remotos en Roma, donde el *ius* estaba integrado por normas que regulaban las relaciones entre los hombres y el *fas* a su vez atañía a las relaciones con las deidades.

En la época de Galileo no se daba esa secularidad en el caso de los Estados pontificios, de suerte que la norma jurídica y la norma moral no se diferenciaban porque eran objeto de aplicación coactiva. En tanto que las normas morales tenían un carácter coercitivo, el sistema imperante se aproximaba a lo que hoy denominamos totalitarismo. El poder político y el poder espiritual, asociados en una misma institución y actuando sobre un mismo territorio y una misma población, no dejaban espacio a la libertad de creencias o a no profesar creencia alguna.

La base argumental para justificar tal orden de cosas estaba en el derecho natural. En tanto que todo había sido creado por una voluntad divina, cualquier alejamiento de esa voluntad suponía un quebrantamiento del orden normativo. Con este motivo el Estado confesional y el absolutismo se asimilaron, teniendo como consecuencia que en Europa y en sus dominios (sobre todo en los casos de España y Portugal) la imposición de las creencias religiosas, y la correlativa proscripción o intolerancia de posiciones discrepantes o sólo diferentes, convirtiera los dogmas en fuente de normas. El desacato, cierto o falso, de un elemento del dogma, daba lugar a la punición.

Una diferencia entre el absolutismo y el totalitarismo reside en que los órganos de imposición de las penas estaban diferenciados:

en el primero la autoridad civil y la eclesiástica aplicaban un orden de sanciones diferentes; en el segundo la autoridad estatal sancionaba todas las conductas prohibidas. Esto no obstante, en el absolutismo las normas dictadas por el poder civil reconocían las potestades de la autoridad religiosa, por lo que se trataba de regímenes próximos a lo que en nuestro tiempo identificamos como totalitarismo. Los matices y la índole de los dogmas religiosos o de las ideologías políticas harían pensar en la necesidad de acuñar un criterio clasificatorio diferente. Este es un caso en el que resulta funcional el concepto *autoritarismo*, porque engloba todas las expresiones del poder consideradas patológicas porque se alejan, en grados variables, de los estándares aceptados en la actualidad como propios del Estado constitucional.

Fue en aquella época cuando se acuñó y propaló el principio *cuius regio, eius religio*, (“de quien es la región, es la religión”).³² Este postulado resultaba funcional porque permitía una doble lectura: por una parte involucraba un derecho del gobernante para imponer el credo religioso profesado por el Estado; por otro lado facilitaba al gobernado su *asimilación* a la religión dominante, sin verse afectado por haber profesado otra creencia en un sitio distinto. La geografía política de las religiones que resultó de ese enunciado estimulaba a los monarcas a la conquista territorial para extender su dominio, con el pretexto de una expansión religiosa. Este soporte ideológico de las acciones militares fue muy funcional para los actores de la Guerra de Treinta Años. La contrapartida de ese principio consistió en que en cada región se auspiciaron acciones coactivas para consolidar el dominio de una religión y de la iglesia que la sustentara: la religión y la iglesia del Estado.

³² Ver Pennington, D. H., *Seventeenth Century Europe*, Londres, Longman, 1970, p. 290. Una traducción más directa diría: “de quien la región, suya la religión”.

El principio *cuius regio, eius religio*, formulado por el canonista luterano Joachim Staphani a fines del siglo XVI,³³ ocultaba la intolerancia de todo Estado confesional, bajo la justificación de una especie de *reciprocidad* que aceptaba exclusiones mutuas. La religión proscrita en un territorio era persecutora en otro. Desde una perspectiva conceptual, se aparentaba un equilibrio inexistente; lo que en realidad había era una forma consentida de represión conforme a la cual cada Estado tenía el mismo derecho que el adversario para imponer un credo religioso. Este fenómeno explicaba las prácticas de coacción extrema allí donde se adoptó una religión de Estado. La dureza de Calvino, por ejemplo, muestra que la intolerancia no fue exclusiva de la iglesia católica. Así lo prueban los casos emblemáticos de Servet y de Castello.³⁴

Con el Tratado de Westfalia terminó la fase generalizada de los conflictos bélicos con motivos religiosos en Europa, conocida como la Guerra de Treinta Años. Antes, y todavía hasta el siglo XX, hubo y siguieron produciéndose situaciones de violencia armada, como guerras civiles o guerras internacionales que involucraron a un menor número de Estado por causas religiosas. Sin embargo, la Paz de Westfalia contribuyó a que la violencia originada en cuestiones religiosas tendiera a disminuir en cuanto a frecuencia e intensidad. Ese fue el caso de las ejecuciones de supuestas brujas, perseguidas con igual crueldad por católicos y protestantes. Por ejemplo, entre 1623 y 1631 el obispo Von Ehrenberg, en Wurtzburg, quemó más de 900 personas; el obispo Fuchs von Dornheim, en Bamberg, a su vez quemó otras 600, entre 1623 y 1633. Después de Westfalia este fenómeno comenzó a decrecer.³⁵

³³ Fue autor del primer tratado de derecho canónico protestante (*Institutiones juris canonici*). Cfr. Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 134 y 184.

³⁴ Véase, a este respecto, Zweig, Stefan, *Castellio contra Calvino. Conciencia contra la violencia*, Barcelona, El Acanalado, 2001.

³⁵ Cfr. Johnson, Paul, *Historia del cristianismo*, Barcelona, Vergara, 1999, pp. 419 y ss.

VIII. GALILEO Y EL ARTE DE LA GUERRA

Aunque existen versiones de instrumentos para ver a larga distancia desde fines del siglo XVI, la utilidad práctica del telescopio parte de las observaciones hechas por Galileo en 1609. Hasta antes de que él orientara el telescopio hacia la bóveda celeste, los primeros desarrollos se encaminaban a emplearlo en la navegación y en la observación terrestre. Esto explica su primera denominación, *spy-glass o conspiciillum*. Al parecer los primeros instrumentos de este género en la península itálica le fueron ofrecidos al *dogo* veneciano por comerciantes nórdicos. Fue entonces cuando Galileo tomó cartas en el asunto y en cuestión de días presentó a las autoridades venecianas un aparato de mayor poder de magnificación que el de origen holandés.³⁶

Se afirma también que Galileo construyó una especie de binoculares hacia 1618. Sea o no exacta esa afirmación, el hecho es que el empleo del telescopio en otras áreas de observación ajenas a la astronomía, entre ellas las comunicaciones y las acciones militares, implicó también el desarrollo de un instrumento tan versátil como los binoculares.

La utilización del telescopio para la observación astronómica marcó su carácter; empero, el sistema para construirlo empleado por Galileo (una combinación de lentes cóncavas y convexas), facilitó también sus ventajas en el uso marítimo y terrestre. En este sentido, se puede decir que Galileo, sin proponérselo, contribuyó a modificar las estrategias de combate. Los comandantes militares comenzaron a valerse de telescopios desde el siglo XVII al advertir que les ofrecían un campo visual muy amplio, y Robert Hooke encontró que el telescopio facilitaba una versión moderna para la

³⁶ Andersen, Geoff, *The telescope. Its history, technology and future*, Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 27.

telegrafía visual.³⁷ Las señales luminosas y de humo, usadas desde la antigüedad, fueron remplazadas por lo que luego se denominó semáforo, que en términos generales es un aparato para transmitir señales. Gracias al telescopio, a fines del siglo XVIII este sistema permitía transmitir entre estaciones situadas a distancias de 8 a 10 kilómetros. Durante el imperio napoleónico este medio de comunicación se desarrolló a tal punto que, según las condiciones de visibilidad, era posible que un mensaje llegara de París a Venecia en seis horas.³⁸

Al parecer Galileo comenzó a utilizar la voz *telescopio* a partir de 1611. Según Giambattista della Porta, colega de Galileo en la Academia dei Lincei, esa palabra fue acuñada por Federico Cesi, fundador de la Academia.³⁹ Antes de que se generalizara su uso, Galileo se refería al nuevo instrumento como *Perspicillum*, un neologismo compuesto por *perspicio* (examinar, escrutar, estudiar, investigar) + *illum* [*illus*] (aumentar). A su vez Kepler empleó algunas veces esa misma voz y en otras ocasiones prefirió *conspicillum*, cuyo significado original era “lugar para espiar, lugar para observar”; *penicillium*, que en el mundo clásico era un medicamento para los ojos, y *specillum*, que en la antigüedad era un instrumento para examinar heridas y “para otros propósitos médicos”.

Llama la atención que al menos en Inglaterra durante mucho tiempo se identificó al telescopio con las expresiones *spy-glass* y *spying-glass*, en la línea de la denominación kepleriana del *conspicillum*. Según el diccionario Oxford todavía en el siglo XIX era común entre los marinos aludir al telescopio mediante cualquiera de esas dos locuciones. En español se desarrolló otra voz, *catalejo*,

³⁷ Crevelde, Martin van, *Technology and war*, N. York, Free Press, 1991, pp. 115 y ss., y 154 y ss.

³⁸ Riley, Jonathon, *Napoleon as general. Command from the battlefield to grand strategy*, Londres, Hambledon, 2007, p. 78.

³⁹ Se cree que Cesi eligió también el nombre de la Academia, en referencia a la agudeza visual de los linceos.

documentada en 1782, aplicada a los instrumentos de visión terrestre y marítima. La formación de la palabra procede de *catar*, [captar, coger, ver] y *lejos*, distante.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Acton afirma que durante siglos se incurrió en el error de considerar que la iglesia necesitaba del Estado para subsistir.⁴⁰ Este era una especie de espejismo que procedía de la época de Constantino.

Es muy probable que la perspectiva distorsionadora del poder a la que alude Acton, haya procedido del Estado. Como se vio en este ensayo, la intolerancia jurídico - política iniciada por Constantino fue culminada por Teodosio, y sólo quedó derogada con motivo de la paz de Westfalia. Además, del apoyo mutuo que a lo largo de siglos que se prestaron el poder temporal y el poder espiritual, hay un dato histórico significativo: la separación de ambos órdenes de poder implicó la extinción de los sistemas absolutistas, pero no de la iglesia. Si algo demuestra este hecho es que Acton tenía razón, y que el poder político tenía mayor necesidad de la iglesia, que ésta de aquél.

Es una lección relevante, porque todavía en nuestra época hay una propensión a reiterar el error histórico advertido por Acton, en especial desde la perspectiva de las jerarquías eclesiásticas. Aunque la derogación del laicismo confiera en apariencia una cuota adicional de influencia a las instituciones eclesiásticas y a los dirigentes conservadores, en realidad introduce en las iglesias un flanco más de vulnerabilidad. Los estados confesionales de nuestro tiempo, a los que de manera coloquial se alude como *fundamentalistas*, son una buena prueba de que los riesgos mayores penden sobre la estructura eclesiástica, que a la postre es la que dispone de menores

⁴⁰ *Essays, op. cit.*, pp. 472 y ss.

medios de defensa, entre otras cosas porque el aparato coactivo del que se sirve está en manos del poder político.

Las observaciones teológicas de Galileo pueden extrapolarse a la realidad jurídico – política: de la misma manera que la ciencia no afecta los dogmas, la secularidad del poder no perjudica a las iglesias. Por el contrario, la confusión entre ciencia y dogma, o entre formas de dominio político y religioso, genera tensiones innecesarias y mutuamente lesivas.

La iglesia católica ha ido cambiando su posición acerca de la secularidad del poder y también del saber. En este caso, el argumento de la ciencia independiente ha sido muy funcional para la consolidación del argumento secular del derecho y de la política. En 1835, casi dos siglos después de la muerte de Galileo, su *Diálogo* fue retirado del índice de libros prohibidos; y en 1992, a más de trescientos años de haberlo sentenciado, y 23 años después de la llegada del hombre a la luna, la iglesia reconoció que las observaciones de Galileo acerca del sistema solar eran correctas.

En 1941 el papa Pío XII expresó su intención de rehabilitar a Galileo; pero en 1990 el entonces cardenal Joseph Ratzinger manifestó que el proceso a Galileo había sido “razonable y justo”.⁴¹ En noviembre de 1992 Juan Pablo II anunció los resultados de la comisión encabezada por el cardenal Paul Poupard, que revisó el caso de Galileo durante 13 años. Ante la Academia Pontifica de Ciencias, el papa expresó que la iglesia se había equivocado al sentenciar a Galileo por afirmar que la tierra giraba en torno al sol.

En 2009, según dijo Nicola Cabibbo, presidente de la Academia Pontifica de Ciencias, el Vaticano erigirá una estatua de Galileo en sus jardines. Simone Recchi reconoció que con esa decisión “la iglesia supera al asunto Galileo sin avergonzarse”, aunque no resuelve los nuevos problemas de nuestro tiempo: “las células

⁴¹ Ver Machamer, Peter, “The many trials of Galileo Galilei”, en *Science*, vol. 309, Julio 1, 2005, p. 58.

madre, los contraceptivos, la eutanasia y el aborto".⁴² La historia sigue su curso; el movimiento, como probó Galileo, no se agota. Por eso José Ortega y Gasset, en una de sus obras más representativas, señaló que con Galileo el hombre entró en el mundo moderno.⁴³

La obra del sabio italiano abrió nuevos caminos a la ciencia y a la conciencia. El conocimiento científico y el comportamiento social fueron otros a partir de Galileo.

X. FUENTES

ACTON, Lord, *Essays on Church and State*, Londres, Hollis and Carter, 1952.

Lectures on modern history, Londres, Fontana, 1970.

ANDERSEN, Geoff, *The telescope. Its history, technology and future*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

BÁEZ, Fernando, *Historia universal de la destrucción de los libros*, México, Debate, 2004.

BIAGIOLI, Mario, *Galileo courtier. The practice of science in the culture of absolutism*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

Biblia, Libro de Josué

BLACKWELL, Richard, *Galileo, Bellarmine and the Bible*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1991.

"Could there be another Galileo case?", en Machamer, Peter, *The Cambridge companion to Galileo*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

BURCKHARDT, Jakob, *La cultura del Renacimiento en Italia*, Barcelona, Editorial Iberia, 195.

CASSIRER, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968.

CREVELD, Martin van, *Technology and war*, N. York, Free Press, 1991.

Código Teodosiano, trad. de Pharr, Clyde, Nueva Kersey, The Lawbook Exchange, 2001.

FINOCCHIARO, Maurice, *The Galileo affair. A documentary history*, Berkeley, University of California Press, 1989.

Retrying Galileo, Berkeley, University of California Press, 2007.

⁴² Ver *Science*, vol. 319, marzo 14, 2008, p. 1465.

⁴³ *En torno a Galileo*, Madrid, Espasa Calpe, 1996, pp. 47 y 313.

HIEBERT, Erwin N., "Modern physics and Christian faith", en *God and Nature*, ed. por Lindberg, David y Numbers, Ronald, Los Angeles, University of California Press, 1986.

HOBBS, Thomas, *The correspondence*, ed. por Malcolm, Noel, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HUNGERLAND, Isabel, y Vick, George, introducción a Hobbes, Thomas, *Computatio, sive, logica*, Nueva York, Abaris, 1981.

JOHNSON, Paul, *Historia del cristianismo*, Barcelona, Vergara, 1999.

KEVLES, Daniel J., "Martyred by monsters", en *The New York Review of Books*, Nueva York, Vol. LV, No. 15, octubre 9, 2008.

MACHAMER, Peter, "The many trials of Galileo Galilei", en *Science*, vol. 309, Julio 1, 2005.

MCMULLIN, Ernan, "Galileo on science and Scripture", en Machamer, Peter, *The Cambridge companion to Galileo*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

MICHELET, Jules, *Histoire de France. La Renaissance*, Paris, Équateurs, 2008.

MILTON, John, *Areopagitica*, en *Prose selections*, ed. por Merritt Y. Hughes, Nueva York, Odyssey Press, 1947.

ORESME, Nicolás de, *Le Livre du Ciel et du Monde*, editado y traducido por Menut, Albert D., y Denomy, Alexander J., Madison, University of Wisconsin Press, 1968.

ORTEGA Y GASSET, José, *En torno a Galileo*, Madrid, Espasa Calpe, 1996.

PENNINGTON, D. H., *Seventeenth Century Europe*, Londres, Longman, 1970.

RILEY, Jonathon, *Napoleon as general. Command from the battlefield to grand strategy*, Londres, Hambledon, 2007.

SHEA, William R., "Galileo and the Church", en *God and Nature*, ed. por Lindberg, David y Numbers, Ronald, Los Angeles, University of California Press, 1986.

SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

Science, vol. 319, marzo 14, 2008.

WHITE, Andrew D., *A history of the warfare of science with theology in Christendom*, N. York, Prometheus, 1993.

ZWEIG, Stefan, *Castellio contra Calvino. Conciencia contra la violencia*, Barcelona, El Acantilado, 2001.

RETOS TEMÁTICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA DE CARA AL SIGLO XXI

Víctor Bazán^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Apreciaciones contextuales. III. Algunas líneas temáticas por abordar o profundizar: 1. La exploración y la utilización equilibradas y razonadas de sentencias “atípicas” o “intermedias”. 2. La jurisdicción constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. 3. Acerca del contralor de constitucionalidad de los instrumentos internacionales. 4. En torno a la participación de amicus curiae en los procesos constitucionales. 5. Sobre la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. 6. La interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la preservación y el desarrollo de los derechos fundamentales. IV. Apreciaciones finales.

^(*) Profesor Titular Efectivo de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y paralelamente Director de la Sección “Derechos Humanos” de dicha Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Autor, coautor y coordinador de numerosos libros y artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Ha realizado diversas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina y de España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, EE.UU., Guatemala, México, Perú, Venezuela. vicba2002ar@yahoo.com.ar

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo enfocaremos principalmente algunos retos temáticos que sobre la justicia constitucional latinoamericana se posan, y que desafían las posibilidades de fortalecimiento de sus (anhelables) roles de defensora de la Constitución, último reducto tuitivo de los derechos humanos en el plano interno y pieza importante de sostén de la institucionalidad democrática en su función de armonizadora de los poderes del Estado.

Justamente en torno a esta última cuestión, explica PEGORARO que “el crecimiento de las ‘demandas’ de justicia constitucional, la ampliación de los parámetros y del objeto del juicio, las estrechas y frecuentes relaciones establecidas con el poder legislativo, el incremento del ‘rol público’ de los Tribunales, han contribuido al incremento de las motivaciones de las sentencias constitucionales. En ellas los Tribunales no se limitan a describir los nexos del discurso lógico, con meras referencias ‘per relationem’ a las disposiciones afectadas. Al contrario, se valen de todos los instrumentos de la retórica, hacen amplias referencias a los precedentes, acuden al derecho comparado y a la jurisprudencia de otros Tribunales, operan ‘excursus’ históricos de institutos y disciplinas, expresan valoraciones y ponderaciones de valores, critican, sugieren, aconsejan, *armonizan los poderes del Estado*”¹ —énfasis añadido—.

Retomando la línea de anunciación del itinerario propuesto, y sin ánimo de taxatividad, ingresaremos a la problemática de la utilización de sentencias “atípicas” o “intermedias”, que debe ser equilibrada y razonada; nos detendremos en las posibilidades de sustentación del control respecto de las omisiones inconstitucionales;

¹ PEGORARO, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, julio-diciembre de 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, D.F., pp. 143/144.

argumentaremos sobre la conveniencia de instrumentar el control de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales o mantenerlo incólume en caso de que ya estuviera así implementado en el texto de la Ley Fundamental; subrayaremos la utilidad de abrir nuevas fórmulas de participación de la ciudadanía en los procesos constitucionales, por ejemplo, a través de la intervención de *amicus curiae*; resaltaremos la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); e insistiremos en la indispensable búsqueda de una pacífica y eficaz interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la salvaguardia de los derechos fundamentales.

Como puede suponerse, tales cuestiones no son sino sólo algunos de los puntos temáticos que el Siglo XXI impone a la jurisdicción constitucional en diversas latitudes de este sector geográfico del continente americano.

II. APRECIACIONES CONTEXTUALES

A modo de premisas conceptuales que iluminarán jurídica y axiológicamente el presente trabajo, es preciso reiterar —con BIDART CAMPOS— que la Constitución se ha *juridizado*, es “derecho de la Constitución”, es decir que se ha superado la idea de Constitución preponderantemente como un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativos². Por el contrario, al cambiar el enfoque y adjudicar a aquélla tal fuerza o vigor, se ha reforzado la tradicional doctrina de la *supremacía constitucional*, porque se le asigna aplicación directa

² BIDART CAMPOS, Germán J., “La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”, en Raúl MORODO y Pedro DE VEGA (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo LUCAS VERDÚ*, T° II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 729.

como norma jurídica de base (o de vértice)³. Ello significa que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos*, en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana*, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido⁴.

Convergentemente, ROLLA apunta que la Constitución no alberga únicamente un conjunto de normas, sino que además contiene la afirmación de principios y valores que unifican una comunidad social, por lo que el deber actual del juez constitucional consiste en ser dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento⁵.

En esa línea analítica, creemos que el autor italiano citado en último término acierta cuando afirma que entre *Constitución democrática y derechos fundamentales* se establece una relación dialéctica pues por una parte la Constitución (en tanto fuente suprema del ordenamiento –junto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía equivalente a ella, nos permitimos añadir por nuestra parte–) constituye la base de su reconocimiento y tutela; y, por otra parte, el goce del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición elemental para la subsistencia del Estado Democrático de Derecho⁶.

³ Ídem.

⁴ Ídem.

⁵ ROLLA, Giancarlo, "El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), 'Instrumentos de tutela y justicia constitucional', *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), UNAM, México, D.F., 2002, p. 364.

⁶ ROLLA, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, N° 28, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, Lima, 2008, p. 56.

Y, en esa vinculación de Constitución y derechos fundamentales, la justicia constitucional es parte esencial, moldeándose —como grafica ROLLA— una especie de *triángulo equilátero*, que enlaza una trilogía de características básicas del constitucionalismo contemporáneo: principio de legalidad, garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional⁷.

III. ALGUNAS LÍNEAS TEMÁTICAS POR ABORDAR O PROFUNDIZAR

Sin pretensiones de taxatividad, nos limitaremos a elaborar sucintas reflexiones acerca de institutos, instrumentos o herramientas que pueden resultar provechosos para el desarrollo de la eminente labor a cargo de la justicia constitucional en los ámbitos de defensa y realización de la Constitución, de protección de los derechos humanos y de cumplimiento de su papel de moderadora institucional.

Como aclaración al margen, es preciso puntualizar que en algún caso el cambio de perspectiva y de rumbo jurisprudenciales propuestos deberán acompañarse de una consistente modificación normativa que habilite expresamente la competencia que legitime una innovación en tal sentido.

1. La exploración y la utilización equilibradas y razonadas de sentencias “atípicas” o “intermedias”

A. Superación del esquema kelseniano binario puro

Altri tempi muy provechoso, el simplificado esquema que KELSEN inicialmente manejara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al Tribunal Constitucional como un mero legislador negativo cuyas

⁷ *Ibid.*, p. 57.

resoluciones no podían conllevar más creación de Derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se vio desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional de Derecho⁸.

Se constata, así, que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad resulta insuficiente para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que ante aquéllos se presentan, lo que ha requerido la generación de posiciones jurisdiccionales activistas para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir⁹.

En esa lógica, principalmente en Europa (por ejemplo, en los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con irradiaciones hacia la región latinoamericana (v.gr., en la Corte Constitucional de Colombia, los Tribunales Constitucionales de Perú y Bolivia, la Corte Suprema de Justicia argentina –que pareciera busca acercarse a un tribunal constitucional desde el plano funcional¹⁰– y las Salas Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue plasmándose la construcción jurisprudencial de “sentencias atípicas o interme-

⁸ Cftar. GARRORENA MORALES, Ángel, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en AA.VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco RUBIO LLORENTE*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2002, pp. 1844/1845.

⁹ Sobre el punto, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo-Perrot, 15 de agosto de 2007, Buenos Aires, pp. 23/33.

¹⁰ Al respecto, *vid.* BAZÁN, Víctor, ejemplificativamente, en “Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina”, *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 27 de agosto de 2007, pp. 1/21; y con mayor detalle, “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 2008-III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 1121 y ss.

días” que, como se sabe, reconocen una génesis primordialmente práctica como válvula de escape al rígido molde que inicialmente proyectara KELSEN encapsulando a los tribunales constitucionales en el exclusivo rol de “legisladores negativos”.

Aunque justo es reconocer que en no todas las latitudes de Latinoamérica han permeado estas modalidades sentenciales, observándose en algunas de aquéllas sólo muestras esporádicas que lejos están de dar cuerpo a una doctrina sistemática y uniforme del respectivo órgano de cierre de la justicia constitucional.

B. Acercamiento taxonómico

En torno a las variantes decisionales en cuestión existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Cuando menos, existe algún consenso en dar por sentado que la citada problemática de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* en la terminología alemana) mucho tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de estos instrumentos sentenciales. Según GROPPi, la idea se inscribe en el marco de la “‘minimización’ del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico (...). Con las sentencias interpretativas el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución”¹¹.

¹¹ GROPPi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia ita-

Estando las “sentencias interpretativas” vinculadas a la *interpretación conforme*, ellas parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende del mismo. Ligada a tal faceta de la cuestión, una de las numerosas aproximaciones que se han ensayado sobre las sentencias interpretativas —en este caso la surgente de la pluma de RUBIO LLORENTE— las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales de interpretación¹².

Ilustrativamente, y dentro de la categorización de las “interpretativas”, hay quienes ubican por ejemplo a las sentencias “manipulativas”, que a su vez, pueden ser “sustitutivas”, “reductoras” o “aditivas”. Es, por citar un caso referencial, la posición de GASCÓN, para quien las primeras *sustituyen* una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce del mismo, pero que resulta acorde con la Constitución; las “reductoras” suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual, y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*; y las “aditivas”, asociadas a la *inconstitucionalidad por omisión relativa* (problemática que de modo general abordaremos enseguida), consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultados de lo cual y tras la interpretación, *la regla*

liana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, D.F., 2003, p. 355.

¹² RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 484.

es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal¹³.

En el necesariamente restringido contexto de este muestreo enunciativo, no podríamos dejar de referir a un enfoque taxonómico que las divide en *unilaterales* y *bilaterales*¹⁴.

Las primeras remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada inconstitucional, o sea, el tribunal constitucional actuaría como legislador positivo, v.gr., las citadas sentencias interpretativas y las que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial, ya cuantitativa, ya cualitativa.

De su lado, las nombradas en segundo término suponen una interacción entre el tribunal o corte constitucionales con el poder legislativo y/o con la magistratura ordinaria (incluso podrían denominarse *multilaterales* si involucran a otro u otros órganos públicos además del Congreso o Parlamento). Entre aquéllas se puede incluir, *inter alia*, a las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad o de inconstitucionalidad simple; las sentencias apelatorias; las sentencias exhortativas y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”¹⁵.

Faceta funcional importante de la cuestión que tratamos es el de la modulación de los efectos de los pronunciamientos por los órganos de justicia constitucional¹⁶. En tal sentido, pueden contabi-

¹³ Cfr. GASCÓN, Marina, voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa y UNAM, México, D.F., 2002, p. 318.

¹⁴ AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Conclusiones generales”, AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 274 y ss.

¹⁵ Ver DÍAZ REVORIO, FRANCISCO, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, Año 21, enero-abril 2001, CEPC, Madrid, pp. 85/86.

¹⁶ *Mutatis mutandi*, y en referencia al contexto español, se ha afirmado que, más allá de purismos dogmáticos, la posibilidad de modular los efectos de la nulidad, lejos de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad, en la práctica lo refuerza, ya que permite que el Tribunal actúe con mayor libertad al poder cohonestar la

lizarse enunciativamente, las sentencias que retrasan sus efectos para dar tiempo a la intervención del legislador o las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”. En este punto, es interesante traer a colación las denominadas “sentencias prospectivas”, cuyo origen puede ubicarse en la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., y que, naturalmente, no tienen eficacia retroactiva, sino que producen efectos *pro futuro* quedando fijado en las mismas el plazo en que ello ocurrirá. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA individualiza como punto de partida de tal modalidad sentencial en la jurisprudencia norteamericana a la pronunciada en “Linkletter v. Walker”, de 1965¹⁷, “que rompe conscientemente con el ‘*principle of absolute retroactivity invalidity*’, por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia; con ello se pretende ‘*the purpose to be served by the new standards*’”¹⁸ (el propósito de servirse de los nuevos estándares).

C. Advertencia final

Obviamente, y como en otros ámbitos en cuya superficie la justicia constitucional despliega su labor, en punto a tal abanico de variantes sentenciales deberá aquélla conducirse con prudencia y mostrarse consciente de sus límites, previsor de las consecuen-

declaración de inconstitucionalidad, cuando ésta es necesaria, con la ponderación, no menos necesaria y siempre presente, de las consecuencias prácticas que sobre otros bienes constitucionalmente protegidos puede producir una declaración de nulidad sin modulaciones temporales (VIVER PI-SUNYER, Carles, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, p. 94).

¹⁷ 381 U.S. 618 (1965).

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, reimpr., Madrid, 1991, p. 181, nota 124.

cias de sus pronunciamientos y respetuosa del reparto de competencias y funciones que a los distintos poderes del Estado se les asigna para operar en la respectiva dinámica institucional.

En definitiva, la importante y polifacética cuestión que tratamos nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación: las posibilidades de sustentación del control sobre las omisiones inconstitucionales en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

2. La jurisdicción constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión¹⁹

A. Liminar

Como se indicara varias décadas atrás en referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución²⁰.

Dicho de otra manera, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino, también, por *omisión*; concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria que deja de dotar a algunos de lo que, en igualdad de

¹⁹ Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en general, pueden consultarse —entre otros— los siguientes trabajos de BAZÁN, Víctor: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171/269; y “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en la obra colectiva bajo la coordinación de dicho autor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 41/108.

²⁰ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1965, p. 269.

condiciones o circunstancias, acuerda a otros (tema sobre el que volveremos). Ello sentado, ¿sería legítimo permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhiban la vigencia de la Constitución o paralicen el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? La respuesta al interrogante debería ser negativa ya que la supremacía de la Constitución es indisponible para aquellos órganos.

La activación del contralor sobre la inercia inconstitucional persigue entre otros objetivos recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado²¹.

Aunque obvio viene bien recordar que el Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico²² (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a ella en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado²³) y ostenta fuerza

²¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

²² Ver sobre el punto, BAZÁN, Víctor, "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", *La Ley*, T° 2005-F, Buenos Aires, pp. 775/793.

²³ Por citar un caso ejemplificativo, el art. 75, inc. 22, párr. 2°, de la Constitución argentina –de acuerdo con la reforma de 1994– elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado *jerarquía constitucional*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

normativa, lo que supone la imperiosa obligación de garantizar la *indemnidad de la Constitución*, sea que los ataques en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

Con todo, y para comprender las raíces y los perfiles de la presente *indagación*, no son insignificantes las palabras de ZAGREBELSKY, para quien si bien existen en su origen “relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: *Judicial Review* o justicia constitucional; tradiciones de *Common* o *Civil Law*; control abstracto o concreto, preventivo o subsecuente; tutela de los derechos constitucionales o control de las leyes, etcétera, el *Estado de Derecho* no siempre es la misma cosa en cuanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La noción de *Estado Constitucional*, por consiguiente, no coincide en todas partes. La misma Constitución no es una norma suprema en la misma medida, en donde cambian las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Son diferencias relevantes. Pero justo por eso se destacan las tendencias comunes que se hallan en el ‘juzgar en derecho constitucional’. El Estado Constitucional, que deriva de las diversas nociones de Estado de

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post*, con *alcurnia homóloga a la Ley Fundamental*, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

Sobre la cuestión en Argentina, véase de BAZÁN, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

En torno al tema en el derecho comparado, ver el mismo autor, por ejemplo, en “Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica”, en VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto (coords.), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, “VIIª Convención Latinoamericana de Derecho”, Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007, Grijley, Lima, 2007, pp. 269/307.

derecho, parece convertirse en una perspectiva común²⁴ (bastardillas del original).

Por su parte, DE OTTO explica que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificándose que la infracción de lo dispuesto en la misma es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*²⁵. Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema²⁶ (énfasis del original).

B. Variantes tipológicas

Inmerso en la lógica descrita, y con adscripción al Estado Constitucional de Derecho, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones que resultan lesivas de la Ley Fundamental, en tanto la vigencia sociológica de ésta es presupuesto de intangibilidad de los mencionados caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

²⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, "El juez constitucional en el Siglo XXI", trad. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, texto escrito de la conferencia pronunciada en el "1er Congreso Internacional de Justicia Constitucional y Vº Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional", Suprema Corte de Justicia de México e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, 14 al 17 de mayo de 2008.

²⁵ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17/18.

²⁶ *Ibid.*, p. 18.

Al respecto, es siempre conveniente reenviar a WESSEL²⁷ cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. En una simplificación taxonómica extrema (pues profundizar en otras variantes tipológicas de preterición excedería el objeto del presente señalamiento) nos limitamos a indicar que ellas pueden ser: *absolutas o totales*, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y *relativas o parciales*, cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad (con su presupuesto de no discriminación) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.

Avanzando en esa línea argumental, con un punto de toque con la problemática que analizamos, puede incluso plantearse la cuestión vinculada al defecto de *pronóstico o de prognosis* del legislador, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habrían sufrido desgaste o desfase deviniendo anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas. Ello da lugar al interrogante de si la omisión del legislador en actualizarlas, es idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional.

C. El radio de acción de la magistratura constitucional

Con todo, es indispensable al menos bosquejar el perímetro y la superficie con que cuenta la magistratura constitucional para ana-

²⁷ WESSEL, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

lizar el cuadro de situación que le permita descubrir la presencia de pretericiones inconstitucionales y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una “trivialización” de las declaraciones de inconstitucionalidad al ritmo de la insensatez o el apresuramiento.

En esta dinámica reflexiva con que debe actuar el magistrado constitucional para descifrar si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión, no debería prescindirse de un balance cuidadoso y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión provoca; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la pasividad del órgano deferente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; y, entre otros aspectos, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Semejante ejercicio jurisdiccional supone naturalmente tener siempre presente la obligación de generar una solución equilibrada que ni signifique una temeraria invasión de sectores de atribuciones propios de otros poderes estatales, ni enerve la actuación judicial si el órgano competente obtura arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de los mandatos constitucionales o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluye injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad o equivalencia de circunstancias.

D. Breve recorrido por el derecho comparado

Para ilustrar este acercamiento, realizaremos una visita panorámica por el derecho comparado para recordar que el tema de

la inconstitucionalidad por omisión ha sido institucionalizado por las siguientes vías²⁸:

- las *Constituciones Nacionales*, por ejemplo en Portugal y Hungría, en dominios europeos; en Brasil, Ecuador²⁹ y Venezuela, ya en Latinoamérica; o en Angola y Timor, en latitudes africana y asiática respectivamente;
- la senda *legal* directa en Costa Rica, por medio de la Ley N° 7.135, de 11 de octubre de 1989; o mediata en cuanto a las omisiones legislativas, en España, donde por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la Ley Orgánica N° 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener ahora por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*, lo que no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo³⁰;

²⁸ Un acercamiento a la inconstitucionalidad por omisión en perspectiva iuscomparada puede verse en BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., IIJ, UNAM, México, D.F., 2007, pp. 75/270; y “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, T° I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, pp. 475/506.

²⁹ La actual Constitución del Ecuador, aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008, incluye en el cuadro competencial de la Corte Constitucional la atribución de “[d]eclarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley” —énfasis añadido— (art. 436, inc. 10).

³⁰ Sobre el último aserto vertido en el texto (control mediato del poder legislativo), se ha expresado que “[e]l hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o

- las *Constituciones locales* en países con estructura federal como Brasil, México y Argentina; y
- el *despliegue jurisprudencial* de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España y la Corte Constitucional italiana, en Europa; y por la Corte Constitucional de Colombia (por ejemplo, Sentencias N^{os}. C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-956/99, C-427/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06), los Tribunales Constitucionales del Perú (v.gr., Expte. N^o 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.”) y de Bolivia (en la Declaración Constitucional N^o 06/2000 y las Sentencias Constitucionales 0009/2004 y 0018/2004), las Supremas Cortes de Justicia de República Dominicana (sentencia recaída *in re* “Productos Avon S.A.”, de 24 de febrero de 1999), México (las Controversias constitucionales 46/2002 de 10 de marzo de 2005 y 14/2005 de 3 de octubre de 2005, que dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales sumamente relevantes: 9, 10 y 11 de 2006³¹) y Argentina (v.gr., en el caso “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios” I³², de 8 de agosto de 2006, y II³³, de 26 de noviembre de 2007, por enumerar algún criterio reciente), en tierras americanas.

la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso,...” —bastardilla agregada— (“Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, “XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos”, Vilna, Lituania, mayo de 2008; Fuente: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc).

³¹ Tituladas: “Principio de división funcional de poderes. Sus características”; “Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes” y “Omisiones legislativas. sus tipos”; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9^a Época, Pleno, T. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527, respectivamente.

³² Causa ‘B.675.XLI’ (*Fallos*, 329:3089).

El decisorio lleva la firma de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

³³ Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota anterior. Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

E. Reflexión final

Para concluir este acercamiento, es preciso reenviar a CARRILLO, quien asegura que en Europa (aunque –agregamos por nuestra parte– con reflejos hacia el ámbito latinoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución, ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Ley Fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquélla ordena el sistema político y *los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador* y el resto de los poderes del Estado³⁴.

La alusión referencial anterior da pie para reiterar que la discusión en torno a las posibilidades de sustentación jurídico-política del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia, judicatura-Congreso* o, en otras palabras, de la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación³⁵.

Las relaciones tensionales entre el poder judicial o la jurisdicción constitucional y el Congreso o Parlamento deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano confrontativo o de puja de poder, sino

³⁴ CARRILLO, Marc, “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, *loc. cit.* en nota 2 (*Estudios de Teoría del Estado ...*), T° II, p. 1472.

³⁵ La frase que cierra este tramo del texto: “la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación”, es paráfrasis de la apreciación de ZAGREBELSKY, quien alude a “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 152).

desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de cierre de la justicia constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Constitución, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política³⁶.

En esa lógica interactiva es tan importante que la magistratura constitucional actúe imbuida de un *activismo prudente*, como que el Congreso o Parlamento asuman la crucial importancia de su rol institucional y actúen a la altura de las circunstancias que el Estado Constitucional de Derecho les impone.

3. Acerca del contralor de constitucionalidad de los instrumentos internacionales³⁷

A. Aclaración previa

No se nos escapa que el epígrafe que encabeza estas líneas es de dudosa potabilidad léxico-jurídica. Es que, como los instrumentos internacionales son —por varias razones— fuentes jurídicas diversas de las leyes y demás normas internas, cabe preguntarse si en puridad corresponde hablar de su fiscalización constitucional. Conscientes de ello y aceptando cualquier entendible tacha de impropiedad jurídica en tal sentido, a los efectos prácticos mantenemos en este trabajo la terminología de mención porque en diversos textos constitu-

³⁶ Ver sobre el punto, BAZÁN, Víctor, “Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso”, en GENTILE, Jorge (comp.), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 899/929.

³⁷ Para ampliar sobre el particular, ver el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003.

cionales latinoamericanos se diagrama tal competencia en cabeza del órgano supremo de jurisdicción constitucional.

B. Control constitucional previo y obligatorio

Dicho lo anterior, advertimos que, como factores de análisis para una visión integral del problema que nos convoca, no cabría soslayar —*inter alia*— la creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la decisión institucional de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión.

En esa realidad contextual no nos parece que la temática en estudio recepte una importancia menor o secundaria; tampoco, que sea indiferente que un determinado ordenamiento jurídico diseñe normativamente o habilite jurisprudencialmente un control de constitucionalidad represivo o posterior de los instrumentos internacionales en vigor.

Pensamos que una vez que el documento internacional en cuestión se encuentre en vigor e *integrado* al ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues si siguiéramos un razonamiento hipotético, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional constitucional pertinente concluyera que el mismo es total o parcialmente inconstitucional y, al hilo de tal decisión, se optara por no cumplir sus postulados? Percibimos que semejante alternativa podría coadyuvar al debilitamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales. Ello tampoco supondría —precisamente— respetar los principios generales del derecho internacional y, ya en particular, las

pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales, y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y el desencadenamiento de la responsabilidad internacional del país en cuestión.

C. Breve referencia al derecho comparado

De un rápido recorrido por un sector de la preceptiva constitucional latinoamericana (Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile, Venezuela), tomado sólo para graficar la problemática expuesta, surge que —aunque con matices—, en aquél se diagrama por vía de principio un *control de constitucionalidad previo o preventivo de los instrumentos internacionales*, que puede ser:

- *Obligatorio*, v.gr., en Colombia o Ecuador. En este último país, tal modalidad fiscalizatoria fue establecida en la Constitución de 1998³⁸ y puesta a cargo del Tribunal Constitucional; y actualmente, esto es, según el citado texto constitucional vigente luego del referéndum de 28 de septiembre de 2008, el art. 438, inc. 1°, estatuye que la Corte Constitucional (que sustituye al Tribunal Constitucional) emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales, con anterioridad a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional;

³⁸ Ello así, cuando se tratara de aquellos instrumentos que requirieran la aprobación del Congreso Nacional, es decir, los enumerados en el entonces artículo 161 constitucional. O sea, que se refirieran a materia territorial o de límites; que establecieran alianzas políticas o militares; que comprometieran al país en acuerdos de integración; que atribuyeran a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; que se refirieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y que contuvieran el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

- *facultativo* o *potestativo*, por ejemplo, en Bolivia —según la reforma constitucional de 1994— competencia que recaía en el Tribunal Constitucional. Debe advertirse que, de acuerdo con la actual Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009 (que abroga la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas), y con una redacción un poco confusa, el art. 203, inc. 9°, establece como atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional (que tal Ley Fundamental prefigura y que —estimamos— habrá de transcurrir un lapso prolongado de tiempo para que comience a operar) el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales³⁹.
- *obligatorio* y *facultativo* según las hipótesis de que se trate, lo que se verificaría en el supuesto de Chile a partir de la reforma constitucional de 2005, donde se habría programado un control *obligatorio* de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional; y, fuera de esta hipótesis, un contralor *facultativo* a iniciativa de ciertos órganos o autoridades del Estado, antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho de dicha comunicación.

³⁹ Es de hacer notar que la Disposición Transitoria Novena determina: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de dos años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Por su parte, el art. 410 estipula: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

”La aplicación de las normas jurídicas se regirán por la siguiente jerarquía:

1° La Constitución.

2° Las leyes y los tratados internacionales.

3° Los decretos supremos.

4° Las normas departamentales, regionales y municipales.

5° Normas de carácter administrativo”.

D. El desafío que en el particular recae sobre la justicia constitucional

Nos pronunciamos, por tanto, a favor del control *preventivo* o *a priori* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Incluso, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de los mismos, pensamos que sería aconsejable pautar que dicha fiscalización fuese *obligatoria*, en orden a prevenir contradicciones o disturbios jurídicos *ad intra* e intensificar, así, el celo en la preservación de la supremacía constitucional; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y lógica del sistema interno de fuentes, y evitar la vinculación jurídica del Estado pertinente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adaptaciones normativas correspondientes (por ejemplo, una reforma constitucional) o, en su caso, a desistir de la aprobación del documento internacional o a concretarla con reservas.

Justamente, el *reto* de la jurisdicción constitucional radica en evitar que la praxis jurisprudencial desnaturalice o erosione el sustrato de las disposiciones específicas de las respectivas regulaciones constitucionales que han estatuido una modalidad *preventiva* o *previa* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, habilitando vías heterodoxas para canalizar el control *a posteriori*.

4. En torno a la participación de *amicus curiae* en los procesos constitucionales⁴⁰

A. Breve descripción de la figura

Esencialmente, pueden comparecer al proceso en calidad de *amici curiae* las personas físicas o jurídicas, siempre que acrediten

⁴⁰ Sobre el tema, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en "*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, T° II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 251/280.

reconocida competencia en la temática en examen; su intervención no los convierte en parte; y su actividad queda ceñida a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante.

Su participación se materializa a través de una actividad de alegación sobre el tema que constituye el objeto de una decisión jurisdiccional, tarea que realizan como terceros, es decir, como personas ajenas a la relación jurídico-procesal pero interesadas en el resultado del proceso⁴¹.

En específica referencia al ámbito jurídico norteamericano, aunque con utilidad argumental expansiva, se ha indicado que dentro del modelo dialógico de creación de precedentes, el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en la discusión constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas⁴².

El *amicus curiae* puede coadyuvar a garantizar el debido proceso y brindar nuevos elementos de análisis o enfoques jurídicos idóneos para realzar cualitativamente las decisiones judiciales, al tiempo que la posibilidad de fundar éstas en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad⁴³ de la actuación de la jurisdicción constitucional.

⁴¹ Cfr. TRIONFETTI, Víctor, "El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del *amicus curiae*", *La Ley*, T° 2003-F, Buenos Aires, p. 71.

⁴² SOLA, Juan V., "El recurso extraordinario y el debate constitucional", en el 'Número especial: Recurso extraordinario federal', *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, 26 de marzo de 2003, Buenos Aires, p. 95.

⁴³ Véase, *mutatis mutandi*, ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino", en el volumen colectivo compilado por dichos autores: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 388.

Asimismo, puede adquirir relevancia en casos complejos o cuestiones que planteen un dilema ético o de otra índole y que la sentencia que las dirima no agote sus efectos en la hipótesis concreta sino que ostente fuerza expansiva hacia otros supuestos o procesos pendientes.

B. Sumario relevamiento de algunos antecedentes en el derecho comparado

El empleo de la figura se hace patente en diversas instancias iusinternacionales, por ejemplo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los órganos de supervisión del sistema africano, establecido por la Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; los Paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio; y hasta en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Ya en el plano del derecho interno estatal, es preciso destacar enunciativamente algunos casos de implementación de la figura por los respectivos órganos máximos de la jurisdicción constitucional. Nos referimos a la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Constitucional del Perú y el Supremo Tribunal Federal del Brasil.

En el caso argentino, y sin ley expresa que establezca de modo genérico el instituto, la Corte Suprema dictó la Acordada N° 28⁴⁴, de 14 de julio de 2004, en la que autorizó —por mayoría— la intervención de “amigos del Tribunal”, cuya presentación, que pue-

⁴⁴ Vid. sobre el particular, BAZÁN, Víctor, “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10, 2006, CEPC, Madrid, 2006, pp. 15/50.

de concretarse en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada del Tribunal en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general, habrá de ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundadas sobre el objeto del litigio en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante.

Ya en lo que atañe a Perú, el art. 13.A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (aprobado mediante Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC) establece: “El Pleno o las Salas pueden solicitar información de los *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”. Por su parte, el art. 34 de dicho Reglamento, determina: “Luego de instalada la audiencia, el Presidente dispone que el Relator dé cuenta, en forma sucesiva, de las causas programadas, precisando el número de expediente, las partes que intervienen y la naturaleza de la pretensión. El Presidente concede el uso de la palabra, hasta por cinco minutos al demandante y por igual tiempo al demandado, quienes se ubicarán a la izquierda y la derecha, respectivamente, frente a los Magistrados. A continuación, el Presidente concede el uso de la palabra a los abogados del demandante y del demandado, por el mismo tiempo, los cuales se ubicarán en igual forma que sus defendidos. Está permitida la réplica y duplica a los abogados por el tiempo que determine el Presidente. Por último, cuando corresponda, se recibirá la participación del *amicus curiae*”. Para finalizar esta breve referencia, y ciñéndonos ahora a la jurisprudencia del Tribunal, pueden relevarse ejemplificativamente los siguientes casos de operativización práctica de la figura: Exptes. 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC (acumulados, Caso Hoja de Coca), sentencia de 27 de septiembre de 2005 (Pleno Jurisdiccional); y Expte. 3.081-2007-PA/TC, Lima, “R.J.S.A. vda. de R.”, recurso de agravio constitucional en proceso de amparo

en torno a la problemática de la salud mental, resuelto el 9 de noviembre de 2007 (Sala Segunda).

También el Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil, aun antes de la enmienda reglamentaria N° 15/04 que modificó el §3° del art. 131 del Reglamento Interno del STF, para disciplinar la intervención de terceros en procesos de control concentrado de constitucionalidad, ya había decidido algunos procesos de ADIn (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*) viabilizando la participación de terceros; por ejemplo, como señala DA CUNHA FERRAZ, sobre el particular puede verse el relato y el voto del Ministro Celso de Mello en la ADIn 2321-MC/DF, generando una construcción jurisprudencial sobre la figura del *amicus curiae* que entrañó un verdadero *leading case*⁴⁵. Más aún, se ha sostenido que de la interpretación del §2° del art. 7 de la Ley N° 9.868/99, surge que además de los órganos y entidades formalmente legitimados para articular la ADIn, también lo están cualesquiera otros entes dotados de significativa representatividad, llegándose a aseverar que el STF permitió la participación de *amici curiae* ya antes del dictado de tal ley, por ejemplo en la ADIn 748-4/RS (de 1994), receptando los memoriales de *amicus curiae* al visualizar a éste como colaborador informal del Tribunal en las acciones directas de inconstitucionalidad, sin integrar la relación procesal⁴⁶.

C. Observaciones adicionales

Retomando el hilo argumental que desarrollábamos antes de relevar algunos antecedentes que exhibe el derecho comparado, es dable destacar que si la mayoría de los Estados latinoamericanos

⁴⁵ DA CUNHA FERRAZ, Anna Candida, "O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada", *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, Año 8, N° 1, 2008, Unifief, São Paulo, pp. 65 y ss.

⁴⁶ AMAURY MAIA NUNES, Jorge, "A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)", *Direito Público*, Año V, N° 20, marzo/abril de 2008, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, pp. 54/55.

ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, si además ante ésta existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus curiae* y si llegar con un caso ante la misma supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado, requisito éste concedido en interés del propio Estado, resulta entonces absurdo —como enfatizan ABREGÚ y COURTIS⁴⁷— prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en carácter de *amicus* ante los tribunales locales (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Por lo demás, siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que prodiga el derecho interno, es razonable ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones fundadas sobre el tema en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede local que la que tienen en el ámbito internacional, adelantando ante los tribunales domésticos los argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte IDH.

Precisamente ésta ha reiterado que los *amici* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa, *que le aportan argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma*⁴⁸.

Al respecto, conviene evocar que el Reglamento de la Corte IDH reformado parcialmente en fecha reciente (innovación en vigor desde el 24 de marzo de 2009), en su art. 2.3. define el término *amicus curiae* de la siguiente manera: “la persona ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula consideraciones jurídi-

⁴⁷ ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *op. cit.*, pp. 392/393.

⁴⁸ Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008, Serie C, N° 184, párr. 14.

cas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

Como puede leerse en la exposición de motivos de las modificaciones reglamentarias introducidas al Reglamento de la Corte IDH, varias de las observaciones remitidas a ésta durante la etapa preparatoria de las reformas, manifestaban la necesidad de reglamentar la presentación de escritos de los *amici curiarum*, razón por la cual en el art. 41 se decidió establecer que “el escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, en cualquier momento del proceso contencioso pero dentro de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la Resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales y prueba documental. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia”⁴⁹.

Por último, no puede perderse de vista que la Corte IDH ha resaltado que “los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiae* tienen un *importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que*

⁴⁹ Cabe recordar que en su momento había juzgado que tales escritos podían ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente (Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 16); entendiendo también que, conforme a su práctica, los *amici* pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la sentencia (Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, cit., párr. 14).

*contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte*⁵⁰ —énfasis añadido—.

5. Sobre la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales

A. Anotaciones preliminares

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera media separación antinómica.

En tal sentido, la utilización léxica de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también *unitaria*. De ello se sigue —en palabras de GARCÍA RAMÍREZ— que, planteado el *carácter integral de los derechos*, corresponde afrontar igualmente el *carácter integral de su protección*⁵¹.

Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas, sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

No es un secreto que los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos⁵² en la dimensión fáctica.

⁵⁰ Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, ídem.

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio-diciembre de 2003, IJ, UNAM, México, D.F., p. 131.

⁵² Cfr. CAÑADO TRINDADE, Antônio A., en el prólogo a la obra de PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. II.

Al menos, podríamos convenir en que tal estereotipada fórmula no puede ser aceptada acríticamente, sino que, como alternativa de “mínima”, debe ser repensada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria⁵³.

Prestigiosa visión autoral formula serias objeciones a la tesis de la escisión generacional de los derechos. En efecto, y sólo por citar algunos ejemplos, CANÇADO TRINDADE alude a la “fantasía de las generaciones de derechos”⁵⁴; RABOSSI destaca que la consecuencia más dañina que tal doctrina genera es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo o una distinción esencial⁵⁵; por su parte, y entre otros cuestionamientos, PINTO enfatiza que la elección de la variable en que se sustenta dicha tesis es “caprichosa”⁵⁶ y que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la fórmula de las generaciones de derechos⁵⁷.

Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que —como

⁵³ RABOSSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el *cliché*”, *Lecciones y Ensayos*, N^{os} 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 41 y ss., *pássim*.

⁵⁴ Así la denomina CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T^o I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

⁵⁵ RABOSSI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 49/50.

⁵⁶ PINTO, Mónica, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 57.

anticipábamos— la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional⁵⁸.

B. Recorrido jurisprudencial

Descendiendo de tal marco teórico para enfocar la aplicación práctica del *desiderátum* tuitivo de tales derechos, puede verse en el caso específico de *Bolivia* que su Tribunal Constitucional ha seguido una laudable vertiente jurisprudencial protectoria. Pueden citarse, en esa dirección, las Sentencias Constitucionales 411/2000-R, de 28 de abril de 2000, que obliga al Estado a proporcionar tratamiento médico a una enferma crónica y a la realización de hemodiálisis a enfermos renales; 433/2000-R, 530/2000-R y 1.052/2001-R, todas sobre tratamientos médicos de personas con enfermedades crónicas; 0026/2003-R, de 8 de enero de 2003, sobre provisión de tratamiento y medicamentos antirretrovirales a personas con VIH-SIDA; o la 1.871/2003-R, de 15 de diciembre de 2003, acerca de la protección que debe dispensarse a la mujer embarazada (respecto de quien, a pesar de su estado de gravidez, se había ordenado su detención preventiva, desconociendo la especial protección que la Constitución Política reconoce a favor de la maternidad).

Otro tanto ha sucedido en *Argentina*, donde con una tónica activista la Corte Suprema de Justicia ha proporcionado cobertura tuitiva al *derecho a la salud*, reconocido como derecho fundamental, por ejemplo, *in re* “M.2648.XLI, ‘María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial’”⁵⁹,

⁵⁸ Ver para ampliar, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135/1149.

⁵⁹ Fallo por el que revocó la sentencia que había rechazado la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona con discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues —entre otros argumentos— la Corte consideró en el voto mayoritario que siempre que se amerite

de 30 de octubre de 2007; a los *derechos laborales*, v.gr., declarando la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo (“**Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.**”⁶⁰, de **7 de septiembre de 2004**, y “**Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ art. 39 Ley 24.557**”⁶¹, de **21 de septiembre de 2004**) o del tope tarifario implementado en la Ley de Contrato de Trabajo para la cuantificación de la indemnización por despido incausado (“**Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido**”⁶², de **14 septiembre de 2004**); *defensa de la vivienda única y familiar* (“**Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria**”⁶³, de 15 de marzo de 2007); *movilidad de*

el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. En síntesis, por mayoría, y al tiempo de dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenó se remitieran los autos al tribunal de origen para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo decisorio con arreglo al criterio que sentaba el Alto Tribunal.

Los posicionamientos en el Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en sendos votos concurrentes, los ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni; y, por último, en disidencia conjunta, los doctores Petracchi y Argibay.

⁶⁰ *Fallos*, 327:3610.

Votaron coincidentemente los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁶¹ *Fallos*, 327:3753.

La posición triunfante fue sustentada por los doctores Petracchi y Zaffaroni. A su turno, por su voto se pronunciaron los ministros Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

⁶² *Fallos*, 327:3677.

Se pronunciaron de modo consonante todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁶³ *Fallos*, 330:855.

Los alineamientos fueron los siguientes: el voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en forma conjunta y coincidiendo con éstos en sus primeros once considerandos, se expidieron los doctores Lorenzetti y Zaffaroni; y, finalmente, la doctora Argibay se expidió por su voto.

haberes previsionales (“Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”⁶⁴, de **17 de mayo de 2005; y en las citadas causas “Badaro” I y II**⁶⁵).

También es interesante relevar un temperamento consonante del Tribunal Constitucional del *Perú*, por ejemplo, en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.” (Sala Primera), en el que ordenó que se considerara a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían *tratamiento integral contra el VIH/SIDA* por parte del Ministerio de Salud, lo que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad, al tiempo de exhortar a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el art. 8 de la Ley N° 26.626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA. En dirección convergente, pueden contabilizarse las sentencias recaídas en Expte. 6.572-2006, sobre *pensión por viudez en caso de unión de hecho*, y 4.646-2007, relativa al *derecho a la educación*. Asimismo, en Expte. N° 1.417-2005-AA/TC, “Manuel Anicama Hernández”, sentencia de 8 de julio de 2005, ha delineado los criterios jurídicos para determinar la procedencia de demandas de amparo discurribles en su seno en *materia pensionaria* a partir de la especificación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, estipulando la procedencia de la vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por tal derecho fundamental, exhortando al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito

⁶⁴ *Fallos*, 328:1602.

La mayoría quedó constituida con los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los ministros Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

⁶⁵ Ver *supra*, notas 32 y 33 a pie de página.

Judicial de Lima y a crearlos en el resto de los Distritos Judiciales del Perú a efectos de atender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria. Además, declaró que a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial *El Peruano*, “toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite [ante el Tribunal Constitucional] y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente” (cfr. punto resolutivo 4°); no sin antes advertir que, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no pudieran en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por el Tribunal Constitucional (Fundamento 60).

Para cerrar este sumario señalamiento jurisprudencial, son igualmente dignos de destacar ciertos aspectos de la labor de la Corte Constitucional de *Colombia*, Corporación que en el marco de la acción de tutela ha realizado una interesante labor hermenéutica sobre el carácter o incidencia sociales de aquella acción, además de haber empleado con frecuencia la denominada argumentación “por conexidad”, para “comunicar” a otros derechos (como el de la salud) el carácter de “fundamentalidad” que poseen intrínsecamente algunos (como el derecho a la vida); por ejemplo, *mutatis mutandi*, las Sentencias T-571 de 1992, justamente sobre el *derecho a la salud*, o T-079 de 2008, en torno al *derecho a una vivienda adecuada*. Tal vez en el “debe” queda la sentencia de 12 de marzo de 2008, en la que el Tribunal por mayoría entendió que existía “cosa juzgada” respecto de la pretensión de análisis de constitucionalidad de los arts. 25, 26, 28 y 51 de la Ley N° 789/2002 de reforma laboral, aferrándose a un decisorio anterior (de 2004) y, por tanto, se abstuvo de realizar el examen constitucional requerido, pese a que dicha reforma laboral había disminuido la protección de los dere-

chos de los trabajadores y no produjo los resultados esperados en materia de generación de nuevos empleos. Fuera y más allá de los pronunciamientos enunciados, no puede omitirse siquiera una mínima alusión a un decisorio trascendente: la Sentencia T-025 de 2004 sobre *desplazamiento forzado interno* (correspondiente a la Sala 3ª de Revisión de la Corte Constitucional), que determinó al respecto un “estado de cosas inconstitucional” ante las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encontraba la población desplazada y la omisión reiterada de brindar protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades, violándose los derechos a la *vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños*.

C. Derechos en serio

En síntesis, lo ideal sería que el Estado *previera y evitara* posibles incumplimientos en el campo de los DESC, pero si ellos igualmente se configuraran, los remedios nacionales darían a aquél ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales. En un marco genérico de discusión, creemos que no es posible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión internacional en el respectivo desarrollo de sus funciones: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*⁶⁶, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

⁶⁶ Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13 de setiembre de 1989; aludida por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, en el Prólogo a la obra de CAÑADO TRINDADE, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales*

Aprehender tal premisa configuraría un buen punto de partida para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos “defectos congénitos” que obstan a catalogarlos como verdaderos “derechos” o a adjudicarles algún “valor jurídico”⁶⁷, y dejar de lado percepciones que, al mantener que aquéllos no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la “irresponsabilidad” del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan.

Como contrapartida, creemos que tales esfuerzos deberán canalizarse constructivamente y, al superar relativismos y escepticismos, convertirse en aportes para crear, modular y repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que coadyuven definitivamente a *ponerlos en acción*⁶⁸.

En esa línea, y más allá de los casos puntuales esquematizados, se impone una profundización de la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana en el ámbito temático relevado y un *dinamismo prudente* para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, coadyuven a la realización de semejantes derechos que, sin duda, se presentan directamente consustanciados con la dignidad de la persona.

Internacionales de derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp. 11/12.

⁶⁷ Ver al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

⁶⁸ Sobre el tema, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, T° II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 547/583.

6. La interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la preservación y el desarrollo de los derechos fundamentales

A. Planteo del tema

Nos interesa ahora resaltar el relevante papel que los magistrados constitucionales están llamados a jugar en el Estado Constitucional de Derecho, fundamentalmente en contextos cuyos paisajes jurídicos han sido impactados fuertemente por el derecho internacional de los derechos humanos, como —por citar sólo un ejemplo— el argentino al influjo de la reforma constitucional operada en 1994⁶⁹.

La delicada misión que la magistratura constitucional ostenta como último reducto para la defensa y efectivización de los derechos fundamentales en el ámbito vernáculo deberá ser afrontada y desplegada conociendo y asumiendo *la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales* (instrumentos internacionales sobre derechos humanos, costumbres internacionales consolidadas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas), las que habrán de emplearse como guía en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental por parte de la jurisdicción constitucional y, también y de acuerdo con la valencia que en la propia Constitución se les asigne *vis-à-vis* el derecho doméstico, como parámetros de control de la normativa infraconstitucional, es decir, fiscalizando la adecuación a ellas de las leyes y normas infralegales.

Y todo porque no hacerlo así podría significar —más allá de una objetable despreocupación por la dignidad humana— que el Estado en cuestión incurra en responsabilidad internacional, pues por ejemplo respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de

⁶⁹ Ver *supra* en nota 23 a pie de página.

la CADH genera tanto un deber de *respeto* a los derechos humanos como un deber de *garantía* de éstos.

Conviene entonces pulsar el botón de alerta en torno a diversas cuestiones de interés, que deberán ser repensadas por la jurisdicción constitucional. Es que en la hora actual los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, incrementándose la necesidad de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor de la solidificación del sistema general de derechos, lo que es tan sencillo de predicar dialécticamente como difícil de plasmar en la realidad.

B. Retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad

Por su parte, no puede omitirse señalar que la Corte IDH ha emitido en fecha reciente una sentencia en la que deja un claro mensaje a los jueces internos. Se trata del caso “Almonacid Arellano”, de 26 de septiembre de 2006, donde se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no*

*solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (remarcado añadido)*⁷⁰.

Dicho de otro modo, la Corte IDH impone a los poderes judiciares de los Estados (ordinarios y/o constitucionales, según corresponda) la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el tribunal interamericano, que, como se sabe, es el intérprete último de aquél. Realza, así, la operatividad de la pauta de *interpretación conforme a la CADH* como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos, dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

C. Algunas zonas de confluencia potencialmente tensionales

Para finalizar este señalamiento (y dar paso a las apreciaciones de cierre del trabajo), y en lista no taxativa de aquellas importantes zonas de confluencia entre ambas dimensiones (interna e internacional) que representan otros tantos desafíos para las respectivas jurisdicciones constitucionales, pueden incluirse los siguientes aspectos:

- el temperamento adoptado por la Norma Fundamental respectiva al asignar un determinado tenor jerárquico a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos frente al derecho interno o, en su defecto, al silencio que puede guardar sobre el parti-

⁷⁰ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

cular; hipótesis esta última donde aflora en plenitud la relevancia de la tarea hermenéutica a cargo de la justicia constitucional para descifrar la valencia posicional de tales documentos internacionales en el plano vernáculo y paralelamente mantener una interacción armónica de las fuentes local y transnacional;

- la cotización que los máximos tribunales nacionales brindan a los pronunciamientos de los órganos protectorios del sistema interamericano: Comisión y Corte Interamericanas; y
- finalmente, la ardua problemática de la ejecución de las sentencias del tribunal interamericano en sede nacional, tópico que entraña uno de los retos más trascendentes a los que se enfrenta todo propósito real de fortalecimiento del modelo tuitivo regional de los derechos humanos.

IV. APRECIACIONES FINALES

1. La lucha de la jurisdicción constitucional por legitimarse social y democráticamente, pugnar por su independencia funcional y económica, superar la insuficiencia presupuestaria, entronizarse como eficaz instrumento de defensa de la Constitución y garante final de los derechos humanos en los respectivos ámbitos internos; son sin duda problemáticas comunes que se enseñorean de los respectivos espacios donde operan los órganos de la magistratura constitucional pertinente en distintas latitudes del arco latinoamericano⁷¹.

2. La utilización equilibrada y razonada de sentencias “atípicas” o “intermedias”, que pueden resultar provechosas en la dinámica del modelo constitucional; la incursión en espacios inhóspitos

⁷¹ Un acercamiento al tema puede compulsarse en BAZÁN, Víctor, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, T° I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 37/61.

del control de constitucionalidad como el de la fiscalización sobre las pretericiones inconstitucionales; el mantenimiento del esquema de contralor de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales (si así viniera estatuido en las respectivas Constituciones); la articulación de nuevas fórmulas de participación de la ciudadanía en los procesos constitucionales, por ejemplo, a través de la figura del *amicus curiae*; la tonificación de los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; la búsqueda de una madura y eficaz interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la salvaguardia de los derechos fundamentales; no son sino algunos de los desafíos temáticos que figuran en una agenda imaginaria que el Siglo XXI impone a la justicia constitucional en Latinoamérica.

Por su parte, la observación de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Europa y Latinoamérica (éstas por medio de las citadas modalidades sentenciales “atípicas” o “intermedias”), pone al descubierto el creciente interés por institucionalizar o aplicar pretorianamente diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales. Cuando menos, crece la convicción de que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene algo que aportar* en favor de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia real de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

3. Las fricciones entre el Congreso y el Tribunal Constitucional o el poder judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos sistemas de contralor de constitucionalidad) deben re canalizarse en términos de diálogo y convivencia institucional madura y no ser concebidas desde un prisma confrontativo o de lucha de poder. Ello, en el marco de una deseable *dinámica armónica* que sin mengua de la insoslayable tarea del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en punto a preservar la vigencia normativa su-

prema de la Constitución, al mismo tiempo se muestre respetuoso de la división de poderes y la autoridad democrática del legislador.

4. El poder no es (o no debería ser) un simple y mecánico hecho de dominación ni un fin en sí mismo. No por manidos son menos importantes ciertos postulados como la real posibilidad de alternancia en el acceso al poder y la periodicidad de los mandatos, garantías ciudadanas, ambas, a las que nada aportan los intentos por implantar normativamente las “reelecciones indefinidas”.

Una *auténtica división de poderes* exige, así, un *Poder Legislativo* en cuyo ámbito se delibere cabalmente en torno a las cuestiones de trascendencia pública contenidas en las proposiciones legislativas, se represente genuinamente al electorado, y las minorías sean respetadas por las mayorías, pues la atmósfera que debe reinar en tal sede parlamentaria es, en términos kelsenianos, la del “principio de la mayoría” y no del “dominio de la mayoría”⁷², además de que el órgano legisferante nunca debería resignarse a la genuflexión o la deferencia claudicante hacia el Presidente o la Presidenta de turno; un *Poder Ejecutivo* que no se hipertrofie fagocitando a los restantes Poderes y agudizando aún más la disfuncional y nociva figura conocida en diversas latitudes de Latinoamérica: el “hiperpresidencialismo”; y una *judicatura ordinaria y/o constitucional*, que sea activa, imparcial e independiente de injerencias político-partidistas, y asuma el crucial rol que adquiere en el Estado Constitucional de Derecho como instancia de control y último reducto de protección de los derechos humanos en el plano interno.

La falta de independencia o de imparcialidad de los jueces conduce a la paradoja de que quienes deben ser los garantes de la efectividad de los derechos, aportan a la causa de la violación de los mismos.

⁷² KELSEN, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wilhelm Braumüller, Viena y Leipzig, 1925; en castellano: *El problema del parlamentarismo*, trad. de J. Ruiz Moreno, Debate, Madrid, 1988.

5. Tampoco puede obviarse que los retos y las exigencias relevadas en este trabajo obligan a superar los esquemas y moldes del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, exigiéndole —como *mutatis mutandi* refiere TAJADURA TEJADA— llegar hasta las últimas fronteras de la Constitución normativa para consolidarse como verdadero Tribunal de los “ciudadanos”⁷³, es decir —añadimos por nuestra parte—, como un *Tribunal social*.

Y, para esto, es imprescindible una jurisdicción constitucional fuerte, activa, responsable e independiente; pero al mismo tiempo, prudente, equilibrada y consciente de sus límites. Ni más ni menos que pugnar por afianzar, en la medida de lo posible, una “dialéctica institucional correcta”⁷⁴ y engrosar la textura de su legitimación social.

6. Acierta TORRES DEL MORAL cuando afirma que “no hay más Constitución que la Constitución democrática, o lo que es igual, la Constitución que instaura y preside un régimen democrático. Y ello por la misma razón de que no hay más Estado de Derecho que el democrático”⁷⁵.

Asociado a ello, se observa así que las bases jurídicas, políticas y axiológicas mínimas de sustentación de un cabal Estado Constitucional y Democrático de Derecho, son⁷⁶: *una Constitución suprema y con fuerza normativa*, al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos; un *sistema*

⁷³ TAJADURA TEJADA, Javier, “Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI”, AA.VV., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, pp. 438/439.

⁷⁴ La frase entrecomillada corresponde a TARUFFO, Michele, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 22, abril de 2005, ITAM, Fontamara, México, D.F., p. 17.

⁷⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio, “El instituto de la rigidez como garantía de la Constitución”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 421.

⁷⁶ Sobre el tema, puede consultarse la monografía de BAZÁN, Víctor, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Cuadernos Democráticos N° 1, Fundación Konrad Adenauer (Oficina Ecuador), Quito, 2009.

democrático no declamado sino real; el goce y el ejercicio efectivos de los derechos humanos, porque —como afirma FERRAJOLI— en un Estado de Derecho los derechos exigen ser tutelados, y el progreso de la democracia se mide por la expansión y la justiciabilidad de ellos⁷⁷; y, entre otros elementos, *una justicia constitucional* que asegure la normatividad y la primacía constitucionales y el respeto y la realización de aquellos derechos sin superfluas distinciones categoriales.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 918.

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS: SU TIEMPO, SU VIDA Y SUS APORTES A LA FORJA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*

Ernesto Blume Fortini**

“El espíritu de Sieyès es el espíritu mismo de la Revolución Francesa”
Paul Bastid
(*Sieyès et sa pensée*)

“Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789”
David Pantoja Morán
(*Escritos políticos de Sieyès*)

“... habrá que reconocer en el abate Sieyès el espíritu inmortal de la Revolución Francesa en uno de sus aspectos más perdurables. Comparados con él, desde ese punto de vista, los demás protagonistas sólo ocupan el lugar de ejecutores y realizadores, cuando no de corifeos.”
Carlos Sánchez Viamonte
(*El Poder Constituyente*)

* Este trabajo fue presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre 2009), e incluido en su memoria págs. 17-48. Tomo I. Editorial IDEMSA. Lima, Perú, 2009. ISBN: 978-612-4037-07-8 y fue enviado por el autor a este Instituto el día 21 de octubre de 2009.

** Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en

SUMARIO: I. El tiempo de Sieyès; II. Reseña biográfica; III. Resumen de sus escritos políticos; IV. El significado general de su obra.

La presente ponencia, preparada con motivo del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, es parte de una investigación de mayor envergadura en la que está empeñado su autor sobre Emmanuel Joseph Sieyès: el personaje que produjo la más sólida construcción jurídica que completó y consolidó el pensamiento político de sustento de la Revolución Francesa y marcó el inicio de la formación del Estado Constitucional moderno en el mundo occidental.

Empero, personaje que, sin desmerecer sus extraordinarios aportes y coincidiendo con David Pantoja Morán, quien a su vez basa sus reflexiones en los indispensables trabajos sobre la vida y obra de Sieyès elaborados por Paul Bastid y Jean Denis Bredin¹, es una figura “... históricamente controvertida y llena de contrapuntos. Brillante redactor de Constituciones, pese a ello no pudo legar una sola a Francia pues sus numerosos proyectos se quedaron en borradores. Revolucionario intransigente en una primera hora como

la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como de Derecho Constitucional Económico en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el ex Presidente Constitucional de la República don Valentín Paniagua Corazao. eblume@estudioblumeabogados.com

¹ Al respecto, el propio David Pantoja Morán, quien es uno de los estudiosos de habla hispana que ha investigado más sobre Emmanuel-Joseph Sieyès sostiene, en nota de pie de página a la introducción de la obra que citamos, “Quienquiera profundizar en la vida y obra de Sieyès deberá consultar el indispensable trabajo de Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée, op. cit.* Un trabajo también ampliamente recomendable es el de Jean Denis Bredin, *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Éd. De Fallois, París, 1988.” PANTOJA MORÁN, David (compilador). “Escritos políticos de Sieyès Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán”. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. México, 1993, p.17.

ideólogo, deviene más tarde en afanoso conservador del orden, de la seguridad y de la estabilidad. Enemigo mortal de la realeza, termina por instalar en el trono de Francia a una casa reinante sin tradición y sin leyes fundamentales. Combatiente sin tregua en contra de los privilegios de la nobleza, acepta recibir el título de conde. Teórico de la libertad, le abre la puerta a la dictadura. Constant mismo, su admirador y amigo, resume así su sinuoso destino: ‘Sieyès es uno de los hombres que hicieron el mayor bien a Francia en 1789 y que después de dos o tres épocas le produjeron el mayor de los males.’”²

Curiosamente, como afirma el mismo autor, en la línea de Pascuale Pasquino³, “... lo mismo calificado por sus contemporáneos como ‘Oráculo del Tercer Estado’ que como ‘Topo de la Revolución’, cuenta con una paradoja más en su haber, pues el éxito y la difusión extraordinarios de su texto sobre el Tercer Estado, en cierta medida, deformaron su obra, ya que hicieron olvidar y casi borrar de la memoria colectiva sus escritos concernientes a la teoría política-constitucional que contiene unas de las contribuciones más significativas al derecho público y a la ciencia política de la Europea contemporánea.”⁴

Sobre esto último, sostiene Bastid, citado por Pantoja “...que la Teoría constitucional de Sieyès es uno de los productos más auténticos de la ideología nacional francesa. Sus ideas han sido una especie de botín del que se han apoderado generaciones enteras, sin el remordimiento de apropiarse de algo ajeno. De una pluma a otra y de una cabeza a otra pasaron las ideas del filósofo, mientras que sólo se le consagraban algunas líneas desdeñosas o condenatorias al hombre político. Con todo, el pensamiento de este gran doctrinario penetró profundamente en el derecho político y se incorporó a las reflexiones de los juristas y politólogos que le sucedieron. He ahí

² *Ibíd.*, pp. 17-18.

³ Cf. Pascuale Pasquino, *Emmanuel Sieyès, Benjamin Constant et le «Gouvernement des Modernes», contribution à l’histoire de representation politique*, en *Revue Française de Science Politique*, abril de 1987, p. 218.

⁴ PANTOJA MORÁN, David. *Op. Cit.*, p. 18.

su desquite: su actividad especulativa y su papel histórico se extinguieron después del brumario, pero es el gran clásico del derecho público francés que apenas empieza a ser reconocido.”⁵ Y Pantoja agrega, “Por lo demás, para el constitucionalismo latinoamericano reviste singular importancia la revisión de sus aportaciones, pues influyeron de manera decisiva en la conformación de las ideas-fuerza plasmadas en las constituciones que nos han regido. Esta influencia se dejó sentir directamente al ser recibida como legado de la Revolución Francesa en estas tierras, e indirectamente merced a la experiencia liberal española que la adaptó e hizo posible su trasplante.”⁶

En la línea de hacer una revisión de sus aportes, la presente ponencia se inicia con una sucinta referencia a la época y al entorno en que vivió Sieyès, que en gran medida permite comprender su peculiaridad y su genialidad, para apuntar a continuación algunas pinceladas de su biografía y, seguidamente, empezar a revisar su producción político jurídica, en una suerte de breve extracto de lo que la doctrina ha dado en llamar sus escritos políticos, concluyendo con algunas reflexiones sobre el significado general de su obra; reflexiones que operarán como un proemio de sus ideas sobre el Estado Constitucional.

I. EL TIEMPO DE SIEYÈS⁷

Emmanuel Joseph Sieyès vivió entre 1748 y 1836⁸. Es decir, entre mediados del siglo XVIII y el primer tercio del siglo XIX, que

⁵ Loc. Cit.

⁶ Loc. Cit.

⁷ La información que se consigna a continuación respecto al tiempo de Sieyès está sustentada en la obra “La Revolución Francesa y el Imperio (1787 – 1815)” de Georges LEFEBVRE. Breviarios. Primera reimpression. Santafé de Bodotá, 1993, pp. 7 -169, editada por el Fondo de Cultura Económica; y en la obra “Los hombres de la Revolución Francesa” de Louis MADELIN. Traducción de Amanda Fons de Gioia. Revolución Francesa 3. Ediciones B Argentina. Buenos Aires, 2004, pp. 303 – 333.

⁸ Una excelente biografía de Sieyès puede encontrarse en idioma inglés en la obra de Glyndon VAN DEUSEN intitulada “Sieyès: His Life and his nationalism”, im-

fue un periodo esencial en el desarrollo de las ideas políticas y cambios sociales para la humanidad, en lo que respecta al mundo occidental, al punto que en él se completa y consolida el paso de la monarquía del derecho divino al inicio de la democracia moderna, cambiando el eje de la titularidad del poder político de Dios o la divinidad al pueblo; éste, como colectivo conformado por una sumatoria de individuos a los cuales les corresponde una alícuota de ese poder. Para dar ese paso y consolidarlo Sieyès y, más propiamente, sus ideas jugaron un rol que le ha valido perennizarse en la historia y merecer comentarios como los siguientes: “El espíritu de Sieyès es el espíritu mismo de la Revolución Francesa”, “Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789” y “... habrá que reconocer en el abate Sieyès el espíritu inmortal de la Revolución Francesa en uno de sus aspectos más perdurables. Comparados con él, desde ese punto de vista, los demás protagonistas sólo ocupan el lugar de ejecutores y realizadores, cuando no de corifeos.” Comentarios que son de autoría de Paul Bastid⁹, David Pantoja Morán¹⁰ y Carlos Sánchez Viamonte¹¹, respectivamente.

presa por Ams Press, Inc, en la ciudad de New York en 1968. Además, es útil la precisa y concisa reseña de Luis PANTOJA MORÁN contenida en la introducción del libro: SIEYÈS, Emmanuel J., “Qué es el Tercer Estado? Seguido del Ensayo sobre los privilegios”. Traducción de José Rico Godoy. Colección Nuestros Clásicos N° 40. Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1989, pp. 7 – 49.

⁹ BASTID, Paul. “Sieyès et sa pensée”. Hachette. París, 1970. Citado por David Pantoja Morán en la Introducción del libro “Qué es el Tercer Estado? Seguido del Ensayo sobre los privilegios?” de Emmanuel Joseph Sieyès, referido en la nota de pié de página 7 que antecede, p. 7.

¹⁰ PANTOJA MORÁN, David (compilador). “Escritos políticos de Sieyès Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán”. Op. Cit., p.17.

¹¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. “El Poder Constituyente origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino”. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires, 1957, p. 240.

Comprender a este personaje implica explorar la época que le tocó vivir. Por ello, es conveniente recordar que en el siglo XVII el régimen absolutista se fortaleció en Francia, contrariamente a lo que aconteció en Inglaterra, en la que se había ido debilitando. Los Hugonotes fueron vencidos en la Rochela y varias conspiraciones detectadas, controladas y finalmente desactivadas. Cayó derrotado el feudalismo estamentario, aunque quedaron algunos de sus rezagos completamente subordinados al poder absoluto del rey, quien reafirmó su poder y aumentó la exaltación de la teoría del derecho divino, que era el fundamento del absolutismo. Las ideas del rey como “príncipe cristianísimo y vicario de Cristo”, “cabeza de una parroquia de vasallos” y “salvador de la patria” recobraron plena vigencia.

Sin embargo, tal fortalecimiento, que tuvo una expresión importante en la política conquistadora llevada a cabo en Europa por Luis XIV, valiéndole el apelativo de “Rey Sol”, y que significó el mantenimiento de numerosos enfrentamientos armados, fue costoso y agravó la ya precaria situación del pueblo; especialmente del Tercer Estado o burguesía, que era la única obligada a pagar tributos y a proporcionar soldados al ejército francés. A la muerte de Luis XIV, producida a inicios del siglo XVIII, el pueblo francés se encontraba en una tremenda pobreza, a diferencia de la nobleza y del clero que vivían en la abundancia; situación que se deterioró ostensiblemente, debido a los sucesores de aquel monarca, el Duque de Orleans, que fue regente, y el Rey Luis XV, quienes sin reparos consintieron abiertamente y a vista de todos la corrupción y el impudor de la nobleza y del clero. En el gobierno de Luis XVI, que sucedió a Luis XV, el empobrecimiento y la miseria aumentaron, se siguieron fomentando los privilegios en las minorías y a ello se sumó la debilidad del propio rey, quien lejos de enfrentar y superar la crisis, en la práctica, entregó la conducción de Francia a algunos de sus allegados de la nobleza y a la Reina María Antonieta de Austria revelando la adicional grave crisis de mando existente.

En forma simultánea, se fue agudizando el enfrentamiento ya existente desde mucho tiempo antes entre la burguesía y la nobleza y el clero, que era, en el fondo, una confrontación de quienes soportaban el peso de la crisis y que, a pesar de todo habían desarrollado las manufacturas y el comercio (en lo que podría denominarse el capitalismo de la burguesía), y quienes representaban el feudalismo, los privilegios y la corrupción. No hay que olvidar sobre este particular que la nobleza y el clero poseían las dos terceras partes de las tierras en Francia, no pagaban impuestos y recibían pensiones y sinecusas, mientras que la burguesía, que llevaba bajo sus hombros el peso de la crisis y el costo del aparato productivo del país, poseía un mínimo de las tierras, pagaba elevados tributos y sufragaba los costos de las pensiones y sinecusas. A este preocupante escenario se sumó la reducción de la producción agrícola de alimentos para la población y de materias primas para la industria, a causa de prolongadas sequías, lo que además provocó una gran desocupación, que obligó al Rey Luis XVI a exigir a la nobleza y al clero el pago de tributos, en decisión que motivó resistencia y disgusto, debilitando la posición del monarca, al perder en significativa medida el respaldo que le habían dispensado.

En ese contexto, de crisis a punto de un estallido social y político, los Ministros Turgor, Necker y Brienne, que habían propuesto la imposición de tributos a la nobleza y al clero, recomendaron al rey que, como medida de solución, procediera a convocar a los tres estamentos de la sociedad francesa —la nobleza, el alto clero y el estado llano o Tercer Estado— a Estados o Asambleas Generales, que no se habían reunido desde 1617, por la marcada tradición absolutista francesa, que minimizaba todo atisbo participacionista de la población. Luis XVI aceptó la recomendación y a fines de 1787 convocó a la nobleza, al alto clero y al estado llano; decisión que implicaba que se eligieran a los diputados de cada Estado General. Llevadas a cabo las elecciones, la nobleza obtuvo 148 diputados, el alto clero 247 y el Tercer Estado o burguesía 500.

Al respecto, es necesario también apuntar que, en aquella época, cuando se convocaba a elecciones para elegir diputados del Tercer Estado, los electores acostumbraban redactar unos cuadernos denominados “Cahiers”, manifestando sus preocupaciones, sus problemas y sus reclamos, que se exponían en algunos lugares públicos para conocimiento de los candidatos. De tales cuadernos se desprendía que los principales pedidos de los burgueses campesinos eran la supresión y la rebaja de los impuestos, mientras que los burgueses ciudadanos reclamaban la dación de una nueva Constitución para Francia y participación en la administración y conducción política del Estado. Y, así mismo, conviene recordar que el sistema establecido exigía que cada estamento —la nobleza, el alto clero y el estado llano o Tercer Estado— se reuniera por separado y adoptara sus propias decisiones por mayoría de votos. Esto es, a razón de un voto por diputado. Sin embargo, en la reunión de los tres Estados Generales cada estamento representaba un voto. Vale decir, que la nobleza tenía un voto, el alto clero un voto y la burguesía un voto, sin importar el número de diputados de cada estamento, lo cual colocaba siempre en desventaja al Tercer Estado, a pesar que tenía el mayor número de diputados y representaba a la gran mayoría del pueblo francés.

Ahora bien, volviendo a lo acontecido en aquel entonces, cabe señalar que, habiéndose realizado las elecciones internas con los resultados antes mencionados, el 5 de mayo de 1789 se reunieron los Estados Generales en Versalles, oportunidad en la que los diputados del Tercer Estado comprobaron que los representantes de la nobleza y del alto clero traían pre-acuerdos sobre la mayoría de las cuestiones económicas que se someterían al pleno, con el obvio propósito de asegurar la imposición de sus decisiones; comprobación frente a la cual los diputados del Tercer Estado propusieron que se modificara el sistema a un voto por diputado y no por Estado, recogiendo los planteamientos formulados por el diputado Emmanuel Joseph Sieyès.

Aquella propuesta de los diputados del Tercer Estado, basada como está dicho en el pensamiento de Sieyès, provocó dos hechos inéditos y de enorme trascendencia para Francia y el avance político social occidental. El primero, la propuesta se impuso a pesar de la tenaz oposición de los diputados de la nobleza y del alto clero. El segundo, el 17 de junio de 1789 los diputados del Tercer Estado, haciendo eco de las ideas de Sieyès y argumentando representar el noventa y cinco por ciento de la Nación, se declararon en Asamblea Nacional y se señalaron como tareas enfrentar y resolver la grave crisis por la que atravesaba el país.

Como se sabe, enterado de la noticia, el Rey Luis XVI mandó cerrar Versalles y trató de impedir que los diputados del Tercer Estado se volvieran a reunir, fracasando rotundamente en su empeño. En efecto, tres días después, el 20 de junio de 1789, se reunieron en la Sala del Juego de la Pelota de Versalles y juraron “no separarse jamás hasta no haber dado una Constitución a Francia”, argumentando que la Nación requería un nuevo contrato social. El rey, después de presentarse ante la asamblea, dispuso que cada Estado se reuniera por separado y envió a un emisario a notificar a los diputados del Tercer Estado. La respuesta, manifestada por intermedio del Conde de Mirabeau fue contundente: “decid a vuestro amo que estamos aquí por la voluntad del pueblo y que no saldremos sino por la fuerza de las bayonetas.”

Ante la posición asumida por los representantes del Tercer Estado y la gravedad de la situación económica, social y política, Luis XVI se vio obligado a transigir. Dispuso la concurrencia de los diputados de la nobleza y del alto clero, a la sesión conjunta con los diputados del Tercer Estado convocada para el 27 de junio de 1789 y autorizó la conversión de los Estados Generales en Asamblea Nacional. Se había producido el primer triunfo de la revolución de la burguesía. El triunfo de los principios liberales de la libertad, la igualdad, la seguridad, la resistencia a la opresión y la propiedad.

Luego vendría un proceso revolucionario de varios años, que comprendió tres etapas claramente identificables:

- Una primera etapa, que abarcó desde la transformación de los Estados Generales en Asamblea Nacional hasta la conclusión de los trabajos de la Asamblea Legislativa, en la cual, entre otros episodios, se dio la famosa toma de la Bastilla (el 14 de julio de 1789), la abolición de los privilegios feudales (el 4 de agosto de 1789), la sanción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (el 26 de agosto de 1789) y la sanción de la Constitución de 1791, que estableció una monarquía constitucional;
- Una segunda etapa, que comprendió la aceleración de la revolución, la convocatoria a una Convención para revisar la Constitución, la dictadura jacobina y el período de la llamada "ley del Terror"; etapa en la cual, entre otros episodios, se produjo el enfrentamiento del pueblo armado a los ejércitos extranjeros y la ejecución sumaria de unas mil personas entre el 2 y el 11 de setiembre de 1792, el procesamiento y la ejecución de Luis XVI en la guillotina el 21 de enero de 1793, el procesamiento y la ejecución de la Reina María Antonieta en la guillotina en octubre de 1793 y la expedición de la mencionada "ley del Terror", que significó que entre setiembre de 1793 y julio de 1794 fueran guillotinas más de dos mil personas, acusadas de ser contrarrevolucionarias; y
- Una tercera etapa, de cierto deterioro de la revolución, a partir del denominado golpe de Termidor y el gobierno del Directorio, en la cual, entre otros episodios, se dio el arresto de los jacobinos, la aprobación de la Constitución de 1795 y el descubrimiento de la conspiración de los iguales.

El proceso en cuestión, concluiría con el triunfo de Napoleón Bonaparte, la dación de una nueva Constitución y el establecimiento de la monarquía napoleónica absoluta, que en el fondo significó un

estado liberal-burgués, cuyo modelo esencial se ha prolongado hasta ahora en buena medida.

En el desarrollo de estos acontecimientos y, sobre todo, en la construcción de las ideas que dieron sustento a la Revolución Francesa, a través de la estimación de la importancia y el auténtico rol del Tercer Estado como expresión del pueblo francés, jugó un papel trascendental el abate Emmanuel Joseph Sieyès, quien no sólo redefinió los conceptos de Nación y de Constitución y concibió las categorías de poder constituyente y de poder constituido, así como sus características, diferencias y relaciones, sino que, en lo que directamente interesa rescatar para esta investigación, a partir de aquellas categorías creó la idea germinal del Estado Constitucional y del control concentrado de la constitucionalidad. En tal sentido, conocer su vida contribuye a entender mejor la trascendencia y el significado de sus aportes.

II. RESEÑA BIOGRÁFICA

El 3 de marzo de 1748 vino al mundo en la localidad de Fréjus, ubicada al sur de Francia, Emmanuel Joseph Sieyès. El quinto de ocho hijos de la familia formada por Honoré y Anne Sieyès, quienes eran plebeyos, pero con cierto tinte de sangre noble en sus venas y de mentalidad conservadora. Honore Sieyès tenía una renta independiente y un modesto ingreso como recaudador de impuestos.

Debido a la decisión de sus progenitores, a quienes amó y respetó muchísimo según su propia confesión, hasta que cumplió los 14 años de edad fue educado por un tutor, por los jesuitas y por los regentes del Colegio de los Doctrinaires de Draguignan, ingresando en 1762, también a instancias de sus padres, al Seminario de San Sulpice en París, apoyado por Césargues, Vicario General de Fréjus y amigo de su padre. Era en ese entonces un joven enfermizo y con marcada vocación por la carrera militar, pero aspirante, empeñoso y habilidoso para los estudios; atributos a los que sumaba una temprana vocación por la música.

Durante su preparación sacerdotal, que duró diez años, hasta 1772, estudió filosofía y teología, adquiriendo una reputación de hábil estudiante. También cultivó la música. Era notoria su especial inquietud por las ciencias y los nuevos principios filosóficos, así como por su racional rechazo a las ideas de la teología conservadora. Según el mismo Sieyès, fueron años de esfuerzos y de sacrificios, de estudio y de preparación con la rigurosidad que imponía la formación religiosa de aquella época, y también años de amarguras y disgustos. Al concluir sus estudios contaba con 24 años de edad. En 1773 fue ordenado sacerdote. Sobre su estancia en el Seminario de San Sulpice en París, Pantoja comenta "Diez años pasa Sieyès en el seminario, no para estudiar teología, ya que, contentándose con la licenciatura, desdeña el doctorado, tampoco para cumplir con los deberes del ministerio sagrado, pues ni ocupa el púlpito, ni imparte sacramentos, sino que su confinamiento tiene como móvil su aislamiento del mundo para dedicarse a la meditación. Sus superiores dejaron notas con observaciones sobre él que testimonian el presentimiento de lo que algún día será: 'el abate Sieyès, tan poco abate', como lo concibe Chevallier, o 'el Descartes de la política', como lo llamará Saint-Beuve. Sin verdadera vocación para el ejercicio activo de su ministerio, pero compelido por lo exiguo de su fortuna, Sieyès debía encontrar sus medios de existencia en la profesión abrazada y, así, se consagra a los aspectos administrativos del clero..."¹²

Vinieron tiempos duros. Sin embargo, el novel clérigo siguió cultivando las investigaciones filosóficas y la música. El 20 de octubre de 1774, a raíz de los pedidos hechos por amigos influyentes y a la par con el ascenso de Luis XVI al trono obtuvo la promesa de ser nombrado canónico en Bretaña, pero tal honor no le trajo ventajas pecuniarias hasta la muerte del titular. Recién a fines de 1775 reci-

¹² PANTOJA MORÁN, David. Introducción al libro de Sieyès...Op. Cit., pp. 7 – 8.

bió su primer real empleo, como secretario del Monseñor Lubersac, Obispo de Tréguier.

Transcurridos dos años, ya como diputado de la diócesis participó en los Estados de Bretaña y observó con profundo disgusto el tambaleo de las clases privilegiadas. En 1780 acompañó a Lubersac como su Vicario General, quien fue transferido a la Diócesis de Chartres, convirtiéndose con el tiempo en canónico de la catedral y en Canciller de la Diócesis. En tal etapa formó parte de una comisión que cambió la vieja liturgia y actuó como representante de su diócesis en la Cámara Superior del Clero. Con este motivo vivió en París, disfrutando de la alta estima de su orden debido a su inteligencia y continuó con sus estudios filosóficos.

Sieyès mostraba una notoria seriedad y una impresionante agudeza intelectual, que se impusieron frente a su modesta y diminuta apariencia. Hombre simple, frágil y de insignificante contextura, aunque de rostro algo arrogante y de matiz intelectual, “...con su bien definida nariz y mentón, grandes y negros ojos, frente alta y tez pálida,...”¹³, que le daban “... la apariencia de un escolar en vez de la de un hombre de ‘beau monde’”¹⁴. Tenía problemas con sus ojos, probablemente debido a la fragilidad de su salud y a la gran cantidad de tiempo que dedicaba a la lectura. Era de voz baja y carecía de facultades retóricas.

Paralelamente, mostraba una personalidad disconforme con el conservadurismo de algunos y amante de la libertad. Era, tal como lo expresó en alguna ocasión “... libre el mismo de todo sentimiento e ideas supersticiosas...”¹⁵, pero de rápido progreso intelectual, lo cual en 1769 ya había llevado a Césarge a vaticinar, en carta

¹³ VAN DEUSEN, Glyndon G. Op. Cit., p.14.

¹⁴ Loc. cit.

¹⁵ Ibid., p. 15.

dirigida a sus padres, "... este hombre joven les hará honor..."¹⁶. Su ascenso a Chartres, confirmó esta predicción.

Fue peculiar su caso. A pesar de ser sacerdote su mente trabajó libre y poderosamente, sin ataduras, negándose a seguir cualquier escuela de pensamiento y aspirando a un sistema político y social perfecto, basado en el principio de la unidad armoniosa. Propugnó el concepto de unidad, defendiéndolo con pasión y soñando con la reunión del conocimiento humano en un solo y dulce acuerdo. En esa dirección solía manifestar "Si falta ésto, sólo hay mentes independientes, cuyo conocimiento es bueno para nada. No obstante que ellos pueden guardar mucho en sus memorias, son realmente ignorantes e inservibles."¹⁷.

Para conseguir el deseado estado de perfección y solucionar los problemas de los demás, se propuso la aplicación de los poderes mentales, afirmando que "Si el pensamiento se pierde, adiós a la humanidad."¹⁸.

Según Glyndon G. Van Deusen aparece en la correspondencia de Sieyès su espíritu de superación, como otro rasgo que perfilaba su especial personalidad, al extremo que si algo le fallaba lo invadía una gran amargura. "Yo me daré a mí mismo una vida digna o moriré"¹⁹, le escribió a su padre en 1773. Cuando en 1778 Lubersac falló en conseguirle una posición en la Corte, lo fustigó en los términos siguientes: "... Eso me hubiera podido llevar a Versalles. Mi Obispo me ha engañado; ...él quiere hacerme su ame deamnée ad Treger... no voy a poner mas fé en las promesas de este hombre que las que tengo respecto a las predicciones del almanaque. Yo lo pretendo, porque lo puedo hacer mejor."²⁰.

¹⁶ Loc. cit.

¹⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ Loc. cit.

²⁰ Loc. cit.

Sus lecturas de Bonnet, Condillac y Locke le dieron grandes satisfacciones. A ellas sumó la lectura de otros pensadores. Sin embargo, existen obvios puntos de similitud con Locke, desde que ambos consideraron la propiedad privada como un derecho natural e inalienable, ambos conceptuaron al pueblo como el auténtico titular del poder y ambos insistieron en un gobierno representativo, así como en la regla de la mayoría. Tampoco fue ajeno a Montesquieu y Rousseau, cuyas ideas complementarían.

No obstante que se tienen muy pocos datos de su vida durante los años anteriores a la revolución, por lo que se presume que debe haber estado ocupado en sus trabajos administrativos en París y Chartres, se sabe que en 1780 escribió destacando la importancia de las asambleas provinciales —que venían fracasando—, sosteniendo que eran las únicas asambleas de propietarios y proponiendo su unificación, pergeñando las ideas que años más tarde desarrollaría en defensa del Tercer Estado; y se conoce que 1787 fue un año de especial significación para el abate, ya que en ese año fue consejero del Parlamento de París e inició sus actividades políticas como representante del clero en la Asamblea Provincial de Orléanais, que sesionó solo un corto tiempo —del 17 de noviembre al 22 de diciembre de dicho año—; asamblea de la que se publicaron algunos folletos de carácter anónimo, de los que probablemente Sieyès haya sido el principal inspirador, dado su sentido cuestionador y contestatario.

Entre los últimos meses del año siguiente, 1788, y los primeros de 1789, como ya se comentó antes, a raíz de la convocatoria a los Estados Generales realizada por el Rey Luis XVI, aparecieron en Francia una gran cantidad de escritos con mensajes que cuestionaban el orden existente y planteaban lo que sus autores consideraban urgentes reformas para lograr salvar Francia. Uno de aquellos folletos, el principal y que sin duda alguna causó sensación, fue el elaborado por Sieyès bajo el título *¿Qué es el Tercer Estado?*

(Qu'est-ce que le Tiers Etat?), sobre el que Francisco Ayala afirmaría con todo acierto "... ninguno impresionó de manera tan profunda y eficaz..."²¹

Se trataba, quizás, de su más importante creación, que sumada a sus precursoras ideas sobre control concentrado de la constitucionalidad, constituyen sus más extraordinarios aportes en la gestación del Estado Constitucional. En esta línea, en lo que respecta a su trabajo rotulado ¿Qué es el Tercer Estado?, debe apuntarse, siguiendo al mismo Francisco Ayala, que se trata de un texto que tiene un interés doble, por cuanto desde el punto de vista histórico constituye "... un documento vivo, inmediato y primordial del advenimiento de la clase burguesa al poder político."²² y desde el punto de vista teórico "... contiene la formulación original y auténtica de la doctrina del poder constituyente del pueblo."²³, que hace al núcleo del Estado Constitucional.

Sobre lo afirmado en el párrafo anterior, se enfatiza que las ideas plasmadas con extraordinaria lucidez, sencillez, claridad y contundencia por el abate en el folleto en referencia dieron sustento y consistencia a la decisión de los diputados del Tercer Estado de exigir que los acuerdos de los Estados Generales se adoptaran por votación individual de los diputados de cada uno de los tres Estados, así como a la trascendental e inédita decisión de convertir a los Estados Generales en Asamblea Nacional, materializada el 27 de junio de 1787, que, sin lugar a dudas, constituye el primer triunfo de la revolución burguesa.

En esta brevísima reseña biográfica debe señalarse que, en la segunda etapa de su vida pública, el abate Sieyès se convirtió en un personaje discutido al apoyar activamente a Napoleón Bonaparte,

²¹ AYALA, Francisco. Introducción. En "Qué es el Tercer Estado", de Emmanuel Sieyès. Aguilar S.A. de Ediciones. Madrid, 1973, p. XI.

²² *Ibid.*, p. 13.

²³ *Loc. cit.*

llegando a ser uno de sus tres cónsules provisionales y, posteriormente, senador; falleciendo el año 1836 a la edad de 88 años.

No obstante su extraordinaria valía y sus aportes, Sieyès, como ya se comentó, fue un personaje controvertido. Si bien, como se adelantó, David Pantoja Morán ha sostenido, siguiendo las ideas de Paul Bastid y Jean Denis Verdín²⁴, que “Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789.”, ha tratado de explicar esta aparente contradicción afirmando que “Existen varias razones que en conjunto permiten elaborar una explicación, quizá plausible, del porqué este injusto trato a Emmanuel-Joseph Sieyès por la historia francesa.”²⁵. Esas razones pueden ser las que a continuación se refieren.

Una primera, recogida por el propio Pantoja apoyándose en Bastid consistente en que “...aunque su pluma no dejó territorio sin tocar en todo el derecho público, lo hizo de un modo sucesivo y en disperso, lo que permite afirmar que el plan general lo tenía sólo en la mente. Sus escritos publicados no cuentan sino con algunas cuantas páginas en total y repartidas en discursos o folletos, marcados todos por la impronta de la coyuntura y ninguno de los cuales forma un tratado completo. Algunos de ellos están plagados de lagunas, de largas digresiones y redactados de manera oscura. Aunque otros, es verdad, fueron notables por su eficacia y oportunidad políticas y le dieron enorme popularidad. El inventario mismo de lo impreso se presta a controversia, pues algunos escritos aparecieron en forma anónima y otros firmados por plumas ajenas. Aparte de lo publicado, sus escritos personales inéditos podrían ser de enorme

²⁴ BREDIN, Jean Denis. “Sieyès. La clé de la Révolution française” Éd. De Fallois. París.

²⁵ PANTOJA MORÁN, David (compilador). “Escritos políticos de Sieyès Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán”. Op. Cit. p. 17.

interés. Algunos extractos los recoge Saint-Beuve en sus célebres 'Charlas de los Lunes', pero hoy están perdidos."²⁶

La segunda, enraizada en lo que el mismo Pantoja describe como "... ese cataclismo histórico en el que le tocó jugar un papel central"²⁷, que arrastró a todos sus protagonistas y testigos en el cúmulo de fuerzas centrífugas y centrípetas que en su interior anidaron, en el cual "Sus ideas jurídicas y políticas dieron sustento al trastocamiento de la idea de legitimidad del antiguo régimen por una nueva de diferente linaje, por lo que se le reputa como el partero de la nueva sociedad emergente."²⁸ Empero, más tarde vota a favor de la ejecución del rey y culmina contribuyendo al golpe de Estado del 18 brumario, por lo que se le ha llamado nada menos que el "sepulturero del periodo revolucionario."²⁹

III. RESUMEN DE SUS ESCRITOS POLÍTICOS

Antes de hacer referencia a la producción de Sieyès que seguidamente se aborda de manera muy breve, es pertinente efectuar algunas precisiones como lineamientos bibliográficos. En ese empeño, se recogen las orientaciones de Bastid³⁰ y del propio Sieyès³¹, en el sentido que debe distinguirse entre los escritos que se imprimieron, que no son muchos, de los escritos que no se imprimieron, comúnmente llamados manuscritos, que son numerosos y no presentan un orden determinado; así como entre los documentos protocolares, que se evacuaron por el ejercicio de las funciones oficiales que le cupo desempeñar y sus textos políticos, que son los

²⁶ Loc. Cit.

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ Loc. Cit.

²⁹ Loc. Cit.

³⁰ BASTID, Paul. Op. Cit., pp. 313 – 339.

³¹ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. "Ecrits Politiques". Selección y presentación de Robert Zapperi. Ed. Des Archives Contemporaines. París, 1985, pp. 19 – 21.

realmente importantes, entre los cuales existen algunos de su indiscutible autoría y otros cuya paternidad se le puede atribuir fundadamente, por la imputación de sus contemporáneos o las expresiones que lo identifican. Son algunos de sus escritos políticos los que se comentan a continuación, en estricto orden cronológico.

III.1 CONSIDERACIONES SOBRE LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN DE LOS CUALES LOS REPRESENTANTES DE FRANCIA PODRÁN DISPONER EN 1789

(Vues sur les moyens d'exécuteon dont les représentants de la France pourront disposer en 1789).

Este texto político fue redactado en el verano de 1788, como un panfleto anónimo, pero se difundió recién a fines de ese año o a los inicios del siguiente, en una primera edición, que después fue seguida por una segunda. En el mundo hispano se publicó en 1989 por la Universidad Nacional Autónoma de México, precedido de un estudio preambular y una cronología cuya autoría corresponde a Raúl Cardiel Reyes. En 1993 aparece incorporado en la primera edición de la obra de David Pantoja ya citada, sobre los “Escritos Políticos de Sieyès” auspiciada por el Fondo de Cultura Económica, transcrito literalmente en su versión en español desde la página 63 a la página 114.

El abate en sus posteriores trabajos hará numerosas referencias a este texto, más que a ningún otro, en el cual da una fervorosa respuesta a la declaración formulada por el Rey Luis XVI al lanzar la convocatoria a los Estados Generales para Asamblea Nacional, quien invocó como fundamento de su decisión la tradición histórica francesa, lo cual para Sieyès era una burda farsa, si se tiene en cuenta que los Estados Generales no se habían reunido desde 1617 (desde hacía más de ciento doce años) y que la nobleza y el clero eran abiertamente reacios a su funcionamiento. Considera

que la convocatoria se había dado forzada por las circunstancias de crisis y caos por la que atravesaba Francia, pero no por una intención sana y sincera, que nunca existió, y desarrolla las tres condiciones que deben darse para que los Estados Generales sean grandes y útiles: el derecho de hacer; la libertad de hacer; y la permanencia de lo que se haga.³²

Así dirá con extraordinaria lucidez: “Los Estados Generales han sido convocados y se instalarán porque han llegado a ser necesarios; aun para aquellos que les temen más, y es el caso de decirlo, de publicarlo con todas nuestras fuerzas para no dejar que se pierda nuestro reconocimiento: la instalación de la Asamblea Nacional no será el fruto de ninguna buena intención por parte del Ministerio. No la deberemos más que al exceso del mal. El exceso del mal lo habrá hecho todo.”³³; “El cuadro de lo que ha sucedido, en este sentido, lo debemos a nuestros nietos. Es necesario enseñarles que la gran máquina política fue establecida para proteger, pero que administradores incompetentes se volvieron contra su objetivo, arruinaron la fortuna y destruyeron la persona de los ciudadanos; ¡y que este juego cruel haya llegado a ser el curso ordinario de las cosas y que nosotros lo hayamos sufrido!... Esto se habría mantenido mucho tiempo si los ministros no hubiesen, en sus días de delirio, ellos mismos torcido o roto los resortes.”³⁴; “Así, el término de Estados Generales se coloca al fin en los labios de visir francés, sin que el odio haya podido abandonar su corazón. En el fondo del alma tenían aún esperanza en la hipocresía y en el tiempo. Su hipocresía ha sido descubierta y el tiempo no ha hecho más que impulsarlo imperiosamente hacia los temidos Estados Generales. Él los ve enfrente y olvida la necesidad que manda, sensible únicamen-

³² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”. En PANTOJA MORÁN, David. “Escritos Políticos de Sieyès...”. Op. Cit. p. 65,

³³ *Ibíd.* p. 64.

³⁴ *Loc. Cit.*

te al propio peligro; utiliza, para alejarlo, todas las medidas y todas las maniobras; comete atentados como si ensayara expedientes.”³⁵; “En fin, los ministros han llevado su criminal audacia hasta sopesar fríamente y calcular en sus consecuencias el afrentoso de una terrible bancarrota o el proyecto más criminal aún de una guerra civil; y si esos execrables medios han terminados por ser rechazados, ¡olvídaos de tener reconocimientos!”³⁶; “Es que una vez examinados los han juzgado insuficientes. Es así como los amigos y enemigos de la nación deben por fin reunirse en el mismo punto, aunque sea por distintos caminos. El del interés nacional, que conduce a todos los buenos ciudadanos y el de los abusos y excesos que entraña al gobierno. Nunca pudo ser la Asamblea Nacional un proyecto franco y honesto de su parte; es solamente el término inevitable de sus depredaciones. Ah, ¿cómo no entregarse a una profunda indignación pensando que los Estados estarían, todavía, en el mundo de las quimeras, si los crímenes de los ministros no hubiesen sido más activos, más poderosos en sus efectos que el voto justo, necesario y, sin embargo, sin fuerza de 25 millones de hombres?”³⁷; “No se podrá evitar su instalación pues esta Asamblea Nacional que tantos votos la han pedido y que tantas esperanzas la acompañarán y cuyos frutos serán tantos más preciosos cuanto sabrá juntar a la fuerza de las circunstancias, una conducta ilustrada, valiente y equilibrada a la vez.”³⁸; “Muchos buenos patriotas denunciarán los vicios que deben reformarse e indicarán el bien que hay que hacer, propondrán sistemas de legislación llenos de medidas útiles. Para nosotros, persuadidos que contra la experiencia de los males, la mayor parte de los diputados reunirán la ciencia de los verdaderos remedios y el deseo real de la cura, suponemos que no solamente

³⁵ Loc. Cit.

³⁶ Loc. Cit.

³⁷ *Ibid.*, pp. 64 - 65.

³⁸ *Ibid.*, p. 65.

quieren hacer el bien sino que sabrán en que consiste. Pero tan perfecto, tanto completo como se suponga el plan de aquello que quieran establecer para el interés del pueblo, no es más que la obra de un filósofo; solo 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. ¿Dispondrán los Estados Generales de los suficientes medios de ejecución? ¿Los tendrán de una manera segura? Esta es la pregunta siguiente a la cual me limito. Por lo mismo este trabajo no puede ser visto más que como un suplemento del gran número de obras que las circunstancias van a hacer surgir.”³⁹; “Afirmamos que los Estados Generales no serán grandes y útiles por mucho saber y querer que se les atribuya. Reunirán el poder de derecho y de ejecución, ¿así será?”⁴⁰; como se adelantó, “Tres condiciones constituyen este poder: la primera, el *derecho* de hacer; la segunda, toda la *libertad* al hacer, y la tercera, la *permanencia* de aquello que será hecho.”⁴¹; y “Esta división es clara. Para seguirla prevemos tres secciones: 1) Que los Estados Generales tienen el derecho de legislación. 2) Que no pertenezca más que a los Estados Generales el ejercer libremente el poder legislativo. 3) Que los Estados Generales puedan establecer y hacer permanente el resultado de sus deliberaciones.”⁴²

Nótese que Sieyès, hábilmente, después de desenmascarar al rey en lo que hace a sus verdaderas motivaciones para convocar a los Estados Generales, que eran muy ajenas a tradición alguna y, por el contrario, estaban referidas a la búsqueda desesperada de una atenuación a la crisis existente, utilizando coyunturalmente y sin reparos, la figura de los Estados Generales, rescata su importan-

³⁹ Loc. Cit.

⁴⁰ Loc. Cit.

⁴¹ Loc. Cit.

⁴² Loc. Cit.

cia y les atribuye un rol salvador ante la crisis existente, sembrando esperanzas en el pueblo francés y ofreciendo la fórmula a aplicar para que se conviertan en órganos con verdadero poder y con facultad de ejecución, a través del ejercicio libre y exclusivo del derecho de legislación y el carácter coercitivo de sus decisiones. Dado el contexto precedentemente descrito, se trató de una actitud valiente, contestataria y juiciosa en aras de una reivindicación de los Estados Generales y del respeto a sus decisiones.

III.2 ENSAYO SOBRE LOS PRIVILEGIOS

(Essai sur les privilèges)

A pesar que fue producido terminando el verano de 1788, recién se conoció, como panfleto anónimo, con motivo de la segunda asamblea de los notables, consultada sobre la convocatoria a los Estados Generales, y meses después apareció su segunda edición, a la caída de Loménie de Brienne y la llegada de Necker al ministerio cuando se abrió el frente antiabsolutista y se agudizaron los conflictos entre el Tercer Estado y la aristocracia.

En este ensayo Sieyès destruye los argumentos sostenidos por los privilegiados a favor de la jerarquía social existente, por ser incompatibles con los cambios que se venían dando. En esa línea, afirmó “Se ha dicho que ‘privilegio’ es *una dispensa para el que lo obtiene y un desaliento para los demás*. Si ello es así, convengamos en que es una pobre invención ésta de los privilegios. Supongamos una sociedad perfectamente constituida y lo más dichosa posible. ¿No es cierto que para trastornarla por completo será suficiente dispensar a unos y desalentar a los demás?⁴³; e incitó la reacción de quienes vivían ese drama con estas reflexiones: “El pueblo cree, casi de buena fe, que no tiene derecho más que a lo que está expre-

⁴³ *Ibíd.*, p. 115

samente permitido por la ley. Parece ignorar que la libertad es anterior a toda sociedad, a todo legislador, y que los hombres no se han asociado más que para poner sus derechos a cubierto de los atentados de los malos y para entregarse, al abrigo de esta seguridad, a un desarrollo más amplio, más enérgico y más fecundo en el goce de sus facultades morales y físicas. El legislador ha sido establecido no para conceder, sino para proteger nuestros derechos. Si a veces limita nuestra libertad, lo hace en virtud de aquellos de nuestros actos que resulten perjudiciales a la sociedad y, por tanto, la libertad civil se extiende a todo aquello que la ley no prohíbe.”⁴⁴. Para abundar en el sentido que “Conceder a alguno un privilegio exclusivo sobre lo que pertenece a todo el mundo sería hacer daño a todos en beneficio de uno sólo, lo que representa a la vez la idea de la injusticia y de la más absurda sinrazón.”⁴⁵; y sentenciar “Todos los privilegios son, pues, por su propia naturaleza, injustos, odiosos, y están en contradicción con el fin supremo de toda sociedad política.”⁴⁶ y, por lo tanto, “La masa de ciudadanos es siempre la cosa principal, la que debe ser servida; ¿deberá, por tanto, ser ella sacrificada al servidor, a quien no se premia más que por haberla servido?”⁴⁷

Advertirá el abate de Fréjus con visión clara y precisa, “No confundamos, en ningún caso, la superioridad absurda y quimérica, obra de los privilegios, con la superioridad legal entre los gobernantes y los gobernados. Ésta es real y necesaria. No enorgullece a los unos ni humilla a los otros; es una superioridad de funciones y no de personas. Pero si aún esta superioridad no puede compensar de las dulzuras de la igualdad, ¿qué hemos de pensar de la quimera de que se alimentan los simples privilegiados?”⁴⁸ y dirá “Si en el orden de lo malo y de lo absurdo hay clases, indudablemente los privilegios he-

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 115 – 116.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 116.

⁴⁶ *Loc. Cit.*

⁴⁷ *Loc. Cit.*

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 122.

reditarios deben ocupar la primera y no me daré por vencido hasta probar una verdad tan palpable. Hacer de un privilegio una propiedad transmisible es querer arrojar de sí hasta los menores pretextos para justificar la concesión de tales privilegios; es trastocar todo principio, toda razón.”⁴⁹, para concluir sosteniendo que “El tema de los privilegios es inagotable, como los prejuicios que conspiran para sostenerlos. Pero dejemos este tema y ahorremos las reflexiones que inspira. Llegará un día en que nuestros descendientes, indignados, queden estupefactos ante la lectura de nuestra historia y den a ésta inconcebible demencia el nombre que merece. Hemos visto en nuestra juventud cómo algunos escritores se distinguían atacando valerosamente opiniones de gran fuerza, pero perniciosas para la humanidad. Hoy se contentan con repetir en sus conversaciones y en sus escritos razonamientos anticuados contra prejuicios que no existen ya. Éste de los privilegios es quizá el más peligroso de los que han aparecido sobre la tierra, el más íntimamente ligado con la organización social, el que más profundamente la corrompe y en que hay más intereses ocupados en defenderle. He aquí bastantes motivos para excitar el celo de los verdaderos patriotas y para enfriar el de la gente de letras.”⁵⁰

Palabras sólidas y contundentes, expresadas con valentía y solvencia. La situación de los privilegios en la Francia de fines del siglo XVIII era ya un escándalo y resultaba inaceptable e insostenible; máxime dada la crisis y el caos existentes. Sieyès supo interpretar ese sentir y, lo más importante, derrumbar las obsoletas y erradas tesis que pretendían salir en su defensa, con argumentos de una contundencia tal, que anularon toda posibilidad de discrepancia exitosa. La libertad de los seres humanos, todos iguales en su esencia, es anterior a toda sociedad y al legislador. Éste está para proteger nuestros derechos. No para conceder privilegios, que son materia-

⁴⁹ Loc. Cit.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 128.

lizaciones de la injusticia y de la sinrazón, así como caldo de cultivo de la corrupción.

III.3 ¿QUÉ ES EL TERCER ESTADO?

(Qu'est-ce le Tiers Etat?)

Sobre este escrito es conveniente consignar aquí lo afirmado por Pantoja: “Este célebre libelo se escribe inmediatamente después del anterior, en noviembre y diciembre de 1788, pero no es publicado hasta enero de 1789. Su argumento central consiste en asimilar a la nación con el Tercer Estado como resultado de la transformación social que acarreó el impulso a la industria y al comercio y que implicó la destrucción de la sociedad feudal. Se suceden cuatro ediciones en el mismo año, pero sólo la última lleva el nombre del autor. En 1822 el abate Morelet y, después, en 1839, el diputado Chapuis-Montlville. El 1875 Koppel lo publica en alemán. En 1888 Edme Champion le consagra una edición crítica, precedida del ensayo sobre *los privilegios*. En 1924 Otto Brant lo reedita en alemán, con introducción y notas. En 1970 Robert Zapperi da a la imprenta una edición crítica con introducción y notas. Francisco Ayala, en la prensa de América Lee de Buenos Aires, lo publica en 1943 en español, con estudio preliminar y notas. Precedido por el ensayo sobre *los privilegios* con prólogo de Valentín Sánchez Álvarez y versión castellana de José Rico Godoy, el Instituto de Estudios Políticos lo publica en Madrid en 1950. La Universidad Nacional Autónoma de México, en la colección Nuestros Clásicos, publica en 1973, con introducción de David Pantoja Morán, los dos ensayos. La colección Austral de Espasa Calpe en Madrid publicó en 1991, con introducción y traducción de Ramón Máiz los tres ensayos, pero carente de información, éste se arroga el mérito de haberlos publicados juntos por primera vez en español: el mérito es de Raúl Cardiel Reyes,

quien en la imprenta del PRI publicó en 1989 en México conjuntamente los tres ensayos.”⁵¹

En el Sieyès formula y desarrolla tres preguntas y respuestas: ¿qué es el tercer estado? todo; ¿qué representa actualmente en el orden político? nada; y ¿qué pide? llegar a ser algo.

III.4 PRELIMINAR DE LA CONSTITUCIÓN. RECONOCIMIENTO Y EXPOSICIÓN RAZONADA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

(Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de e’homme et du citoyen)

157

Elaborado con rigor, a pesar que no fue tomado en cuenta directamente en los debates que concluyeron el 26 de agosto de 1789 con la redacción definitiva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, constituye “...su más importante antecedente doctrinal.”⁵² Sieyès lo leyó en las sesiones del 20 y del 21 de julio de dicho año en el seno del Comité de Constitución. Respecto de su publicación Pantoja afirma: “Fue varias veces publicado el mismo año de 1789 en Versalles y en París. La publicación que de este texto hace Zapperi en 1985 está basada en la edición parisiense publicada por Baudouin, el impresor de la Asamblea Nacional. Bajo los auspicios de la Universidad Nacional Autónoma de México, Carlos Sánchez Viamonte lo publicó en español como parte de un estudio sobre los derechos humanos en la Revolución francesa.”⁵³

Revelando un adecuado desarrollo de ideas y lo avanzado de su pensamiento, en cuanto a la primacía de los derechos de la persona en general y de los ciudadanos en particular, el abate afirmó

⁵¹ *Ibíd.*, p. 14.

⁵² *Loc. Cit.*

⁵³ *Loc. Cit.*

en la primera de las referidas sesiones: “Los representantes de la nación francesa, al ejercer desde este momento las funciones de 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**.⁵⁴ Y precisó: “Una *Declaración de los Derechos del Ciudadano* no es una serie de leyes, sino una serie de principios.”⁵⁵

Luego procederá a fundamentar su posición. Primero, la necesidad de consagrar, mediante una promulgación positiva y solemne, una declaración que a manera de preámbulo consagre, en forma clara, adecuada y entendible para todos los principales derechos del hombre y del ciudadano. Segundo, las razones que amparan tal declaración ante las injusticias, desigualdades y violaciones que se cobijaron en el anterior régimen. Al respecto, afirmará: “Por consiguiente, es una verdad eterna, que no se puede repetir demasiado a los hombres, la de que el acto por el cual el fuerte mantiene al débil bajo su yugo, jamás puede convertirse en derecho; y que, por lo contrario, el acto por el cual el débil se sustrae a la opresión del fuerte, es siempre un derecho, es un deber que lo obliga siempre para consigo mismo.”⁵⁶, para más adelante abundar con estas expresiones relativas a la libertad: “Lejos de disminuir la libertad individual, el estado social amplía y asegura su uso; hace a un lado la multitud de obstáculos y de peligros, a los que está expuesta en demasía, cuando su única garantía es una fuerza privada, y la confía a la omnipotente guardia de la asociación por entero. Así, puesto que en el estado social el hombre cree en medios morales y físicos y puesto que se sustrae, al mismo tiempo, a las inquietudes que acompañarían su uso, podemos decir con verdad que la libertad es más plena y completa, en el orden social, que lo que puede serlo en el llamado

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 177 – 178.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 177.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 179.

estado de *naturaleza*.”⁵⁷; “El estado social añade además, en virtud de la fuerza de una convención general, una especie de consagración legal; y es necesario suponer este último acto para poder dar a la palabra *propiedad* toda la extensión del sentido que acostumbramos darle en nuestras sociedades civilizadas. Las propiedades *territoriales* son la parte más importante de la propiedad *real*.”⁵⁸; “La garantía de la libertad sólo será eficaz cuando sea suficiente, y no será suficiente sino cuando los golpes que puedan lanzarse contra ella sean impotentes contra la fuerza consagrada a defenderla. Ningún derecho está completamente asegurado si no se halla protegido por una fuerza relativamente irresistible.”⁵⁹; y “Las ventajas que se pueden sacar del estado social no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual; los ciudadanos tienen derecho también a todos los beneficios de la asociación. Estos beneficios se multiplicarán a medida que el orden social saque provecho de las luces que el tiempo, la experiencia y las reflexiones difundirán en la opinión pública. El arte de extraer todos los beneficios posibles del estado de sociedad es la primera y la más importante de las artes. Una asociación concebida para el mayor bien de todos será la obra maestra de la inteligencia y de la virtud.”⁶⁰

En lo que se refiere a los poderes públicos, en orden a los derechos en mención, enseñará que “El establecimiento público es una especie de cuerpo político, que al poseer, como el cuerpo del hombre, necesidades y medios, debe organizarse, poco más o menos, de la misma manera. Es preciso dotarlo de la facultad de *querer* y de la de *obrar*. El poder legislativo representa a la primera y el poder ejecutivo representa a la segunda de estas dos facultades”.⁶¹; y que “La Constitución abarca, a la vez, la formación y la organiza-

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 180.

⁵⁸ *Loc. Cit.*

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 181.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 182.

⁶¹ *Loc. Cit.*

ción interiores de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca.”⁶²

Describirá el sentido del vocablo Constitución, diferenciándolo del de nación, insistiendo en que “Tal es el verdadero sentido de la palabra *Constitución*; es relativa al *conjunto* y a la *separación* de los poderes públicos. Lo que se constituye no es la nación, sino su establecimiento político. La nación es el conjunto de los asociados, gobernados todos y todos sometidos a la ley, obra de su voluntad, todos iguales en derecho y libres en su comunicación y en sus compromisos respectivos. Los gobernantes, por lo contrario, forman, en relación exclusivamente con esto, un cuerpo político de creación social. Ahora bien, todo cuerpo tiene necesidad de ser organizado, limitado, etc., y por consiguiente, de ser constituido.”⁶³

Insistiendo en el tema de la Constitución, perfilará su pensamiento, ligando su concepto al de poder constituyente que había desarrollado en *¿Qué es el Tercer Estado?*, con estas palabras: “La constitución de un pueblo no es, ni puede ser, más que la constitución de su gobierno, y del poder encargado de proporcionar las leyes, tanto al pueblo como al gobierno. 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 puede respecto a la constitución de unos y otros.”⁶⁴

Apuntará en la misma dirección: “El poder constituyente tiene capacidad para todo a este respecto. No está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que entonces ejerce el más grande y más importante de sus poderes, debe estar, al cumplir esta función, libre de toda coerción y de toda forma salvo aquella

⁶² *Ibíd.*, p. 183.

⁶³ *Loc. Cit.*

⁶⁴ *Loc. Cit.*

que le plazca adoptar. Pero no es necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individualmente el poder constituyente; pueden otorgar su confianza a representantes que se reunirán con este objeto solamente, sin que puedan ejercer por sí mismos ninguno de los poderes constituidos. Además, al primer capítulo del Proyecto de Constitución corresponde aclarar cuáles serán los medios para formar y reformar todas las partes de una Constitución.”⁶⁵

Y antes de formular sus inéditos veintidós artículos que consagraban la exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano, explicará en una digresión de avanzada sobre los derechos políticos, que adicionará a los naturales y civiles: “Hasta ahora, no hemos expuesto más que los *derechos naturales y civiles* de los ciudadanos. Nos queda por conocer cuáles son los derechos *políticos*. La diferencia entre estas dos clases de derechos consiste en que los derechos naturales y civiles son aquellos *para cuyo* mantenimiento y desarrollo se ha formado la sociedad; y los derechos políticos son aquellos *mediante* los cuales la sociedad se forma. Mejor será, para dar mayor claridad al lenguaje, llamar a los primeros derechos *pasivos*, y a los segundos, derechos *activos*.”⁶⁶

Para acotar, concretamente sobre los derechos políticos, “La igualdad de derechos políticos es un principio fundamental. Es sagrada, como la de los derechos civiles. De la desigualdad de derechos políticos nacerían pronto los privilegios. El privilegio es, o dispensa de una obligación común, o concesión exclusiva de un bien común. Todo privilegio, por consiguiente, es injusto, odioso y contradictorio del fin verdadero de la sociedad. Siendo la ley un instrumento común, obra de una voluntad común, no puede tener otro objeto que el interés común.”⁶⁷ Y, finalmente, expresar, refiriéndose al deber de quienes ejercen el poder público que “Es un grave error

⁶⁵ Loc. Cit.

⁶⁶ Loc. Cit.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 184.

creer que el ejercicio de un poder público es un *derecho*, cuando es un *deber*. Los funcionarios de la nación no tienen, por encima de los demás ciudadanos, sino deberes de más que cumplir; y que nadie se engañe, al pronunciar esta verdad lejos de nosotros está la intención de menospreciar el carácter del hombre público.”⁶⁸; agregando “Aquí puede terminar la exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano, que hemos querido ofrecer a la nación francesa, y que nos hemos propuesto a nosotros mismos, para que nos sirva de guía en la construcción de la Constitución a la que vamos a entregarnos. Pero, con el objeto de que esos derechos eternos sean conocidos por todos aquellos a quienes les pertenecen, y fin de que puedan ser recordados con mayor facilidad, exponemos, a todas las clases de ciudadanos, la parte más esencial en resultados fáciles de captar, y en la forma siguiente.”⁶⁹ A continuación detallará los antes referidos veintidós artículos que se pueden encontrar, traducidos con gran precisión y completos, en el libro de Pantoja sobre “Los Escritos Políticos de Sieyès antes citado, desde la página 185 hasta la 189.

III.5 BREVES OBSERVACIONES SOBRE LOS BIENES ECLESIASTICOS Y OPINIÓN SOBRE EL DECRETO RELATIVO A LOS DIEZMOS

(Observations sommaires sur les biens ecclésiastiques y opinion sur l'arreté du 4 relatif aux dîmes)

Se trata, en puridad, de dos textos, que fueron publicados seguidos, en un solo cuadernillo, editado en cumplimiento de una disposición de la propia Asamblea Nacional. En ellos, Sieyès asume la defensa del diezmo y se opone a las medidas con relación a los bienes eclesiásticos.

⁶⁸ Loc., Cit.

⁶⁹ Ibid., p. 185.

Arguye: “Se ha afirmado que la nación es *propietaria* de los bienes del clero, porque estos bienes sirven, al mismo tiempo, de salario para los eclesiásticos. La idea más sencilla, en lo que respecta a la propiedad, es la de que un bien pertenece a aquel al que le ha sido dado, o que lo ha adquirido. Los bienes eclesiásticos no han sido dados a la nación, sino al clero, con ciertas condiciones y obligaciones. Si no se niega a cumplir las obligaciones, no se le puede despojar.”⁷⁰ Igualmente acota: “Pero, se ha dicho, la nación puede decretar que ya no tiene necesidad de clero. Tal vez haya quien que piense que voy a luchar contra esta idea: pues no, en lo más mínimo; lo que quiero, antes bien, es demostrarla. El ejercicio eclesiástico es un servicio público; el cuerpo del clero es uno de los cuerpos políticos cuyo conjunto forma el gobierno. Según esto, existió para la cosa pública; existió legítimamente. Pero, como todos los poderes públicos, está sujeto a la voluntad nacional, a lo que llamamos poder constituyente, el cual está capacitado, indiscutiblemente, para suprimirlo por completo si lo juzga inútil, o para constituirlo de manera diferente. Pero mientras exista, es propietario; ¿por qué? Porque, en su calidad de cuerpo moral, está habilitado para poseer, y porque, en efecto, grandes bienes le han sido dados en propiedad.”⁷¹

En cuanto al diezmo, defenderá su no eliminación sino se ha previsto otra fuente, manifestando “... el diezmo es un verdadero azote para la agricultura, de que es más necesario redimir las tierras de esta carga que de cualquier otro censo, y de que es seguro además que lo que se obtenga por la redención del diezmo puede ser empleado más útil y más igualmente que el diezmo mismo, no saco en conclusión que sea necesario regalar alrededor de 70 millones de renta a los propietarios de tierras. Cuando el legislador exige o recibe sacrificios en una circunstancia como ésta, no deben resul-

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 190.

⁷¹ *Loc. Cit.*

tar en provecho de los ricos; 70 millones de renta eran un recurso inmenso: hoy se ha perdido. Debería creer que estoy en un error, puesto que la Asamblea lo ha juzgado de otra manera; pero quizá este error no parecerá tan grave a quienes quieran escucharme.”⁷²; y “Los diezmos de toda naturaleza y los censos que tienen lugar, bajo cualquier denominación por la que se les conozca y perciba, incluso por abono, *poseídos por los cuerpos seculares y regulares*, por los beneficiarios, las fábricas, o todas las personas de manos muertas, incluso por el Orden de Malta, y otras órdenes religiosas y militares, sin exceptuar a las que hubiesen sido confiadas a laicos, en sustitución y por opción de porciones congruas, QUEDAN ABOLIDOS, a reserva de avisar acerca de los medios de subvenir, de otra manera, a los gastos del culto divino, al mantenimiento de los ministros de los altares, a la asistencia para los pobres, a las reparaciones y reconstrucciones de iglesias y presbiterios, y a todos los establecimientos, seminarios, escuelas, colegios, hospitales, comunidades y otros, para cuyo mantenimiento se destinan actualmente. Sin embargo, hasta que haya sido provisto, y hasta que los antiguos poseedores hayan entrado en disfrute de su sustitución, la Asamblea Nacional *ordena* que los dichos diezmos sigan siendo percibidos conforme a las leyes y de la manera acostumbrada.”⁷³

III.6 PALABRAS SOBRE LA CUESTIÓN DEL VETO REAL

(Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal)

Siguiendo al mismo Pantoja, cabe sostener que es la publicación del texto del discurso de Sieyès de la sesión del 7 de setiembre de 1789, con el que trató de reimpulsar la revolución jurídica que parecía haber reducido su marcha, con una fundamentación en contra del veto real.

⁷² *Ibid.*, 201.

⁷³ *Ibid.*, 216.

Sostendrá en ese sentido: “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. Añado a esto, a mi 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.”⁷⁴; concluyendo con proponer un mecanismo alternativo, consistente en reclamar ante el poder constituyente, que plantea como sigue: “Acabo de demostrar que la constitución del poder ejecutivo y la prerrogativa real nada tienen que temer de los decretos del poder legislativo, y que si los diferentes poderes se dedican a invadirse unos a otros, el verdadero remedio para tal desorden público no es el *veto real*, sino una verdadera apelación al poder constituyente, cuya convocatoria o delegación nacional tiene derecho a pedir, entonces, la parte perjudicada. Permitidme añadir, de paso, que esta convocatoria extraordinaria tendrá que ser pacífica en un país en el que todas las partes estarán organizadas por un sistema de representación general, en el que el orden de las diputaciones estará bien regulado y las diputaciones legislativas serán frecuentes.”⁷⁵

Sieyès perfila su innovador pensamiento relacionado con los mecanismos de compensación e intercontrol del poder, apuntando a una mecánica que elimine la posibilidad que el monarca pueda frenar las decisiones del legislativo y constriñendo tal opción a favor del propio poder constituyente.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 214.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 215.

III.7 OBSERVACIONES SOBRE EL INFORME DEL COMITÉ DE CONSTITUCIÓN ACERCA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN DE FRANCIA

(Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France par un député à l'Assemblée Nationale)

En la orientación bibliográfica del libro de Pantoja sobre los “Escritos Políticos de Sieyès”⁷⁶, se sostiene “Thouret hará alusión el 3 de noviembre a este panfleto, considerándolo como una obra esencial para meditar sobre esta materia.”⁷⁷, refiriéndose a los temas comentados por el abate en aquel panfleto, sobre el Informe del Comité de Constitución acerca de la nueva organización de Francia, que abarcan la división territorial, las asambleas primarias, la composición y las funciones de las asambleas primarias, la elección de representantes, el grado intermedio entre la asamblea comunal y la Asamblea Nacional⁷⁸. Fue publicado en octubre de 1789 y el *Moniteur Universel* de los días 28 y 29 de octubre lo atribuye a Sieyès.

Se trata de las observaciones que en su calidad de diputado de la Asamblea Nacional presenta al mencionado informe, en concreto a los artículos I, II, III, IV y V propuestos, que se referían a los tópicos señalados en el párrafo anterior, respectivamente; concretándolos a la nueva división de Francia y a la doble Constitución, municipal y nacional.

Esgrime la necesidad de Francia de someter su superficie a una nueva división y a la ocasión de hacerlo con motivo de la nueva Constitución. Dirá al respecto, “Si dejamos pasar esta ocasión, no habrá de volver, y las provincias conservarán eternamente su espí-

⁷⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁷ *Loc. Cit.*

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 219 - 239.

ritu de cuerpo, sus privilegios, sus presunciones, sus celos. Francia jamás llegara a esa *adunación* política tan necesaria para construir *un* solo gran pueblo regido por las mismas leyes y sujeto a las mismas formas de administración.”⁷⁹ Y ensayará el derrotero a seguir, que estará preñado de dificultades provenientes de la naturaleza de las cosas o de las pasiones de los hombres, frente a los cuales imaginará como superarlas por medio de las asambleas comunales, que serían convocadas por los funcionarios municipales, en una primera vez, auxiliados por algunos de los habitantes más notables. Aquellas serían entonces las asambleas primarias.⁸⁰

Se pregunta “¿Podrá hacerse algo mejor con los hombres, como no sea dejarlos consultar primero su interés particular, y luego irlo olvidando poco a poco, o situarlo mejor, consultando a la razón que, aunque tardía, no deja por ello de ejercer su influencia?”⁸¹ y se responde “Todo el arte de tratar con los hombres se limita a darles la oportunidad de montar en cólera, y luego dejarles tiempo para colmarse.”⁸²

Para él, las asambleas primarias son el fundamento de dos edificios políticos: la “Constitución *nacional*”⁸³ y la “Constitución *municipal*”⁸⁴. Sostendrá “En cada cantón, por consiguiente, habrá una asamblea primaria por más reducido que sea el número de votantes. Constituirá esto una razón para que los hombres que ambicionaban papeles políticos adquieran una propiedad, un domicilio, y la población saldrá ganando para ventaja de la nación entera.”⁸⁵

Coincide con las condiciones planteadas para el Comité para ser miembro de las asambleas primarias: ser francés o haber ad-

⁷⁹ Loc. Cit.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 219 - 222

⁸¹ *Ibid.*, p. 222

⁸² Loc. Cit.

⁸³ *Ibid.*, p. 224

⁸⁴ Loc. Cit.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 225

quirido la calidad de tal, ser mayor de edad, estar domiciliado en el lugar por lo menos desde un año antes, pagar una contribución directa equivalente a tres jornadas de trabajo y no encontrarse en estado o condición servil.⁸⁶ Coincide, asimismo, con el Comité en las funciones de tales asambleas primarias, que se resumen en las siguientes: recepción de los ciudadanos antiguos; comparar, formar y conservar el cuadro de elegibles para la presentación; y elegir a sus representantes.⁸⁷ Desarrolla con amplitud el tema de la elección de representantes de las asambleas primarias, para arribar, finalmente, a la intermediación entre la asamblea comunal y la Asamblea Nacional, así como a éstas últimas, explicando el sistema de representación propuesto por el Comité⁸⁸; reforzando las tesis contenidas en el informe que observó y, al decir, del mismo Pantoja "Puso aquí las bases para la organización del Estado centralizado."⁸⁹, a lo que habría que adicionar, partiendo de una concepción de democracia de base y de amplia participación ciudadana.

III.8 OPINIÓN SOBRE VARIOS ARTÍCULOS DE LOS TÍTULOS IV Y V DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN

(Opinion de Siéyes sur plusieurs articles des titres IV et V du Project de Constitution)

El texto fue impreso por disposición de la Convención Nacional y corresponde al discurso pronunciado por Sieyès el 25 de julio de 1795 (2 termitor del año tercero) en su seno. "Contiene la crítica al proyecto de Constitución elaborado por la comisión encargada de sustituir a la constitución jacobina, pero es un texto capital, pues es

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 227

⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 227 - 231

⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 231-239

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 15

la única ocasión en que el autor expone su concepción total sobre las instituciones políticas.”⁹⁰

En aquel discurso, el abate de Frejús abordó los siguientes puntos: la razón de ser de su discurso, la Constitución y el gobierno, la unidad y la división, el equilibrio y el concurso, la necesidad de representación, la crítica de la idea de soberanía, la crítica del sistema de equilibrio, el sistema de concurso, el plan que debe oponerse al de la comisión, la corte constitucional (la jurie constitutionaire), el tribunalado, el gobierno, el poder legislativo, la legislatura, las ventajas del plan propuesto, y la legislatura comparada con un Tribunal de justicia⁹¹.

Al empezar su discurso, Sieyès expresó su preocupación respecto a la Constitución en comentario con los términos siguientes: “Después de haberle examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse con ella al orden público, de un nuevo choque revolucionario⁹². Después desarrollaría sus inquietudes y recomendaciones, de las cuales se transcriben solo algunas, en la idea de brindar mayores elementos demostrativos de la visión premonitoria y de avanzada que poseía Sieyès.

Afirmó: “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 revolucionario⁹³; “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. Queréis

⁹⁰ Loc. Cit.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 240 - 256.

⁹² *Ibid.*, p. 240.

⁹³ Loc. Cit.

un gobierno capaz de mantener a cada uno en sus derechos y sus deberes, en vano lo habréis deseado si, bajo este nombre, por más fuertemente que haya sido pronunciado en vuestra tribuna, no habéis decretado más que la creación de un gobierno de etiqueta, privado de la mayoría de los atributos que necesita tener para cumplir con certeza los deberes que le imponéis. Cualquiera que pueda ser la magia de las palabras en nuestra nación, no sustituye durante largo tiempo al vacío de la cosa. Por consiguiente, creo que el gobierno y esa mezcla de poderes legislativo y ejecutivo que os ha sido presentada por vuestra comisión, no podrían inspirar confianza a los amigos del orden social. No hay allí todo lo que se necesita para mantener a cada cual en sus derechos y sus deberes. Este gobierno está mal dividido; no conserva su carácter propio ni en la primera ni en la segunda parte del establecimiento central; además, os falta, 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 épocas.”⁹⁴; “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.”⁹⁵; “La cuestión consiste en saber cómo se dividirán los poderes. Nos da la respuesta la regla que he enunciado al comenzar: dividir para impedir el despotismo; centralizar para evitar la anarquía.”⁹⁶; y “Tanto en un caso como en el otro, nada debe hacerse arbitrariamente; pues no hay nada arbitrario en la naturaleza moral y social, como no lo hay en la naturaleza física.”⁹⁷

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 240 - 241

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 241

⁹⁶ *Loc. Cit.*

⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 241 - 242

Además explicó “No conozco sino dos sistemas para la división de los poderes: el sistema del equilibrio y el del concurso o, para decirlo en términos más o menos semejantes, el sistema de los contrapesos y el de la unidad organizada. Fijaos en que no hago, a quienes me escuchan, la injuria de llevar su entendimiento más allá del sistema representativo; más allá de éste, no hay sino usurpación, superstición y locura.”⁹⁸, para adicionar el siguiente argumento “Todos sabemos que es una sociedad no puede existir sino *un* poder político, y éste es el de la asociación. Pero se puede llamar impropriamente poderes, en plural, a las diferentes procuraciones que ese poder único confía a sus diversos representantes; así como, también, por abuso, o por pura cortesía, tomamos, o nos dan individualmente, el título de representantes. No hay aquí más que un representante y lo es el cuerpo de la Convención; fuera de él hay tantos representantes como géneros de procuraciones políticas confiadas a cuerpos o a individuos dedicados a las funciones públicas.”⁹⁹; seguido de este: “En el estado social, todo es representación. Se la encuentra por doquier tanto en el orden público; es madre de la industria productiva y comercial, y también de los progresos liberales y políticos. Más aún, se confunde con la esencia misma de la vida social.”¹⁰⁰

Advirtió:

“En vez de convencer al pueblo de que reserve el ejercicio de todos los poderes que le conviene dejar en representación sería más justo y útil decirle: cuidaos de no vincular a la calidad de un representante único todos los derechos que tenéis; distinguid cuidadosamente vuestras diferentes procuraciones representativas y ved por que la Constitución no permita a ninguna clase de vuestros representantes salirse de los límites de su procuración especial...

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 242

⁹⁹ *Loc. Cit.*

¹⁰⁰ *Loc. Cit.*

Pero, se dirá ¿en qué se convierten entonces los poderes ilimitados? Los poderes ilimitados son un monstruo político, y un gran error de parte del pueblo francés.”¹⁰¹

“Todos los actos por los cuales el arte social sabe extraer de la masa de las voluntades individuales el resultado de una voluntad común para forjar la ley, todos esos actos, digo, los depositan en representación dentro del mismo cuerpo de representantes, con lo cual confunden y resuelven la voluntad constituyente, la voluntad peticionaria, la voluntad encargada de la ejecución y la voluntad legislativa propiamente dicha; luego, espantados por el enorme poder que acaban de conceder a los mismos representantes, ¿qué se le ocurre hacer? En vez de separar esas diferentes procuraciones, dejando entre ellas solamente el lazo que debe obligarlas a concurrir a la realización del mismo fin, las dejan juntas; pero, se les ocurre luego dar a un segundo cuerpo de representantes la misma masa de poderes, o bien, asignan a uno respecto al otro el derecho de *veto*. Se precian entonces de no haber caído en el inconveniente de una *acción única*, la cual, a decir verdad, sería el despotismo en toda su pureza. Tal es el sistema del equilibrio o de los contrapesos. Pero, llevad vuestra mirada por dondequiera que ha sido establecido, examinad cómo se arreglan los asuntos, pues, a pesar de los errores constitucionales, es necesario que se arreglen asuntos.”¹⁰²

De otro lado, sostuvo “Me place rendir homenaje al plan de vuestra comisión; como ningún otro, ha reunido buenas instituciones; adelanta, como ningún otro, por el camino verdadero. Ha adoptado la idea de separar la proposición de la decisión, y ha dividido, aunque con mano poco firme, al poder ejecutivo en sus dos partes principales. Pero todo esto tendría necesidad aún de armonía y de conjunto. Y al tratar de proporcionárselos, quizá se descubrirá que

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 243

¹⁰² *Ibíd.*, pp. 244 - 245

todavía le faltan partes esenciales; pero será mejor que explique en seguida lo que pido.”¹⁰³

“Pido, en primer lugar, un *jury de constitution* o, para afrancesar un poco más esa palabra de *jury* y distinguirla por su sonido del de *juré* (jurado), pido una *jurie constitutionnaire* (corte constitucional). Lo que pido es un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se pueden hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución.”¹⁰⁴ “En 1788 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 franceses.”¹⁰⁵ “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*. Es tan palpable su necesidad, que pasaré en seguida a exponer mi segunda petición.”¹⁰⁶

Por lo demás, acotó, “Doy un conservador, un guardián a la Constitución mediante el establecimiento de la corte constitucional, una representación a las necesidades del pueblo para proponer las leyes que deben satisfacerlas, y una representación a las necesidades del pueblo y a las de la ejecución de la ley. Se me presentan todavía muchas otras razones para demostrar la necesidad de hacer del gobierno un taller, una *jurie de proposition* (instancia de proposición): me extenderé acerca de ellas en otra parte. Permítaseme solamente añadir, por una parte, que el gobierno, tal cual lo propongo, carece de acción directa sobre los ciudadanos: pues es falsa la idea de hacer gobernar a los ciudadanos por el poder público. Se gobiernan los medios de acción que ofrece el establecimiento público para

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 246

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 247

¹⁰⁵ *Loc. Cit.* .

¹⁰⁶ *Loc. Cit.*

la ejecución de la ley. Los ciudadanos se gobiernan por sí mismos, procurando tan sólo no infringir la ley; pero los funcionarios públicos, los administradores, son gobernados en sus funciones.”¹⁰⁷

III.9 OPINIÓN SOBRE LAS ATRIBUCIONES Y LA ORGANIZACIÓN DE LA *JURY CONSTITUTIONNAIRE*

(Opinión de Siéyes sur les attributions et l'organisation du jury Constitutionnaire proposé le 2 Thermidor)

Al respecto, los comentarios de Sieyès que son bastante claros: “La necesidad de una *jury de constitution* constituye una suerte de cuestión preliminar; no ha tropezado con dificultades. En efecto, ¿cómo sería posible que la previsión del legislador se acostumbrase a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión, desde el momento de su nacimiento? Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno dónde se encontrará su guardián y dónde la magistratura de tal código. Es preciso poder 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.”¹⁰⁸; “Pasemos al verdadero punto de la dificultad. ¿Cuáles funciones otorgaremos a la *jury constitutionnaire*? ¿Cuál será la justa magnitud de esta atribución? ¿Cuáles serán sus límites precisos?”¹⁰⁹; y “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 último, que ofrezca a

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 251

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 258

¹⁰⁹ *Loc. Cit.*

la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía. En otras palabras, considero a la *jury constitutionnaire*: 1) como tribunal de casación en el orden constitucional; 2) como taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución; 3) finalmente, como suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva. Se trata de desarrollar estos diferentes puntos de vista.¹¹⁰ Se refiere a la propuesta detallada sobre la organización y funciones de la corte constitucional, esbozada en el anterior documento.

IV. EL SIGNIFICADO GENERAL DE SU OBRA

Sieyès, analizado a la luz de las líneas matrices de su pensamiento, no de aquellas situaciones coyunturales que se presentaron después de la Revolución Francesa con motivo de su participación política, es uno de los personajes de mayor valía en el desarrollo de las ideas políticas, en la construcción de la democracia moderna y en el diseño de origen del Estado Constitucional. Contribuyó a la destrucción del antiguo régimen y a la creación de la nueva sociedad; desarrolló la teoría del gobierno representativo, con el "... enorme mérito teórico que entraña ... el tratar de llevar a cabo un análisis político partiendo de constataciones de orden sociológico"¹¹¹; desentrañó el problema de la fuente de legitimidad para gobernar; dio forma cabal al sistema representativo y a la naturaleza del mando; solucionó la antinomia que presentaba el principio de la indivisibilidad de la soberanía de Rousseau con el de la división de poderes de Montesquieu; creó la teoría del poder constituyente, de los poderes constituidos y del poder comitente; sistematizó los derechos del hombre y del ciudadano; compatibilizó las nociones de Nación,

¹¹⁰ Loc. Cit.

¹¹¹ Ibid., p. 24.

poder constituyente con propiedad; y, como si todo esto fuera poco, dio basamento sólido a la formación del Estado Constitucional.¹¹²

¹¹² Se reitera, un detalle del significado de su obra aparece en el precitado Estudio Preliminar de Daniel Pantoja en el libro “Escritos Políticos de Sieyès”, pp. 17-59

EL GENOTIPO Y LOS FENOTIPOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. PARTICULAR REFERENCIA A AMÉRICA LATINA*

César Astudillo**

177

SUMARIO: I.- Introducción: Un nuevo lenguaje para el Derecho Comparado. II.- El “genotipo” y los “fenotipos” constitucionales. Una aproximación. III.- El “genotipo” y los “fenotipos” de la Justicia Constitucional. IV.- Fenotipos autóctonos en la Justicia Constitucional de América latina. V.- Las influencias que han enriquecido al modelo mexicano de Justicia Constitucional.

I.- INTRODUCCIÓN: UN NUEVO LENGUAJE PARA EL DERECHO COMPARADO

Desde el momento en que se constata que la justicia constitucional forma parte del *núcleo genético* del Estado constitucional

* Este trabajo fue presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), e incluido en su memoria págs. 447-474. Tomo I. Editorial IDEMSA. Lima, Perú, 2009. ISBN: 978-612-4037-06-1 y fue enviado por el autor a este Instituto el día 27 de octubre de 2009.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. cesar@unam.mx

contemporáneo¹, el derecho comparado comienza la andadura de su enriquecimiento gramatical y por supuesto metodológico. La comparación jurídica, en su calidad de técnica abierta a recibir información y a condicionarse por los fenómenos ocurridos en una pluralidad de ordenamientos, mantiene siempre una natural disposición para acoger un nuevo lenguaje e, incluso, un nuevo ángulo de aproximación científica a los problemas que le corresponde afrontar, de conformidad con las exigencias que día a día impone la investigación científica.²

El derecho comparado recupera a menudo, por ejemplo, la idea de que el ordenamiento jurídico es un organismo vivo (con una evidente influencia de la “biología”) que se produce y reproduce constantemente de conformidad con determinadas influencias externas que lo pueden condicionar de forma positiva o negativa. De la “genética”, en cambio, ha rescatado determinadas categorías, cuyo uso frecuente viene a proponer la actualización de sus perfiles metodológicos y sobre todo, el enriquecimiento de su lenguaje, permitiendo al comparatista actuar con mayor incisividad para descubrir los elementos que, en unidad, confieren una concreta identidad a la Constitución, a fin de estar en condiciones de advertir en qué me-

¹ Sobre el enriquecimiento que ha supuesto la justicia constitucional para el derecho constitucional de nuestro tiempo, acúdase, entre otros, a Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13. Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il mulino, 1998, p. 11. Para América Latina, Nogueira Alcalá, Humberto, “Tendencias de la jurisdicción y los tribunales constitucionales de América del Sur”, en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Thomson Aranzadi, T. II, 2006, p. 3747 y ss.

² Pegoraro y Rinella, por ejemplo, señalan que el término “modelo”, empleado recurrentemente por los comparatistas, fue tomado de las ciencias económicas y sociales. Añaden que la tendencia a acoger terminología de otras ciencias “no es casi nunca reducible a un mero fenómeno de imitación, pues generalmente tiene su *ratio* en fundadas exigencias de investigación”. Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado. Metodología de investigación*, trad. César Astudillo, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 101-102.

didados dichos elementos, bajo la forma de normas, figuras o instituciones jurídicas, han logrado heredarse, exportarse o asentarse en realidades diferentes a las de origen.

Ni que decir tiene que esta aproximación acerca al derecho comparado a algunas nociones fundamentales de “bioética”. Así como ésta tiene como objeto tender un puente entre el conocimiento científico y el conocimiento ético para alertarnos de las eventuales consecuencias de la intervención humana en el ámbito biológico, el derecho comparado tiene una función semejante para advertir, por ejemplo, las formas, los modos y las posibilidades de intervención del hombre (en este caso, la intromisión de los hacedores de leyes, de sus interpretes, o de los que hacen teoría, entre otros), dentro del organismo viviente al que denominamos ordenamiento jurídico, con la finalidad de advertir su relevancia y las eventuales consecuencias positivas o negativas que de ello se derivan (por ejemplo, las implicaciones de un eventual ejercicio de “clonación” de instituciones en un entorno en donde el ordenamiento receptor no contiene las características propicias para que el “transplante” pueda ser exitoso).

En un entorno de paulatina recepción de influencias externas, al derecho comparado no le queda otro camino que abrirse a la exploración de nuevos horizontes y promover la innovación de su lenguaje. Lo anima la idea de continuar profundizando, como la ha venido haciendo durante buena parte del siglo XX, en el alma de los conceptos y en el substrato de las figuras jurídicas para identificar y extraer, al menos en el ámbito teórico, los “genes” que las individualizan, les confieren una específica caracterización y las ponen en un lugar de relevancia para que, en su calidad de instancias paradigmáticas, puedan reproducirse en otros entornos.

Pero la labor no termina ahí. Necesita luego ser secundada por ejercicios prácticos para observar las formas concretas con que se presentan o exteriorizan los genes identificados una vez que han sido proyectados sobre figuras o instituciones jurídicas de concretos

ordenamientos jurídicos, a fin de advertir bajo qué condiciones pueden subsistir, que contextos les son más favorables, cuáles son las condiciones que favorecen una mejor adaptabilidad y, en su caso, qué efectos pueden producir al interactuar en un entorno diferente.

La perspectiva y el uso de este lenguaje, a pesar de su aparente originalidad, no es del todo nueva. Constantinesco, entre otros, subraya que uno de los intentos de clasificación doctrinal de los ordenamientos jurídicos se basó justamente en el criterio “histórico-genético” con la intención de destacar la añeja dependencia de los mismos respecto al derecho romano, alemán y al derecho consuetudinario.³

Incluso el propio autor, al avanzar su teoría de los “elementos determinantes” utilizó un lenguaje ajeno al que normalmente emplea la ciencia jurídica para señalar que un ordenamiento jurídico se compone con la suma de normas, principios y conceptos jurídicos que, bajo la denominación de “partículas jurídicas elementales”, conforman las “células” de dicho organismo.⁴ De igual manera, hizo referencia a imágenes que, utilizadas de forma metafórica, tenían la capacidad de enviar un mensaje directo al lector sobre las ideas que quería posicionar. Por ello, llegó al extremo de equiparar la estructura de un ordenamiento con la de un “átomo” formado por un núcleo circundado por un conjunto de electrones.⁵

De conformidad con el autor, las “partículas jurídicas elementales” que en unidad armónica conforman un ordenamiento jurídico, no comparten el mismo valor, y por lo tanto, en lugar de articularse en un orden igualitario y horizontal, lo hacen en uno jerarquizado y vertical. Por estar ancladas en un determinado sistema de valores conforman la “estructura esencial”, el “núcleo central” del ordena-

³ Constantinesco, Léontin-Jean, *La scienza dei diritti comparati*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 77 y ss.

⁴ Constantinesco, Léontin-Jean, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, p. 223 y ss.

⁵ Idem, p. 224.

miento o, diríamos, su “estructura genética”, en virtud de que condiciona sus rasgos de identidad, su perfil propio y su morfología. A lado de estas partículas el autor estatuyó lo que denominó “elementos fungibles”, que tienen una importancia secundaria porque sirven para completar el ordenamiento, pero dado que carecen de cualquier valor ideológico y teleológico, no coadyuvan a determinar su identidad.⁶

El autor señaló, además, que en un análisis objetivo no todas las “células elementales” poseen el mismo valor. Dentro de un ordenamiento algunas partículas son más importantes que otras, porque se encuentran en una “posición central” o una “situación dominante” y contribuyen en mayor medida a fijarle su “fisonomía” o “morfología” esencial. De esta manera, modificarlas o sustituirlas equivaldría a “mutar”, “transformar” o “cambiar” la estructura específica del orden jurídico considerado, lo cual no ocurre con los elementos fungibles.⁷

La teoría de Constantinesco demuestra que una forma de continuar enriqueciendo al derecho comparado se encuentra en la posibilidad de tomar nuevas rutas de aproximación al estudio de las instituciones, las figuras jurídicas y la doctrina que las explica. La exigencia fundamental es que contribuya a determinar con autoridad los elementos que identifican a un determinado componente del sistema jurídico para después ver sus formas concretas de manifestación en diferentes ordenamientos jurídicos positivos, las posibilidades de su clasificación, y sobre todo, las similitudes y diferencias que los identifican y separan, e incluso, los rasgos que permiten inferir el desarrollo de figuras autóctonas.⁸

⁶ Idem, p.224-225. La explicación más amplia de su teoría se encuentra en Constantinesco, *La scienza dei diritti...*, Op. cit., p. 141 y ss.

⁷ Constantinesco, *Introduzione...*, Op. cit, p. 225-226.

⁸ Idem, p. 230.

Sin embargo, así como este ejercicio puede ser analíticamente muy productivo y enriquecedor, puede tener eventuales efectos negativos para el establecimiento de las categorías clasificadoras que se propone el derecho comparado que, como sabemos, es una de las principales funciones de la comparación jurídica.⁹

Bajo estas premisas, nadie puede dudar que los comparatistas, en la actualidad, han adquirido un *status* de auténticos científicos “genéticos” del ordenamiento jurídico. Buena parte de su responsabilidad se dirige a desvelar la información genética que sostiene a los ordenamientos constitucionales desde una perspectiva general, y la que, de manera particular, subyace a determinadas figuras o instituciones jurídicas (elementos que permiten inferir la “comparabilidad” de ordenamientos y de figuras o instituciones en un contexto de micro y macrocomparación).

Les corresponde, además, la tarea de señalarnos las formas concretas bajo las cuales determinada información genética puede aparecer en el contexto institucional, el modo de agrupar los tipos en los que puede clasificarse el resultado de dicha exteriorización, las formas como pueden ser aislados determinados genes para el establecimiento de instituciones con las características deseadas e, incluso, advertir los eventuales escenarios para el éxito o el fracaso del empleo de dicho banco de datos en diferentes contextos y condiciones y, naturalmente, su justificación.

El resultado de este viaje al núcleo de las normas es a todas luces relevante porque representa un material de uso elemental para quienes se dedican primordialmente a la creación de instituciones (mediante ejercicios de “clonación” o de “reproducción asistida”). Para nadie es extraño que hoy en día el legislador, en su doble fa-

⁹ Sobre las funciones de la comparación, Pegoraro, Rinella, Angelo, *Introducción...*, Op. cit., p. 86 y ss. También, De Vergottini, Giuseppe, *Diritto costituzionale comparato*, 7^a. Ed., V. I, Padova, CEDAM, 2007, p. 53. En el mismo sentido, Zweigert, K, Kötz, H., *An introduction to comparative law*, 3^a. Ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 13 y ss.

ceta de productor de normas ordinarias y constitucionales, se auxilia del trabajo del comparatista para crear nuevas instituciones y dar nueva forma a las reglas jurídicas. En muchas ocasiones, su labor se dirige a la creación de instituciones que tienen su origen en otros ordenamientos, cuidando de respetar las adaptaciones necesarias para proceder a armonizarlas con el contexto en el que se intentan introducir (es el fenómeno de la “reproducción asistida”, en cuanto al derecho comparado le corresponde determinar los componentes que estructuran a la institución, ubicándose como elemento indefectible, sin cuya participación no sería posible crear a la nueva institución; en lenguaje comparativo es lo que se denomina “recepción conciente”). En otras, se constriñe a efectuar meros ejercicios de reproducción (“clonación”) de una institución existente en otra realidad sin realizar ningún tipo de adaptación (el fenómeno de la imitación o del trasplante que viene precedido por múltiples condicionantes).

La “clonación” se caracteriza porque no puede haber espacio para manipulación genética alguna. Una figura o institución se traslada de un espacio a otro con toda la información que le confiere identidad, aunque la misma no sea propicia para generar los mismos efectos en el entorno receptor. En cambio, en el entorno de la “reproducción asistida” es posible que la adaptabilidad institucional suponga la mutación genética de la institución de referencia con el objeto de que dicho cambio permita un mejor acoplamiento institucional o coadyuve a desplegar los efectos concretos que se desean generar con ella.¹⁰

¹⁰ Pegoraro, Rinella, *Introduzione...*, Op. Cit., p. 89 y ss.

II.- EL “GENOTIPO” Y LOS “FENOTIPOS” CONSTITUCIONALES. UNA APROXIMACIÓN

1.- EL GENOTIPO

De latín *genus* y *typus*, el vocablo *genotipo* hace referencia, en el ámbito de la biología, al conjunto de genes que corresponden a un individuo.¹¹ Utilizado en el ámbito constitucional, de la mano del constitucionalista Jorge Carpizo, el genotipo “constitucional” persigue clarificar cuales son los “genes” o “ascendientes” de una determinada Constitución. Indica, en consecuencia, qué tipo de elementos y características confieren identidad a un objeto llamado “Constitución”.¹²

En 1789 los revolucionarios franceses desvelaron por vez primera los elementos mínimos que deberían conformar el “núcleo genético” de la Constitución. Señalaron de forma diáfana que una sociedad que no protegiese los derechos ni garantizase la división de poderes carecía de Constitución. Se identificaban de esta forma los componentes esenciales, o lo que se ha identificado como la “Constitución material” del Estado liberal, en un contexto en el que la afirmación del constitucionalismo era determinante para frenar cualquier intento de arbitrariedad en el ejercicio del poder. El constitucionalismo se afirmaba, en síntesis, como la técnica de la libertad.¹³

¹¹ Voz “genotipo”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22^a. Ed, Madrid, 2001.

¹² Carpizo, Jorge, “En búsqueda del ADN y las influencias en algunas sistemas presidenciales y parlamentarios”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número conmemorativo, sexagésimo aniversario, 1948-2008, México, UNAM-IIJ, 2008, p. 182.

¹³ En general, acúdase a Mateucci, Nicola, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 127 y ss. Esp. 133. También a Fioravanti, Maurizio, “Stato e Costituzione”, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzione e diritto*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma, Laterza, 2002, p. 26 y ss. Guastini, Riccardo, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1992, p. 10 y ss. Morbidelli, Giuseppe, “Costituzione e costituzionalismo”, en G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2^o. Ed., Bologna, Monduzzi Editore, 1997, p. 50 y ss.

La aparición de la Constitución en un texto formal y solemnemente establecido, la afirmación del principio de soberanía popular y la propia superioridad normativa de la norma fundamental vendrían consolidándose progresivamente y con altibajos durante el siglo XIX y principios del XX¹⁴, pero no sería sino hasta la segunda posguerra cuando la evolución constitucional, de la mano de los grandes progresos conseguidos por las demás ciencias, terminaría definitivamente por racionalizar el ejercicio del poder para enriquecer de manera notable el núcleo genético de la Constitución.¹⁵ En la actualidad nadie duda, por ejemplo, que en adición a la división de poderes y los derechos fundamentales, como componentes genéticos de la Constitución, al menos de la Constitución liberal-democrática, aparezcan también el principio democrático, el principio de la descentralización institucional y el control de constitucionalidad.¹⁶

Es posible anotar, en este contexto, que las células constitucionales, entendidas como aquellas unidades fundamentales que en conjunto dan vida al organismo llamado Constitución, contienen información hereditaria codificada que puede denominarse “ADN constitucional”. Vistas a través de la lente de un microscopio (que generalmente es la lente del comparatista) dichas células aparecen conformadas por genes que se presentan, metafóricamente, bajo la

¹⁴ Para una perspectiva histórica, Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993.

¹⁵ De esta forma, los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, esto es, el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía constitucional han quedado definitivamente asentados. Sobre el particular, De Vega, Pedro, “Constitución y democracia”, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, edición de Antonio López Pina, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 45 y ss.

¹⁶ Sobre esta idea, Spadaro, Antonino, “L’idea di Costituzione, fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni ‘geometriche’ dell’albero’ della Costituzione e un’unica, identica ‘clausola d’Ulisse’”, en Fernández Segado, Francisco (Ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 184.

forma de una estrella, en donde cada brazo ostenta la representación de uno de los componentes genéticos aludidos. En el centro, en su núcleo, que funciona en calidad de núcleo fundamental, reposa el principio meta-jurídico de la “dignidad de la persona humana”, cuya relevancia ejerce una notable influencia sobre la totalidad de la estructura constitucional, en virtud de que todos los componentes del edificio constitucional tienden a coordinarse para converger sobre el mismo objetivo meta-jurídico, y porque, en realidad, en el contexto de un verdadero Estado constitucional, la fuerza de este principio debe orientar la actuación de esas grandes estructuras.¹⁷

Bajo esta caracterización, la conformación genética del ordenamiento constitucional, como agudamente señala Spadaro, aparece claramente determinada por una estructura geométrica de tipo estelar que pone en su núcleo central al principio de dignidad humana, sin importar si dicho principio se encuentra expresamente considerado en el ordenamiento.¹⁸ La identidad genética del texto constitucional aparece conformada, en consecuencia, por el conjunto de valores, de principios constitucionales y de normas que la concretizan, que al dar consistencia a una determinada ideología política forman el núcleo duro de una Constitución.

Un adecuado equilibrio entre los componentes que la configuran conduce a la edificación de una Constitución fortalecida, de amplias y profundas raíces dentro del tejido social en que se desenvuelve. En cambio, la alteración de dicho equilibrio mediante la supresión o reforma de algunos de sus componentes puede llegar al

¹⁷ Idem, p. 184. Sobre el principio de la dignidad humana, acúdase al libro recientemente coordinado por Fernández Segado, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008.

¹⁸ De esta manera, es incluso más fácil individualizar lo que Lombardi llamó con particular agudeza la “formula política institucionalizada”, bajo cuyo concepto se expresaba la esencia del sistema constitucional porque permitía la puntual localización de sus elementos “típicos y necesarios”. Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986. Citado por Pegoraro, Rinella, *Introducción...*, Op. Cit., p. 56.

extremo de suponer el cambio de identidad constitucional. Se justifica por ello que las propias constituciones suelen tomar medidas para proteger su más relevante información genética a través del instituto de la reforma constitucional. Se entiende, igualmente, que ante el elevado flujo de información producto de una sociedad globalizada en la que los datos fluyen con mucha mayor libertad, y frente a la amenaza constante de una manipulación injustificada, los textos constitucionales se preocupen por reforzar su protección en zonas concretas y determinadas, particularmente en aquellas que configuran su identidad. En este sentido, cada vez se hace más común la utilización de las denominadas “cláusulas de intangibilidad” cuyo cometido es “cifrar” dicha información genética e impedir que el legislador ordinario o cualquier otro operador pueda acceder a ella.¹⁹

Tener en claro los elementos anteriores confiere al comparatista la posibilidad de realizar su función bajo mayores y mejores herramientas, porque la identificación del núcleo genético que subyace al texto constitucional constituye una información privilegiada que, bajo la modalidad de “parámetro de comparación”, hace las veces del *tertium comparationis* necesario entre lo que se desea comparar y la comparación concreta.²⁰

2.- EL FENOTIPO

De origen griego, el vocablo *fenotipo* se compone del φαίνεῖν mostrar, aparecer, y de τύπος, tipo, y hace referencia a la manifesta-

¹⁹ Grimm, Dieter, “Il futuro della costituzione”, *Il futuro della Costituzione*, Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther (a cura di), Torino, Einaudi, 1996, p. 38-39. Para una visión desde distintas experiencias constitucionales, *La revisione costituzionale e suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, (Silvio Gambino, Guerino D’Ignazio (a cura di), Milano, Giuffrè editore, 2007.

²⁰ De Vergottini, *Diritto costituzionale...*, Op. Cit., p. 49-50. De forma crítica, Constaninesco, Léontin-Jean, *Il metodo comparativo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, p. 20 y ss.

ción visible del genotipo en un determinado ambiente.²¹ En el ámbito que nos interesa, el fenotipo constitucional expresa la concreta forma de exteriorización del genotipo constitucional; es decir, la manera como se manifiesta cada uno de los componentes genéticos que dan identidad a los textos constitucionales modernos, de conformidad con las características propias del ambiente en que se proyectan.

A pesar de que hoy en día la mayoría de los documentos constitucionales se anclan en el mismo código de información, es evidente que la proyección concreta y la forma de funcionar de cada uno varía, y que dicha variación depende, más que de ese código genético en sí, de la concreta exteriorización del mismo y sobre todo, de su interrelación con una multiplicidad de factores que son específicos y particulares y, por ende, sólo se encuentran presentes en la realidad de cada País. Carpizo ha señalado adecuadamente que el surgimiento de un fenotipo constitucional obedece a múltiples factores, entre ellos, a la realidad de cada País y al específico entorno político, histórico, social y económico que lo condiciona.²² Para poner un ejemplo reciente de esta interacción baste acudir a la recientemente aprobada Constitución de Bolivia, para ver que el control de constitucionalidad es uno de sus puntos referenciales, pero que se ha manifestado bajo la forma de un “Tribunal Constitucional plurinacional” compuesto bajo criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena, bajo magistrados constitucionales que deberán ser elegidos mediante sufragio universal.²³

De esta manera, aunque muchos países latinoamericanos y europeos compartan los presupuestos y el núcleo genético del Estado constitucional, es evidente que los ordenamientos constitucionales

²¹ Voz “fenotipo”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22^a. Ed, Madrid, 2001.

²² Carpizo, “En búsqueda del ADN...”, Op. cit. p. 183.

²³ Artículos 182, 196 al 198. http://www.presidencia.gov.bo/leyes_decretos/constitucion_estado.asp

proyectan dicha información de modo distinto, lo cual genera indudables repercusiones en el modo de confección de sus instituciones, en la forma más o menos rápida con que las mismas logran asentarse y funcionar de manera eficiente, y por supuesto, en el grado de consolidación que adquieren con el tiempo.²⁴

A pesar de que existe una multiplicidad de fenotipos constitucionales, la comparación jurídica ha facilitado la reconducción de los textos hacia una tipología que los ha ordenado de conformidad con criterios de diverso tipo. La cantidad de datos que en conjunción armónica dan forma a una determinada Constitución positiva, es decir, un fenotipo constitucional concreto, da lugar a que, una vez ordenadas, pueda hablarse de constituciones rígidas y flexibles, breves y largas, procedimentales y axiológicas, nominales y semánticas.²⁵

El fenotipo permite advertir, además, el concreto modo de articularse de un conjunto de principios, instituciones, figuras y procedimientos acogidos por la Constitución, y sacar a la luz la información genética de la que es portadora. En este ámbito, mediante un análisis detenido es posible identificar, por ejemplo, los genes que han sido “dominantes” y los que han sido “recesivos” en la caracterización de alguna institución, proceder que permite avanzar conclusiones respecto a los fenómenos que en contextos institucionales particulares conducen a que determinados genes se manifiesten con mayor fuerza, y que en otros, en cambio, carezcan de la fuerza para salir a la luz.

²⁴ Sobre los elementos del Estado constitucional, Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix.Fierro, México, UNAM-IIJ, 2001.

²⁵ Sobre las clasificaciones, Morbidelli, “Costituzione e costituzionalismo”, Op. Cit., p. 77 y ss. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, 2a. edición ampliada, Barcelona, Ariel, 1976, esp. p. 218 y 255. Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001. p. 141 y ss. Ferreres Comella, Victor, “Justicia constitucional y democracia”, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell, compilador, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 247 y ss. En el mismo colectivo, Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, p. 137 y ss.

La presencia, por ejemplo, de órganos constitucionales autónomos será la manifestación fenotípica de uno de los genes más importantes de la Constitución: la división de poderes. La particular forma de desarrollo de ese principio en un ordenamiento concreto aportará los datos necesarios para evidenciar si el “gen dominante” ha sido aquél que alberga en su información una noción de división de poderes que hace compatible la existencia de los poderes tradicionales con otros órganos del Estado a los que la Constitución reserva un *status* determinado (órganos constitucionales autónomos), o si, por el contrario, el gen dominante ha mantenido la información histórica, tradicional y decimonónica, lo cual querrá decir que el “gen recesivo” que contiene la información moderna, no ha podido manifestarse.

Otro ejemplo significativo es el del control de constitucionalidad de las leyes, cuya manifestación fenotípica ha condicionado históricamente la presencia de un órgano específico para la tutela constitucional o, en el extremo contrario, ha determinado que en un contexto particular cualquier juez o tribunal pueda ejercer dicho control. El análisis comparativo en este aspecto permite descubrir en qué ordenamientos positivos el “gen dominante” ha sido el del control concentrado, en cuáles el del control difuso y en cuáles se ha generado un auténtico ejercicio de hibridación en el que funcionan aspectos de uno u otro, o incluso esquemas en donde ambos fenotipos se reúnen y armonizan para formar otro adicional.²⁶

El ejercicio anterior consciente al comparatista realizar ejercicios de clasificación en relación a los tipos básicos bajo los cuales se presentan determinadas instituciones jurídicas, y a partir de ello proceder a un ejercicio de reagrupamiento con el objeto de fundar

²⁶ Sobre la circulación de los “modelos”, en particular, Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 67 y ss. También, Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª. Ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 34 y ss.

categorías que coadyuvan a hacer más eficiente el ejercicio comparativo. Permite, por ejemplo, identificar los fenotipos históricos, que son aquellos que recogen las características primigenias bajo las cuales apareció una institución determinada y advertir su posterior desarrollo hasta generar el enriquecimiento de la propia tipología con paradigmas posteriores. Consiente, igualmente, constatar cuáles han generado una influencia tal que, ante la evidente circulación de sus elementos característicos, pueden elevarse a la categoría de verdaderos modelos.²⁷

III.- EL “GENOTIPO” Y LOS “FENOTIPOS” DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1.- EL GENOTIPO

Como se ha señalado, la noción de Constitución se compone de determinados genes que constituyen la prueba irrefutable de su identidad. De conformidad con circunstancias de tiempo, modo y lugar, dicha información se entrelaza para dar vida a los más variados ordenamientos constitucionales. La justicia constitucional representa uno de los elementos genéticos que inexorablemente debe estar presente en un determinado fenotipo constitucional, de tal forma que hoy en día no se concibe a uno sin el otro.²⁸ Nadie puede dudar que hoy en día la justicia constitucional constituye un “elemento esencial” para la “garantía de la libertad” y que ha alcanzado la consideración de “componente básico” del “constitucionalismo moderno”.²⁹ Su aparición, si bien tiene precedentes que nos remontan a la antigüedad, ha alcanzado plena consolidación en el

²⁷ De Vergottini, *Diritto costituzionale...*, Op. Cit., p. 57-58.

²⁸ Ruggeri, Antonio, Spadaro, Antonio, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3ª. Ed., Torino, G. Giappichelli, 2004, p. 8

²⁹ Vid. Cappelletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 66.

siglo pasado, siendo, como ha dicho Zagrebelsky, una “adquisición reciente” del derecho constitucional, pero una adquisición con todas sus consecuencias, sin la posibilidad de dar marcha atrás, porque el Estado constitucional sólo puede entenderse cabalmente en el marco de una autorizada justicia constitucional.³⁰

En su calidad de componente esencial del orden constitucional “básico”, de institución, e incluso de valor constitucional, su composición biológica se integra con un núcleo genético particular que puede exteriorizarse de manera diferente, apareciendo bajo múltiples estructuras y formas de organización.³¹

El genotipo de la justicia constitucional se ancla históricamente en determinados componentes que pueden considerarse los elementos básicos que presuponen, alimentan, justifican y otorgan identidad a los mecanismos de tutela de la Constitución. A través de ellos la justicia constitucional alcanza plena coherencia; sin ellos, sencillamente el control de constitucionalidad deja de tener justificación.

De conformidad con lo señalado por Lüther³², la justicia constitucional se desarrolla dentro de un proceso histórico en el que se ha

³⁰ Zagrebelsky, *La giustizia...* Op. cit, p. 11.

³¹ En Austria las normas constitucionales, según la doctrina dominante, se clasifican en leyes o disposiciones constitucionales “ordinarias” y en un ordenamiento constitucional “fundamental”, que se supraordina y que es el ámbito donde se asienta la jurisdicción constitucional. Cfr. Schäffer, Heinz, “La relación entre el Tribunal constitucional y el legislador”, *Las tensiones entre el Tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja (Comp.), Ariel, Barcelona, 1998, p. 19 y 40.

³² Cfr. Luther, Jörg, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento*, Torino, G. Giappichelli, 1990, p. 8-17. Perspectivas cercanas se encuentran en De Vega, Pedro, “Constitución y democracia”, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, edición de Antonio López Pina, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 45 y ss. Id., “De la Constitución y su defensa: Algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, p. 205 y ss. Nogueira Alcalá, “Tendencias de la jurisdicción...”, Op. cit., p. 3752 y ss. En torno a la progresiva afirmación de estos elementos, véase el reciente trabajo de Mezzetti, L., Belletti, M., D’Orlando, E., Ferioli, E., *La giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007, p. 20 y ss.

concretado la “despersonalización del poder”, en el contexto de una evolución que ha posibilitado que el juez controle la fidelidad de los comportamientos políticos y posteriormente los actos individuales de los poderes mismos.

En segundo lugar, la justicia constitucional presupone un determinado “sistema de fuentes del derecho” en cuyo ámbito se identifique una ley con atributos de superioridad material y formal a través de la cual se concreten relaciones de jerarquía entre dichas fuentes.

En tercer lugar, la justicia constitucional parte de un determinado “sistema de agregación de poderes territoriales”, en donde se observa una puntual diferencia entre el centro y la periferia que termina por condicionar la instauración de un arbitro que pueda dirimir pacíficamente las controversias existentes entre el todo y las partes.

En cuarto lugar, una institución de esta naturaleza se incorpora en el ámbito de un “sistema de diferenciación funcional de poderes” al interior del Estado, dando paso a la división de poderes y a la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, a efecto de que, por fuera y por encima de dicha división, la justicia constitucional se erija como un poder de mediación o moderación entre ellos.

Finalmente, la justicia constitucional presupone un sistema constitucional caracterizado por instituciones democráticas que se asientan en el pluralismo de fuerzas políticas y sociales, con la finalidad de que, sobre la base de la integración del pluralismo, pueda garantizar la regularidad y el dinamismo de la vida constitucional.

Los componentes sucintamente esbozados se encuentran presentes en el desarrollo histórico de la justicia constitucional, con independencia del modelo concreto (fenotipo) que se haya puesto en práctica para materializar la garantía de la Constitución. Las formas de exteriorización son en extremo variadas y al día de hoy se siguen multiplicando. Esto indica que el transcurso del tiempo se-

guramente pondrá nuevos fenotipos sobre el escenario, pero lo que difícilmente podrá cambiar es el acervo que presupone y justifica su presencia en el entorno de las democracias constitucionales.

2.- LOS FENOTIPOS

Relevante es advertir que el núcleo genético que en la actualidad identifica a la Constitución del Estado constitucional se corresponde con los componentes sobre los cuales se erige, a su vez, la institución de la justicia constitucional. Lo anterior no puede sino significar que sin Constitución no existe justicia constitucional y que una Constitución sin justicia constitucional difícilmente puede ostentar esa denominación ante la carencia evidente de uno de sus elementos constitutivos y definidores. Existe, por tanto, una recíproca y natural dependencia entre ambas categorías jurídicas.

La tutela constitucional, sin embargo, puede aparecer de distintos modos dentro de los específicos textos constitucionales. No hay una forma particular establecida previamente y universalmente aceptada. Las posibilidades son tantas como lo permita la imaginación constitucional y la prescriptividad que caracterizan a los instrumentos de tutela constitucional. Esta realidad fue advertida con total nitidez por Cappelletti cuando señaló que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no podía identificarse sin más con la jurisdicción o justicia constitucional, pues representaba únicamente uno de los “muchos aspectos posibles” de la justicia constitucional.³³ Con ello, el autor intentaba destacar que el control podía exteriorizarse de diferentes maneras, confiarse a distintos órganos, conducirse a través de diferentes mecanismos y concluir en una protección con disímiles efectos.

³³ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 49 y ss.

Para hacer referencia a una de las categorías más conocidas, a nadie escapa que originalmente la justicia constitucional se exteriorizó, tomando como “criterio definidor” al órgano que imparte justicia constitucional, mediante dos “fenotipos históricos”, el difuso y el concentrado. Sin embargo, a esa primer clasificación se han venido oponiendo los fenotipos “alternativos” surgidos a partir de determinadas exigencias de protección, motivando la “hibridación” o “mixtificación” de los primeros, hecho que se manifiesta con pulcritud, por ejemplo, al observar el papel que juega la “cuestión de inconstitucionalidad” en los sistemas típicamente concentrados, o la interrelación que debe producirse a partir de la armónica convivencia de los dos fenotipos históricos en un particular contexto institucional.³⁴

Los fenotipos a los que se ha hecho alusión son producto de un progresivo trabajo de clasificación en donde el modo de agrupación de las distintas experiencias depende del “criterio definidor” utilizado por quien lo realiza. Esto permite dar un orden, organizar y reconducir a unidad un conjunto de sistemas, figuras o instituciones jurídicas a pesar de que, en ocasiones el ejercicio implique el sacrificio de algunas de las particularidades que identifican a cada uno, cuyo análisis bajo una perspectiva distinta podría dar lugar, incluso, a esquemas clasificatorios diferentes.³⁵

Si estamos de acuerdo en que una idea general sobre los modos de exteriorización de la justicia constitucional pasa inexorablemente por la determinación: *a)* del órgano al que compete el control de constitucionalidad; *b)* de los procesos y procedimientos mediante

³⁴ En torno al *tertium* o *quartum genus*, Pegoraro, *Giustizia costituzionale...*, Op. Cit., p. 35 y ss. En castellano acúdase a su trabajo “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 6, 2002, p. 401. Sobre los modelos *intermedios*, *mixtos* o *paralelos*, Cappelletti, *Il controllo...*, Op. cit., p. 51; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed Librería Almedina, Coimbra, 2002, p. 907 y ss.

³⁵ Una crítica profunda a la forma de clasificar se encuentra en Constantinesco, *La scienza...*, Op. cit., p. 130 y ss.

los cuales se actualiza la tutela constitucional; c) de los sujetos legitimados para instar el control; d) de los efectos de las resoluciones, entonces pueden realizarse algunas observaciones para ejemplificar lo que se ha señalado:

a) El órgano al que compete el control de constitucionalidad

Si se determina como primer criterio definidor el “órgano de control constitucional” rápidamente aparecerían como garantes constitucionales, en un sistema concentrado de control, los tribunales constitucionales, los órganos de vértice del aparato judicial o bien salas especializadas dentro de las Cortes Supremas.³⁶ Si a esta información se añade como posterior criterio el “espacio institucional” en donde se encuentran dichos órganos, las manifestaciones de la justicia constitucional se multiplican porque por ejemplo, existen tribunales constitucionales que se ubican dentro y fuera del Poder Judicial, y dicha información no puede dejar de advertirse en la medida en que es relevante para identificar el “estatus” constitucional del propio órgano. Además, si esta perspectiva se armoniza con la que introduce el criterio de la “estructura estatal” en la que conviven estos sistemas, es posible concluir que en aquellos casos en donde existen ordenamientos jurídicos centralizados, la justicia constitucional se manifiesta de forma preponderantemente unitaria, mientras que en aquellos ordenamientos de tipo federal, se manifiesta de forma decisivamente concurrente, por la necesaria existencia de una dualidad de garantes allí donde existe una dualidad de ordenamientos constitucionales.³⁷

³⁶ Al respecto, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, FUNDAp, 2002, p. 65 y ss. También, Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1, México, Porrúa, enero-junio, 2004, p. 10 y ss.

³⁷ Sobre esta perspectiva, Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de*

Pero además, si como criterio se incorpora la “naturaleza de las funciones” ejercitadas, constataremos que las posibilidades siguen ampliándose porque existen órganos con funciones “típicas” de control constitucional, mientras que algunos más se ocupan de funciones “atípicas”;³⁸ unos realizan un exclusivo control de constitucionalidad mientras que otros lo conjugan con un control de legalidad por estar investidos de una doble identidad, como garantes de la Constitución y órganos de casación. Si se añade un criterio para valorar el grado de “especialización” de los jueces que imparten justicia constitucional, dato esencial para advertir la autoridad, autonomía e independencia con la que afrontan el encargo, se pueden señalar sistemas en donde existen jueces constitucionales plenamente especializados, jueces con un perfil judicial ordinario, incluso, jueces sin perfil jurídico (sin perfil de abogados) y jueces con un claro perfil político (ex-parlamentarios), situación que depende del entero diseño constitucional que se maneja en cada caso particular.³⁹

En el ámbito del control difuso la determinación del órgano tiene menos relevancia porque, en principio, se reconoce a todos los jueces y tribunales la posibilidad de realizar el control de la constitucionalidad. En este tipo de sistemas es más relevante introducir un criterio definidor distinto que, por ejemplo, constate la “interpretación constitucional más relevante” que es aquella que en calidad de

Derecho Procesal Constitucional, No. 2, México, Porrúa, julio-diciembre 2004, p. 154 y ss.

³⁸ Baldin, Serena, *Le “altre” funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all’est europeo*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2000, esp. p. 45 y ss.

³⁹ En este tenor, acúdase a Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1, México, Porrúa, enero-junio, 2004, p. 61 y ss. Igualmente, Celotto, “La justicia constitucional...”, *Op. Cit.*, p. 13 y y ss.

“precedente” vincula a todos los jueces y permite advertir la posición preferente que en dichos sistemas ostentan las Cortes Supremas.⁴⁰

b) Los procesos y procedimientos mediante los cuales se actualiza la tutela constitucional

En el ámbito de los mecanismos que permiten actualizar la tutela constitucional es posible distinguir diversas modalidades. La más genérica es la que pone como criterio diferenciador “la naturaleza de las normas” bajo las cuales se conducen los contenciosos constitucionales. De un lado aparecen los sistemas que los dirimen en el ámbito de un “orden procesal general”, y del otro, aquellos que bajo una mayor sofisticación los resuelven en el contexto de un “derecho procesal específico o constitucional”.⁴¹ Esto significa que mientras en uno no existe técnica procesal alguna o procesos especiales y particulares para denunciar la inconstitucionalidad de una norma, en el otro, en cambio, las cuestiones constitucionales deben sujetarse a una técnica determinada, existiendo al efecto procesos y procedimientos constitucionales que varían estructuralmente en

⁴⁰ Sobre el *stare decisis* y su función, entre otros, Tribe, Laurence, H., *American Constitutional Law*, Volume One, Third Edition, Foundation Press, New York, New York, 2000, p. 213 y ss; Posner, R. A., *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 251 y ss. Incluso Kelsen se refirió al papel de este principio en su estudio comparativo “Il controllo di costituzionalità delle legge. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana”, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 301.

⁴¹ En general, Astudillo, César, “Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, México, UNAM-IIJ, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 251 y ss. También, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “La giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione”, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Michele Nicoletti, Omar Brino (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, p. 644 y ss.

función de la naturaleza del objeto de la impugnación y de las finalidades específicas que persiguen.⁴²

A esta clasificación puede añadirse un criterio que distinga entre los “tipos de procesos o procedimientos constitucionales”, a efecto de avizorar la existencia de “procesos objetivos” y “procesos subjetivos” de tutela constitucional.⁴³ Evidentemente, esta tipología no puede dejar de hacer referencia a la que se asienta en el “tipo de enjuiciamiento”, en cuyo caso, las formas de exteriorización de la justicia constitucional advertirán que existe un enjuiciamiento de tipo “abstracto” y otro de tipo “concreto”, desvelando que existe un fenotipo que se centra en el control en la ley, al margen de su aplicación, y otro que lo hace con motivo de su aplicación.⁴⁴ Como es notorio, existe también una proximidad manifiesta con los sistemas que surgen cuando el criterio definidor recae en el “bien jurídico tutelado”, de donde se desprende una ulterior clasificación entre los sistemas centrados en la tutela del “derecho” y los que tienen por objeto la protección de los “derechos”.⁴⁵

⁴² Acúdase a la importante explicación de los elementos básicos de ambos sistemas, en Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, prologado por Lucio Cabrera y Héctor Fix Zamudio, México, UNAM-Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, p. 34 y 39 respectivamente.

⁴³ Sobre los procesos de contenido *objetivo* y de contenido *subjetivo*, Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, en Astudillo, César y Carbonell, Miguel (Coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2007, p. 14 y ss. Sobre su lógica inspiradora, Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996, p. 42 y ss.

⁴⁴ Respectivamente, Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, Anno II, No. 3, diciembre, Bologna, il Mulino, 1982, p. 527-528. Fernández Segado, Francisco, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, No. 5, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2003, p. 106.

⁴⁵ Importantes reflexiones en Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto processuale costituzionale?”, *VVAA, Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 109 y ss.

Ahondar en esta tipología supondría incorporar como posterior criterio de diferenciación el de la “especificidad” de los mecanismos de tutela, para constatar que en el ámbito de los procesos o procedimientos objetivos existen distintas posibilidades de articulación, ya que la defensa del orden constitucional general puede realizarse mediante mecanismos de control directo (acción o recurso de inconstitucionalidad), de control competencial (controversia o conflicto de competencias y de atribuciones constitucionales), de control de las omisiones inconstitucionales (omisión legislativa), o bien, mediante un control incidental (cuestión de inconstitucionalidad). Lo mismo sucede dentro de los conflictos de contenido subjetivo donde los derechos y las libertades pueden tutelarse a través de un gran número de mecanismos (el juicio o recurso de amparo, el habeas corpus, el habeas data, el *mandado de sugurança*, la acción de tutela e incluso, la cuestión de inconstitucionalidad, etc.).

Adentrándose en la dinámica interna de los procesos y procedimientos es posible arribar a otros tipos de exteriorización de la justicia constitucional, de conformidad con nuevos criterios definidores. En este sentido, si el criterio determinante es el del “canon de enjuiciamiento” es evidente que allí donde la Constitución se considere el “parámetro integrador de los parámetros” se dará paso a un sistema de parámetro amplio, mientras que existirá un parámetro restringido allí donde la referencia única se circunscriba al texto constitucional. En cambio, si el criterio es el del “objeto de control” se tendrá igualmente un sistema con un objeto de control integral allí donde las normas sujetas a impugnación sean normas y no leyes (normas infraconstitucionales que pueden adquirir la forma de leyes ordinarias, orgánicas, constitucionales, tratados internacionales, reglamentos, decretos, etc.), ya que de lo contrario, se estará necesariamente ante un sistema de objeto parcial que controla únicamente la labor formal del legislador.⁴⁶ Un criterio diferenciador adicional, pero ínti-

⁴⁶ Acúdase a Pegoraro, “Clasificaciones y modelos...”, Op. Cit., p. 157.

mamente relacionado con el que se acaba de señalar sería el de la “naturaleza de los actos controlados”, ya que permite advertir si todo está sometido a la jurisdicción, o si existen ciertas cuestiones, como las cuestiones políticas, ajenas a él.⁴⁷ Uno adicional podría determinar el “tipo” de manifestaciones sujetas a escrutinio, actos de los poderes públicos o de los particulares, u omisiones normativas o administrativas.⁴⁸ En el ámbito exclusivo del control de la ley aparece un nuevo criterio que tiene que ver con el “momento” en que se realiza el control, ya que si se lleva a cabo cuando la ley está en vigencia se dará paso a un control posterior, represivo o reparador, mientras que si se produce en la fase final de su procedimiento de creación, será un control previo o de naturaleza preventiva.⁴⁹

c) Los sujetos legitimados para instar el control

Cuando el criterio determinante reside en el “modo de activación” del control de constitucionalidad, lo normal es concluir que existen sistemas en donde el control se ejercita a instancia de parte, y otros en donde se realiza de oficio. La generalidad de sistemas opta por el primero. Si el criterio, en cambio, se centra en el perfil del “sujeto” que puede instar el control, las modalidades varían, pudiendo encontrarse una iniciativa individual, una de grupo, una de órganos judiciales, una más de órganos políticos (legislativos y de naturaleza ejecutiva) o una que corresponda a los órganos constitucionales autónomos.⁵⁰

⁴⁷ AL respecto, Fix-Zamudio, Héctor “La justicia constitucional en América Latina”, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 124 y ss.

⁴⁸ Vid. Miranda, Jorge, “La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico portugués”, *Derechos fundamentales y derecho electoral*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. 16.

⁴⁹ Cfr. Fernández Segado, *La giustizia costituzionale...*, Op. Cit., p. 107-108. Igualmente, Celotto, “La justicia constitucional...”, Op. Cit., p. 11.

⁵⁰ Al respecto, Mezzetti, Luca, “Modelli di giustizia costituzionale e controllo di costituzionalità in America Latina”, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Giuseppe

La legitimación procesal suele estar vinculada con la tipología de los propios contenciosos constitucionales, de ahí que una de las categorizaciones posibles distinga entre una legitimación objetiva y una legitimación subjetiva.

Dentro de los procesos objetivos de tutela constitucional es frecuente que se confiera legitimación a un conjunto de autoridades públicas que tienen la obligación de velar por el interés general. Esta legitimación se ensancha o se limita de conformidad con la óptica de la división de poderes que se maneje. Existen sistemas que se concentran en reconocer a los poderes tradicionales del Estado, mientras que otros se abren a sujetos que se encuentran al margen de ellos. Incluso, hay algunos que amplían notablemente la legitimación al conferir al ciudadano la posibilidad de acudir a impugnar una norma o la ausencia de la misma.

En los procesos de tutela subjetiva lo normal es que la legitimación se reconozca a todo aquel sujeto que se sienta vulnerado en sus derechos fundamentales. Sin embargo, existen sistemas que admiten la legitimación de personas o grupos de personas aunque no exista una afectación personal y directa de sus derechos. Además, la legitimación puede recaer en determinados casos en aquellas instituciones estatales que constitucionalmente tienen el deber de salvaguardar los derechos y libertades.⁵¹

d) Los efectos de las resoluciones

Cuando se utiliza el “ámbito espacial” como criterio determinante de los efectos de las sentencias constitucionales y se le vincula con la naturaleza de los contenciosos constitucionales se

Franco Ferrari e Antonio Gambaro (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 536.

⁵¹ En general, acúdase a Pegoraro, *Giustizia costituzionale...*, Op. Cit, p. 125 y ss. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional...*, Op. Cit., p. 101 y ss.

advierte que los sistemas pueden exteriorizar fórmulas para reconocerles efectos particulares (*inter partes*) o generales (*erga omnes*). En cambio, cuando el criterio recae en un “ámbito temporal” es posible identificar aquellos sistemas cuyas resoluciones extienden sus efectos hacia el pasado (*ex tunc*) o hacia el futuro (*ex nunc*).⁵²

En esta órbita existen algunos elementos adicionales a tomar en cuenta. Por ejemplo, cuando el criterio definidor tiene que ver con el “ámbito de vinculación” de las sentencias, la perspectiva cambia, pues en este contexto el contenido de las resoluciones pueden vincular a los jueces, o más ampliamente, a las instituciones del Estado, y todavía más, al conjunto de ciudadanos.⁵³ Cuando el criterio se asienta en el “tipo” de resolución emitida, nos encontramos ante resoluciones procesales y sustanciales que dan paso a pronunciamientos de inadmisibilidad o improcedencia, o resoluciones estimatorias y desestimatorias.⁵⁴ Si se añade como criterio adicional el “efecto caducatorio” que sobre la norma produce la resolución, pueden encontrarse sistemas que incorporan una variada tipología de sentencias para hacer frente a la rígida alternativa inconstitucionalidad-nulidad (sentencias interpretativas, monitorias, condicionales, manipulativas, aditivas, etc). Cuando, en cambio, el criterio se centra en la “determinación del momento puntual” en que una resolución produce sus efectos, es posible encontrar sistemas que modulan el impacto de sus resoluciones mediante decisiones intermedias (decisiones de inconstitucionalidad constatada pero no declarada, de inconstitucionalidad diferida y de inconstitucionalidad sobrevenida).⁵⁵

Con lo dicho hasta ahora, es palpable que la noción “fenotipo” de justicia constitucional, en su acepción de modo de exteriorización

⁵² Fernández Segado, *La giustizia costituzionale...*, Op. Cit., p. 110-111.

⁵³ Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional...*, Op. Cit., p. 117-118.

⁵⁴ Ruggeri, Spadaro, *Lineamenti...*, Op. Cit., p. 127.

⁵⁵ Al respecto, Ruggeri, Spadaro, *Lineamenti...*, Op. Cit., p. 129 y ss.

de aquellos genes que contienen la información esencial en torno a la garantía constitucional, conduce a constatar la existencia de manifestaciones fenotípicas semejantes producto de la cada vez más amplia circulación de las bases esenciales de los fenotipos históricos.⁵⁶

Sin embargo, estamos convencidos de que lo realmente relevante para el comparatista es advertir aquellas experiencias en donde la información genética de la justicia constitucional se ha manifestado a través de elementos innovadores o peculiares, porque esos pequeños descubrimientos representan la constatación más puntual de que a partir de un idéntico núcleo genético se pueden desprender diferentes modalidades de concreta exteriorización. En consecuencia, aquellos elementos novedosos que nacen con un determinado sistema, aquellos que son exclusivos de un entorno, o que surgen para dar respuesta a necesidad muy particulares que no se encuentran en otros contextos son los que en realidad confieren identidad u originalidad a un nuevo fenotipo. Su aparición da lugar, por ende, a que pueda concebirse un conjunto más o menos amplio de fenotipos de justicia constitucional, que en función de su capacidad para influenciar otras experiencias (algo que corresponde indagar al comparatista) pueden elevarse a la categoría de auténticos paradigmas de organización de la tutela constitucional.

Lo anterior implica, incluso, el replanteamiento de la óptica metodológica del comparatista, preocupado hasta ahora primordialmente en los elementos comunes que permiten los ejercicios de agrupación y clasificación. El análisis detenido de los elementos que

⁵⁶ No se comparte, en consecuencia, la opinión extrema de que en realidad los sistemas varían a tal grado que cada Estado tiene su propio modelo de justicia constitucional. En este sentido, por ejemplo, Rubio Llorente, Francisco, "Tendencias actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa", V.V.A.A., *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, p. 1416 y ss. También, Celotto, Alfonso, *La Corte costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 19.

diferencian y particularizan a los sistemas de justicia constitucional es, a nuestro juicio, el dato que permite enriquecer las tipologías logradas hasta ahora y no al revés. Si esto no fuera así, la doctrina no hubiese podido salir de la “dicotomía” del control difuso y concentrado que, como se ha venido destacando últimamente, constituye una dicotomía notoriamente envejecida.⁵⁷

IV.- FENOTIPOS AUTÓCTONOS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE AMÉRICA LATINA

Sería muy difícil realizar a un acucioso análisis de los sistemas de justicia constitucional en América Latina. Nos interesa solamente señalar algunas particularidades que desde la óptica que hemos venido sosteniendo, podrían dar paso a manifestaciones autóctonas y, consecuentemente, a fenotipos de tutela constitucional exteriorizados en este ámbito geográfico. En un análisis que no pretende la exhaustividad, nos interesa apuntar que encontramos manifestaciones de este tipo: 1) En el modelo de justicia constitucional que se ha desarrollado con fortuna en algunos países de la región; 2) En la creación de salas constitucionales para impartir justicia constitucional; 3) En la forma de elección de los jueces constitucionales; 4) En el tipo de legitimación procesal generada; 5) En la racionalización del instrumento de tutela de los derechos.

1) Los sistemas de justicia constitucional de América Latina se construyeron históricamente a partir de la influencia directa de los fenotipos históricos (Norteamericano y Europeo), y sólo en experiencias recientes, la definición de algunos de estos sistemas ha tenido en cuenta un tercer fenotipo paradigmático;⁵⁸ y es justamente

⁵⁷ Fernández Segado, *La giustizia costituzionale...*, Op. Cit., p. 104 y ss.

⁵⁸ Las experiencias constitucionales más recientes en la región se han visto influenciadas por el modelo español de justicia constitucional. En este sentido, Haro, Ricardo, “La influencia de la Constitución española en el constitucionalismo latinoamericano”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de*

en la combinación de los fenotipos históricos donde se encuentran elementos de originalidad que han enriquecido a la justicia constitucional.

Uno de los elementos que caracterizan a los fenotipos de este ámbito geográfico es su composición “híbrida”, a partir de la asociación de importantes elementos del sistema difuso que poco a poco trataron de ser armonizados con elementos típicos del sistema concentrado. En efecto, como ha sostenido Héctor Fíx-Zamudio, la fuerte influencia que en este ámbito, como en muchos otros, introdujo el constitucionalismo estadounidense produjo la incorporación, durante el siglo XIX, del control difuso de constitucionalidad en numerosas constituciones latinoamericanas.⁵⁹ El esquema, sin embargo, tomó nuevos matices rápidamente, ante la exigencia institucional de compatibilizar un control ejercido por todos los jueces con los primeros intentos de implantar un control ejercido por un tipo específico de jueces.

Uno de los primeros antecedentes de esta mixtura, aunque de características opuestas, se encuentra en Venezuela en el siglo XIX, donde a la existencia de un embrionario control concentrado de constitucionalidad de las leyes se adhirió con posterioridad el control difuso.⁶⁰ Al margen de lo anterior, una adecuada búsqueda de los precedentes de esta forma de manifestación de la justicia constitucional debería comenzar desde el momento en que, bajo la influencia del fenotipo del Tribunal de garantías constitucionales de la Constitución española de 1931, se incorpora plenamente en nuestro continente el control concentrado de constitucionalidad mediante un

1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Madrid, Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 74-75.

⁵⁹ Al respecto, Fíx-Zamudio, “La justicia constitucional en América Latina”, Op. cit., p. 68 y ss.

⁶⁰ Ayala Corao, Carlos, M., “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, Coordinadores, Madrid, Dykinson, 1997, p. 935.

Tribunal constitucional, hecho que no sucede sino hasta la expedición de la Constitución de Cuba de 1940 y la del Ecuador de 1945.⁶¹

La consolidación de este cambio de orientación, ante lo efímero de estas dos experiencias, se produjo con la instauración de un verdadero Tribunal constitucional en la Constitución guatemalteca de 1965. Es en esa experiencia donde se observa por primera vez la plena armonización del control difuso de constitucionalidad con la existencia de un control en vía principal cuya declaratoria de inconstitucionalidad asumía efectos generales.⁶² Se produjo de este modo la reunión en un mismo sistema, de los dos fenotipos históricos, que al convivir generaron un esquema de organización nueva y diferente, que fue preciso racionalizar en aras de su propia funcionalidad y que en los hechos se asumió como algo distinto a lo previamente existente.

La confluencia de los dos fenotipos históricos para dar vida a un tercero puede considerarse, en este sentido, una aportación del constitucionalismo latinoamericano a la sistemática de los modelos de justicia constitucional, en la medida en que se presenta como resultado de un conjunto de consideraciones de índole temporal, geográfico, cultural, que si bien no fueron idénticas, tuvieron la capacidad de desembocar en una forma de organización paradigmática a la que hoy se reconoce como una formulación verdaderamente original.⁶³

⁶¹ Al respecto, Palomino Manchego, José F., “Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)”, *Derecho procesal constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, México, 5ª. edición, Porrúa, 2006, p. 409 y ss.

⁶² García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, México, IJ-UNAM, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986, p. 55 y ss. Fernández Segado, Francisco, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes de la justicia constitucional en América Latina*, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, No. 17, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2005, p. 102.

⁶³ En este sentido, García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Lecturas constitucionales andinas*, No. 1, Lima,

A pesar de que por sus características, sus vínculos históricos y su circulación, es posible identificarlo como un “fenotipo autóctono” o como el auténtico “fenotipo latinoamericano” de justicia constitucional, lejos está de poder considerarse una categoría homogénea porque en su interior conviven muchos elementos diferenciales que conviene al menos apuntar.⁶⁴

Uno de estos elementos de diferenciación recae en la forma de “racionalización” del control. Existen, por ejemplo, sistemas como el peruano, en donde la convergencia de los dos esquemas de control no supone en ningún sentido la articulación de los mismos, ya que cada uno funciona bajo su lógica sin que en realidad lleguen a “mezclarse, deformarse o desnaturalizarse”; de ahí que el mismo haya sido adjetivado por García Belaúnde como “sistema dual o paralelo”.⁶⁵ En cambio, existe otra fórmula como la de México, en donde la articulación se produce inexorablemente porque a la eventual desaplicación de una norma hecha por un juez federal deviene una eventual revisión a cargo del órgano al que compete el control concentrado de la constitucionalidad (hablamos, por ejemplo, del denominado amparo contra leyes que se sustancia ante cualquier juez de distrito, y cuya revisión corresponde directamente a la Suprema Corte de Justicia).⁶⁶

Comisión andina de juristas, 1991, p. 196; el autor habla de la existencia de un modelo *dual* y de un modelo *paralelo*.

⁶⁴ En el mismo sentido, Pegoraro, *Giustizia costituzionale...*, Op. cit., p. 58. El autor señala, por ejemplo, que en el ámbito europeo sistemas de este tipo se encuentran en Portugal, Grecia, Rusia, Estonia, etc.

⁶⁵ Así, García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La justicia constitucional a finales del siglo XX, Revista del Instituto de ciencias políticas y derecho constitucional*, Año VII, No. 6, Huencayo, Palestra editores, 1998, p. 144 y ss.

⁶⁶ Astudillo, César, “Modelos de justicia constitucional en México”, en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Thomson Aranzadi, T. II, 2006, p. 4135 y ss.

El segundo elemento concierne a la configuración real del modelo. Al efecto es necesario recordar rápidamente que el sistema “mixto”, en puridad, se caracteriza por la implementación del control difuso y del control concentrado en un mismo ordenamiento, cada uno bajo sus presupuestos, fundamentos y su lógica particular. En consecuencia, es un fenotipo que en su forma original debería reconocer a todos los jueces, en el ejercicio de su jurisdicción, la posibilidad de desaplicar normas por considerarlas inconstitucionales, y adicionalmente, confiar el control concentrado a un Tribunal constitucional. No obstante lo anterior, las formulas adoptadas por los sistemas latinoamericanos son muy variadas. El esquema más puro es el que ha hecho convivir al control difuso en un entorno en el que existe un Tribunal o Corte constitucional (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador). Pero en otros ámbitos, ante la inexistencia de un verdadero Tribunal Constitucional, el control difuso ha venido a conjugarse con una instancia centralizada que regularmente es el órgano de vértice (Corte Suprema) de la organización judicial (México, Brasil, Argentina) y que ordinariamente conoce cuestiones de constitucionalidad y legalidad; hay, además, una tercera modalidad, pues existen sistemas que han promovido esta coexistencia en un entorno en el que el control concentrado se exterioriza a través de una sala especializada en contenciosos constitucionales integrada en la Corte Suprema (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela).⁶⁷

2) Es difícil negar que los sistemas que han creado salas constitucionales al interior de sus poderes judiciales han propuesto un esquema original de estructuración de la justicia constitucional

⁶⁷ Sobre las modalidades existentes, permítase reenviar a Brewer-Carias, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, Coordinadores, Madrid, Dykinson, 1997, p. 136 y ss

que, por ello mismo, da pie a un fenotipo autóctono que es preciso apuntar y reconocer.

En dichos sistemas, ante la posibilidad de establecer cortes o tribunales constitucionales autónomos e independientes del Poder Judicial, órganos de la misma naturaleza dependientes de dicho Poder, o de encargar la defensa constitucional a la jurisdicción ordinaria, en específico, a los tribunales de mayor jerarquía dentro de ella, se ha optado por confiar la tutela jurídica de la Constitución a determinados órganos especializados y autónomos que se encuentran, igualmente, dentro del Poder Judicial.⁶⁸

La decisión es producto de una actitud pragmática y hasta cierto punto conservadora del modelo a adoptar. Luego de haber experimentado el control difuso, no todos los países de la región estuvieron dispuestos a dar un salto de ciento ochenta grados y probar con un modelo totalmente ajeno. Por ello, cuando se conocieron y comenzaron a difundir las premisas del modelo europeo, caracterizado principalmente por la existencia de un tribunal constitucional ubicado al margen del Poder Judicial, se optó por generar un modelo distinto que no siguiera al pie de la letra sus componentes principales, pero que recogiera algunos de sus postulados. No se introdujo un tribunal constitucional pero sí un intérprete especial y especializado al que no se le encontró mejor ubicación que la órbita del Poder Judicial. Se incorporaba así una de las exigencias del modelo europeo y se fortalecía a la vez una expectativa propia, encaminada a continuar la senda de consolidación de la estructura y sobre todo la influencia de la organización judicial.

⁶⁸ Respecto a las salas constitucionales en América Latina, acúdase a Astudillo, César, "Las salas constitucionales en México", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, p. 13 y ss. Igualmente, a Fix-Zamudio, Héctor, "Los tribunales y salas constitucionales en América Latina", *Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1997, p. 59 y ss.

Se generó de este modo un modelo institucional que rescata las premisas básicas de los fenotipos históricos bajo una decisión que puede considerarse “salomónica”, puesto que, por un lado, mantiene la exigencia de que el control se ejercite por tribunales que pertenezcan al Poder Judicial, y por el otro, reafirma la trascendencia de que dicho control se realice por un intérprete particularísimo que sea consecuente con la especificidad del objeto “Constitución”.⁶⁹

3) En relación a la forma de elección de los jueces constitucionales destaca, por ejemplo, la fórmula contemplada en la recientemente aprobada Constitución de Bolivia, en donde, como ya hemos señalado, se estipula que los jueces del “Tribunal Constitucional plurinacional” sean elegidos mediante sufragio universal.

Los estudios de derecho comparado demuestran que existen premisas constantes en relación a este tópico. Una de ellas establece que los jueces constitucionales no son funcionarios emanados de un proceso de elección sino de un método de designación; como consecuencia de lo anterior, es común que corresponda a los más significativos poderes públicos participar en la elección, designación y nombramiento de los jueces. Este es, de hecho el principal argumento para sostener que los jueces constitucionales carecen de una legitimidad democrática directa.

La aprobación en octubre de 2008 de la Constitución boliviana establece una manifestación fenotípica que no tiene parangón en el contexto de la justicia constitucional. Es verdad que existen algunas formulaciones que son dignas de destacar, como por ejem-

⁶⁹ El primer antecedente de una sala especializada se produjo en Cuba, pues el Tribunal de garantías constitucionales era en realidad una sala de la Corte Suprema, solo que por su conformación orgánica y sus atribuciones se suele considerar como un Tribunal constitucional. Al respecto, Fernández Segado, Francisco, “El control de constitucionalidad en Cuba (Introducción a la Ley núm. 7, de 1949, de creación del Tribunal de garantías constitucionales y sociales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 5, 2001, p. 669 y ss.

plo, el hecho de que en Guatemala tienen facultad de nominar a un juez constitucional tanto el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, como la Asamblea del Colegio de Abogados (artículo 269 de la Constitución); o la circunstancia de que, en Venezuela, se establezca la participación del “Poder ciudadano” en la etapa de preselección de los candidatos que habrán de presentarse ante la Asamblea Nacional (artículo 264 de la Constitución). No obstante, ninguna de ellas establece que los jueces, al igual que el resto de representantes populares, deban someterse al voto de la ciudadanía.

El artículo 197 de la Constitución boliviana señala que los magistrados y magistradas deben elegirse mediante criterios de plurinacionalidad, garantizando la representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. La elección se lleva a cabo mediante sufragio universal, a partir de un proceso de preselección que está en manos de la Asamblea Legislativa Plurinacional, quien remite la lista de los aspirantes al órgano electoral para que proceda a organizar la elección. Corresponde a este órgano difundir los méritos de cada uno de los candidatos, a quienes se les impide realizar campaña a favor de su candidatura, so pena de ser inhabilitados (artículos 182 y 198).

4) En el ámbito de los sujetos habilitados para requerir el control de constitucionalidad, destaca el sistema colombiano, erigido como un fenotipo particular en función de la denominada “acción popular de inconstitucionalidad”. Incorporada de manera temprana y algo incipiente en la Constitución colombiana de 1811, y desarrollada completamente en una Ley de junio de 1850 fue la primera en conferir legitimación procesal al ciudadano para acudir a promover una acción directa contra un acto normativo (ordenanza) que atentase contra el texto constitucional o contra la ley. Esta forma particularísima de legitimación sobrevivió a distintos textos constituciona-

les hasta llegar, con la forma con la que la conocemos, a la actual Constitución de 1991.⁷⁰

Por sus características no tardó en situarse como una manifestación fenotípica digna de ser seguida, por lo cual no es extraño que haya sido adoptada por la Constitución venezolana de 1858, primera norma que, por otro lado, se encargó de constitucionalizar el control “objetivo” de la constitucionalidad bajo una legitimación “subjetiva”. Luego de un largo recorrido histórico, la Constitución de 1999 ha reafirmado la capacidad del ciudadano para recurrir actos legislativos (artículo 334).⁷¹ La presencia de esta tipo de acción fue tan significativa que el propio Kelsen la incorporó a su modelo teórico, señalando que representaba la mayor garantía del orden constitucional en virtud de que satisfacía de modo más pleno el interés en la eliminación de los actos irregulares.⁷²

A mediados del siglo pasado Panamá y el Salvador hicieron suya esta institución. Más recientemente está el caso de Perú, que ha incorporado similar tipo de legitimación a su Constitución de 1993, sólo que restringida a la impugnación de reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter administrativo. (Artículo 200). Para atacar las leyes, bajo la acción de inconstitucionalidad, la legitimación se reconoce a cinco mil ciudadanos o a los colegios profesionales en materia de su especialidad (Artículo 203).

En este País, al igual que en Ecuador, Guatemala, Bolivia y México se ha generado una modalidad adicional. Los *Ombudsmen*, en su calidad de defensores de los ciudadanos, cuentan con legitimación para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes que afec-

⁷⁰ Cfr. Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, Coordinadores, Madrid, Dykinson, 1997, p. 473 y ss.

⁷¹ Brewer-Carias, Allan R., *La justicia constitucional*, T. VI, *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, p. 131 y ss.

⁷² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. De Rolando Tamayo y Salmoran, México, UNAM-IJ, 2001, p. 87.

tan a los derechos fundamentales, hecho que además demuestra la influencia de los sistemas portugués y español en el contexto latinoamericano.⁷³

5) Ahora bien, en el contexto de los instrumentos de control, el juicio de amparo mexicano es posiblemente la mayor contribución mexicana al derecho constitucional universal. Si a Kelsen se le atribuye el mérito de haber “racionalizado” el sistema norteamericano de justicia constitucional hasta llegar a proponer un modelo alternativo de organización, debe reconocerse de igual forma el mérito de Manuel Crescencio Rejón y de Mariano Otero en la racionalización de los principios inspiradores de la *Judicial Review*.

A ambos autores corresponde el mérito de haber propuesto una particular técnica procesal para la protección que en Estados Unidos se hacía al margen de cualquier técnica, dando a luz al más paradigmático instrumento para la defensa de los derechos y las libertades.⁷⁴ El amparo se erigió desde entonces en un auténtico proceso constitucional que bajo una secuela procesal abreviada buscaba restituir en el menor tiempo posible el goce de los derechos y libertades que hubieren sido conculcados a cualquier persona.

Inicialmente estipulado en la Constitución yucateca de 1841, sería el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 la que elevaría al juicio de amparo a nivel nacional, cuestión que habría de quedar definitivamente plasmada en la Constitución de 1857 con el propósito de encomendar a los tribunales de la federación, en forma exclusiva, la tutela de los derechos constitucionales. De esta manera el Amparo pasó a ocupar un lugar destacado en la organización de la Constitución de 1917 (artículos 103 y 107) y como consecuencia de

⁷³ Astudillo, “Las comisiones de derechos humanos...”, Op. cit., p. 14 y ss.

⁷⁴ Soberanes Fernández, José Luis, “La Constitución yucateca de 1841 y su Juicio de Amparo”, AAVV, *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 654.

ello, el Poder Judicial de la Federación se vio inmerso en un notable redimensionamiento.⁷⁵

Ni que decir tiene que el amparo es a su vez la concretización de un conjunto de ideas, doctrinas, textos, así como de concretas instituciones y diseños normativos, por lo que es inexacto creer que tiene una influencia exclusivamente estadounidense o anglosajona. Por el contrario, es un hecho constatado que se ha nutrido de otras experiencias, entre las que destaca la influencia de la tradición hispánica (primordialmente del derecho aragonés y castellano a través de la institución del juicio mayor de Aragón y de los procesos de manifestación de personas y de firma de derecho)⁷⁶, y la tradición francesa.⁷⁷

Como idea e institución aportada por México al constitucionalismo mundial, es una figura que al día de hoy se reconoce en 18 países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela; dos lo hacen en vía jurisprudencial). En Europa existe en 15 países (Alemania, Austria, España, Suiza, Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Georgia, Hungría, Polonia, República Checa, Macedonia, Rusia y Servia y Montenegro). En África y Asia se ha incorporado a Cabo Verde, Corea del Sur y Macao.⁷⁸

⁷⁵ Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Thomson Aranzadi, T. I, 2006, p.1731.

⁷⁶ Ferrer Mc-Gregor, Eduardo, *La Acción Constitucional de Amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado*, prol. de Héctor Fix-Zamudio, 3ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 5 y ss.

⁷⁷ Fix-Zamudio, Héctor, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El derecho de amparo en México", *El derecho de amparo en el mundo*, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coords), México, UNAM-Porrúa- Konrad Adenauer Stifting, 2006, p. 461 y ss.

⁷⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Breves notas sobre el amparo iberoamericano. (Desde el derecho procesa constitucional comparado)", *El derecho de amparo en el mundo*, Op. cit., p. 12-13.

Como técnica procesal particular racionalizada en México a mediados del siglo XIX, el juicio de amparo es hoy un elemento autóctono que permite elevar a rango de fenotipo particular al sistema mexicano de justicia constitucional. Por lo tanto, un criterio clasificador válido hoy en día consiste en constatar si la institucionalización de la tutela constitucional contempla un recurso directo para la tutela de los derechos fundamentales, y si es así, un criterio adicional conduciría a separar aquellos que incorporan al Amparo como dicho instrumento, y aquellos que emplean una institución distinta.

V.- LAS INFLUENCIAS QUE HAN ENRIQUECIDO AL MODELO MEXICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El modelo mexicano de justicia constitucional se ha nutrido, como no podía ser de otra manera, de experiencias, ideas, textos y legislaciones de otras latitudes que se han incorporado conforme a las exigencias del momento, hasta el punto de transformar significativamente sus bases originales y cambiar de modo profundo sus rasgos característicos durante estos últimos 15 años. El fenotipo mexicano, al día de hoy, es una mezcla de lo más significativo del fenotipo americano y del europeo, aderezado con un importante elemento autóctono por la temprana incorporación del juicio de amparo, que como ya hemos advertido, es el elemento que históricamente lo ha particularizado y ha permitido erigirlo en un fenotipo paradigmático.

Hablar de un modelo mexicano implica contextualizar, ante todo, que en calidad de Estado de naturaleza federal existe un “constitucionalismo dual” en el que la Constitución mexicana convive con las constituciones de las entidades federativas, cuestión que por sí misma hace necesaria la existencia de una justicia constitucional proyectada en una doble dimensión. Bajo estas premisas, una justicia constitucional se erige con carácter nacional y se encar-

ga de la tutela de la Constitución mexicana, y otra se mantiene en el nivel subnacional, dirigida a la protección de la Constitución estatal dentro de su específico ámbito de validez.⁷⁹

Las dos dimensiones de la justicia constitucional mexicana se han visto condicionadas por la recepción de instituciones y figuras jurídicas que originalmente se han desarrollado en otras latitudes. Ha existido una influencia que podría llamarse “directa”, consistente en la “circulación de normas” a través de la fiel reproducción de instituciones y modelos de organización existentes en otros textos constitucionales, y cuya implantación fidedigna es de fácil comprobación mediante la lectura de los textos de referencia. Paralelamente, se ha generado una influencia “indirecta”, en donde más que normas, han circulado “ideas”, a través del flujo de conceptos y teorías que han permitido la recepción de lo más significativo del constitucionalismo de otras latitudes.⁸⁰ La distinción realizada tiene por objeto señalar que en ocasiones el contenido normativo de las constituciones de otros países ha condicionado el contenido de la Constitución mexicana, y además, que este mismo contenido se ha visto influenciado por el pensamiento construido para explicar o dar significación a determinadas normas e instituciones existentes en otros textos constitucionales.

Si asentimos que una cosa es la influencia del derecho constitucional y otra la del constitucionalismo, difícil será negar que el sistema mexicano de justicia constitucional tuvo un primer y determinante influjo en el derecho constitucional norteamericano. Si se

⁷⁹ Astudillo, César, “La justicia constitucional local en México: presupuestos, sistemas y problemas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 115, Enero-abril, 2006, p. 25 y ss.

⁸⁰ En este tenor, Cossío Díaz, José Ramón, “La influencia de la Constitución Española de 1978 en las Constituciones Locales Mexicanas” en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Madrid, Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 509 y ss.

observa, el artículo III de la Constitución de Estados Unidos referente a la organización judicial (basada en juzgados de distrito, tribunales de circuito y una Corte Suprema) y se compara con el original diseño de la Constitución de 1824 se constatarán fácilmente las semejanzas (artículos 123 a 136).⁸¹ Ese diseño es, de hecho, el causante que desde 1824 hayamos incorporado la figura de las controversias constitucionales (artículo 137 fracción I).

Sin embargo, a lo fiel de la recepción habrían de hacerse cambios de primera magnitud que a la postre terminarían por incorporar un elemento autóctono a nuestro sistema. El retorno al federalismo luego de un periodo de centralismo (1835-1846) trajo consigo la puesta en vigor, bajo un conjunto de reformas, de la Constitución de 1824. Entre dichas reformas destaca la que produjo la constitucionalización del juicio de amparo para ser substanciado ante los órganos del Poder Judicial Federal, con lo cual, además del mecanismo procesal, se estableció un desarrollo peculiar del sistema difuso en virtud que el amparo no podía ejercitarse frente a cualquier juez sino únicamente frente a determinados jueces federales.

Este es el esquema que por mucho tiempo funcionó en México. La difusión del control de constitucionalidad se reconocía a los jueces federales, no en cualquier procedimiento sino dentro de un procedimiento concreto, a través del cual podía solicitarse la tutela de los derechos y libertades e, igualmente, la declaración de inconstitucionalidad de normas generales expedidas por el legislador (las vertientes del Amparo Habeas corpus y del Amparo contra leyes).⁸²

⁸¹ Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge y Cossío, José Ramón, "La jurisdicción constitucional en México", García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, Coordinadores, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 750.

⁸² Grant fue uno de los primeros observadores que desde el exterior apuntó los ajustes que el sistema mexicano realizó al modelo estadounidense. Grant, *El control jurisdiccional...*, Op. cit., p. 62.

Los contornos del sistema estuvieron vigentes, con sus evidentes variaciones hasta 1994;⁸³ fecha en que se reformó el sistema de justicia constitucional con el objetivo de “consolidar a la Suprema Corte como Tribunal de constitucionalidad” -tal y como se sostuvo en la exposición de motivos-, lo cual supuso un importante ejercicio de reingeniería que, en función de las reformas que se deseaban institucionalizar, tuvo que voltear la vista hacía el viejo continente.⁸⁴

Los cambios fundamentales se concentraron en la integración y las atribuciones de la Corte. Se introdujo la acción de inconstitucionalidad, se redefinieron los contornos de las controversias constitucionales y las bases de la revisión de los juicios de amparo. En todo este ajuste, que hay que decirlo, fue un ajuste de proporciones mayores, no existen elementos para señalar que haya existido la influencia “directa” de algún texto constitucional específico. La reforma, como tal, no reprodujo ningún diseño en particular. Más bien retomó los notables avances del constitucionalismo europeo, ampliamente conocido y difundido en México, para diseñar un sistema acorde con nuestra realidad y con las posibilidades que la democratización del sistema permitieron en ese momento. Sin embargo, no puede dejar de señalarse el notable influjo que la doctrina kelseniana del Tribunal Constitucional, de gran abolengo en nuestro país,

⁸³ Un análisis de los cambios más relevantes del modelo en Astudillo Reyes, César I., “El sistema mexicano de justicia constitucional. Notas para su definición, a 10 años de la reforma constitucional de 1994”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 4, México, Porrúa, Enero-junio de 2006, p. 17 y ss. Igualmente Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo aniversario*, México, UNAM, 1992, p. 165 y ss.

⁸⁴ Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994. Al respecto, Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Nueva serie, año XXVIII, No. 83, 1995, p. 808 y ss.

tuvo en quienes proyectaron la reforma constitucional;⁸⁵ acaso por ello, es fácilmente distinguible que los sistemas constitucionales de referencia, por su alto grado de consolidación, fueron el alemán, el italiano y el español.⁸⁶

Desde 1994 el sistema de justicia constitucional ha sido reformado en cuatro momentos básicos. En 1996, con el objeto de incorporar al Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, quien es el encargado, entre otras cosas, de dispensar la tutela de los derechos fundamentales de carácter político (no tutelados por el juicio de amparo); en 1999, para redefinir la procedencia de la revisión de la Corte sobre el amparo casación, o amparo contra resoluciones judiciales, y para fortalecer su potestad reglamentaria;⁸⁷ en 2006, con la intención de ampliar la legitimación procesal en la acción de inconstitucionalidad y permitir al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos acudir en esa vía a la Corte;⁸⁸ finalmente, en 2007, para ratificar que el Tribunal Electoral, a través de las seis salas que lo conforman, está facultado para ejercitar el control concreto de la constitucionalidad de leyes de naturaleza electoral.⁸⁹

⁸⁵ Las ideas de Kelsen se pueden consultar en su clásico, *La garantía jurisdiccional...*, Op. cit..

⁸⁶ Algunos de los influjos del constitucionalismo europeo en la acción de inconstitucionalidad pueden advertirse en Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. 69 y ss.

⁸⁷ Sobre estas reformas, Astudillo, "Modelos de justicia...", Op. cit., p. 4135 y ss.

⁸⁸ Esta reforma, no puede negar la influencia del sistema portugués, pero de forma más intensa del constitucionalismo español, cuya potestad para iniciar el recurso o proceso de inconstitucionalidad influyó decididamente en varios sistemas latinoamericanos (artículo 162.1 inciso a) de la Constitución española); por ejemplo, en la Constitución de Guatemala (artículo 275 inciso f), en la Constitución colombiana (artículo 282 incisos 3 y 5), en la Constitución boliviana (el artículo 120 fracción 1ª.), en la Constitución ecuatoriana (artículo 277 fracción 5), y en la Constitución venezolana (artículo 281 fracción 3). Vid. Astudillo, "Las comisiones de derechos...", Op. cit., p. 8 y ss.

⁸⁹ Al respecto, Astudillo, César, *La inconstitucionalidad del artículo 94 de los estatutos del Partido Acción Nacional, Serie Comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral*, No. 8, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 122 y ss., esp. p. 137-139.

Importante es hacer referencia al nivel subconstitucional, ya que dentro de las entidades federativas de la República Mexicana se ha venido desarrollando con particular intensidad la tendencia a incorporar mecanismos de tutela para la garantía de las constituciones estatales.⁹⁰ De manera similar a lo que sucede en estados de naturaleza federal (en donde Alemania tiene un papel preponderante), alrededor de un tercio de las 31 entidades federadas han procedido a adoptar garantes de la constitucionalidad estatal, que en algunos casos han sido bautizados directamente como “tribunales constitucionales” o “de control constitucional”.

En este contexto, del estudio de los documentos que justificaron reformas de esta naturaleza no es posible advertir la influencia directa de alguna Constitución en particular sobre los contenidos de alguna o algunas constituciones estatales. La construcción lingüística es diferente en cada caso y no permite inferir una circulación de textos específicos. Lo que sí es constatable es la profunda influencia que la doctrina constitucional, principalmente italiana y española, pero también alemana, portuguesa y brasileña, ha tenido en la incorporación de determinadas instituciones.

Me interesa destacar únicamente que en estos sistemas subnacionales existen dos instituciones características del derecho constitucional de los países apenas mencionados: la “cuestión de inconstitucionalidad” y la “acción por omisión legislativa”. Lo significativo es que ambas se presentan en forma de procesos o procedimientos concretos y específicos que se interponen ante los órganos de tutela constitucional de la respectiva entidad, llámense tribunales superiores de justicia, salas constitucionales o incluso tribunales constitucionales, y que en el caso particular del sistema de justicia

⁹⁰ Al respecto, Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México. Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

constitucional que opera a nivel nacional, no se encuentran contemplados instrumentos de esta naturaleza.⁹¹

No puede dudarse que estas instituciones se han visto condicionadas y enriquecidas por la doctrina constitucional europea. Todos sabemos, por ejemplo, que la cuestión de inconstitucionalidad surge en Austria con la reforma constitucional de 1929 y que su relevancia propicia su irradiación hacia Italia, Alemania, y más tarde, España.⁹² El desarrollo italiano, en este contexto, ha sido especialmente significativo porque al no existir un recurso directo, los derechos fundamentales se protegen, en particular, a través de este instituto. La circulación de la doctrina italiana, y de manera más próxima de la española (sobre todo por cuestiones de lenguaje), ha sido fundamental para la incorporación de este instituto a las entidades federativas de México.⁹³ No obstante, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, no ha sido una influencia de textos sino de doctrinas, lo que ha motivado que en algunos casos su función y regulación no hayan sido exploradas a cabalidad, conduciendo al legislador a dejar de lado, o incluso a confundir, algunos de sus rasgos característicos. En las 3 entidades en donde existe la cuestión (Veracruz, Coahuila y Chiapas) no se pone la debida atención, por ejemplo, a requisitos elementales como la elevación de la cuestión por “órgano judicial”, a su surgimiento dentro de “cualquier proceso”,

⁹¹ Una aproximación a las entidades federativas que contemplan este tipo de instituciones se encuentra en Astudillo, “La justicia constitucional local...”, Op. cit., p. 25 y ss. Id. “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, en *Derecho Constitucional Estatal, Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, Gámiz Parral Máximo, Astudillo César, De los Santos Olivo Isidro, Armienta Hernández Gonzalo (Coordinadores), México, UNAM-IIJ, 2009, p. 203 y ss.

⁹² Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 266 y ss. Igualmente, Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, prologado por Manuel Aragón Reyes, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 1998.

⁹³ Astudillo, *Ensayos de justicia constitucional...*, Op. cit., p. 88 y ss.

o a presupuestos tales como la “relevancia” o la “notoria falta de fundamento”, típicos del sistema italiano y español.⁹⁴

La recepción de la cuestión, sin embargo, no ha dado los resultados que se esperaban de ella, por el poco tiempo que ha transcurrido desde su establecimiento, pero sobre todo porque el “ámbito receptor” tal vez no era el más propicio para este tipo de institución; recordemos que el desarrollo jurídico en el País se encuentra asentado en una fuerte cultura positivista en donde la ley sigue jugando un papel de primerísimo orden, propiciando que el juez se sienta únicamente vinculado a ella, sin que haya podido penetrar la idea de su inexorable doble vinculación a la Constitución y a la ley.⁹⁵

En lo que respecta a la omisión legislativa, el constitucionalismo mexicano se ha nutrido de la influencia, sobre todo jurisprudencial, de los tribunales constitucionales de Alemania, Italia, Austria y España, en donde progresivamente se han tomado soluciones comunes respecto a la inconstitucionalidad por omisión, a través del empleo de las sentencias conocidas como “aditivas”, “creativas” o apelativas”.⁹⁶ Importante es destacar que en esta línea de desarrollo se acaba de inscribir la Suprema Corte de Justicia mexicana, ya que en 2005 sentó jurisprudencia sobre la tipología de las omisiones del legislador (estableciendo una distinción primaria entre “omisiones absolutas y omisiones relativas”).⁹⁷

⁹⁴ Bagni, Silvia, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro del “modelli” dottrinali*, 2°. Ed., Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, No. 15, Bologna, CLUEB, 2007.

⁹⁵ Una aproximación a esta problemática, Astudillo, César, “El desempeño de la justicia constitucional en las entidades federativas”, en *la Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, Memorias de la cuarta mesa redonda*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 72 y ss.

⁹⁶ Entre otros, Miranda, Jorge, *Derechos fundamentales y derecho electoral*, México, trad. Joaquín González Casanova, México, UNAM-IJ, 2005, p. 20.

⁹⁷ Al respecto, Astudillo, César, “La inconstitucionalidad por omisión en México”, Carbonell, Miguel (Comp.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la in-*

Al margen de este desarrollo pretoriano, la omisión legislativa en las entidades mexicanas ha tomado la forma de un autónomo instrumento procesal dirigido a constatar directamente la inactividad legislativa. En este contexto, debe recordarse que la primera Constitución que estableció expresamente un mecanismo de esta naturaleza fue la Yugoslava de 1974 (artículo 377), seguida por la portuguesa de 1976 (artículo 279, después 283), cuyo ámbito de influencia fue suficiente para lograr traspasar el océano e implantarse en la Constitución brasileña de 1988 (artículo 103).

Las entidades federativas tienen en estas experiencias a sus principales influjos; principalmente de los países que nos son geográficamente más cercanos. Por ende, se puede destacar que el constitucionalismo brasileño, cuya Constitución acaba de cumplir 20 años, ha tenido una influencia “indirecta” en el constitucionalismo estatal de México, porque a través de las explicaciones doctrinales que ha proveído a los contenidos de la Constitución de 1988, ha posibilitado que similares soluciones se hayan llevado a 5 estados de la República mexicana (Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas y Quintana Roo).⁹⁸

La acción por omisión legislativa incorporada en Portugal tiene como finalidad práctica “certificar” la existencia de una omisión y comunicarla al órgano legislativo que corresponda.⁹⁹ Sin embargo, el diseño de la institución en las entidades mexicanas, con Veracruz a la cabeza, tiene cierta proximidad con el “mandado de *injunção*” brasileño, porque en caso de que se constate la omisión, el órgano jurisdiccional mexicano está facultado para conferir al legislativo un plazo para que proceda a subsanar la omisión, y si no lo hace, y esto es lo significativo, el propio Tribunal puede expedir una es-

constitucionalidad por omisión, 2a ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 297 y ss

⁹⁸ Astudillo, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, Op. cit.

⁹⁹ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Il diritto costituzionale portoghese*, Romano Orrù (a cura di), Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, p. 196.

pecie de “legislación provisional”, en forma de medidas legislativas necesarias para cubrir el vacío normativo mientras el cuerpo representativo hace lo propio. Si bien el “mandado” no busca obtener la normativa faltante, su finalidad típica privilegia el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales en aquellos casos en que la falta de intermediación legislativa o reglamentaria se erija con una barrera para ello.¹⁰⁰ Esto es lo que en última instancia justifica que en los estados mexicanos se incorpore una potestad cuasi-legislativa que se ejercita de modo excepcional, ante el supuesto de que el legislador obligado a legislar por una sentencia firme, mantenga una actitud omisiva que haga imposible el ejercicio de los derechos tutelados por el ordenamiento constitucional de la entidad.

¹⁰⁰ Sobre el instrumento brasileño, Pinto Ferreira, Luiz, “Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil”, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, Coordinadores, Madrid, Dykinson, 1997, p. 421. También, Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, p. 288 y ss.

LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE, UNA REALIDAD ANTIGUA, UN CONCEPTO NUEVO**

Dr. Fernando Rey Martínez*

I. Introducción: un concepto emergente, sencillo de intuir, pero de contornos imprecisos. II. Génesis y evolución de la idea de discriminación múltiple. Un concepto de corta historia y largo pasado. III. Precisiones terminológicas y conceptuales. Claves y clases de la discriminación múltiple. Revisión crítica de la clasificación en discriminaciones múltiples, compuestas e interseccionales. IV. Sentido y alcance del concepto de discriminación múltiple como principio de política social y como criterio de interpretación jurídica. V. En particular, la discriminación múltiple como criterio o perspectiva de interpretación jurídica. Aplicación al caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2.007, de 16 de abril, sobre denegación de pensión de viudedad a mujer casada conforme a la costumbre gitana.

227

I. INTRODUCCIÓN: UN CONCEPTO EMERGENTE, SENCILLO DE INTUIR, PERO DE CONTORNOS IMPRECISOS.

Las instituciones de la Unión Europea se han puesto serias en la lucha contra la discriminación. Una Comunicación reciente de la

* Este trabajo fue presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre 2009), e incluido en su memoria págs. 415-453. Tomo I. Editorial IDEMSA. Lima, Perú, 2009. ISBN: 978-612-4037-06-1 y fue enviado por el autor a este Instituto el día 10 de noviembre de 2009.

** Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Valladolid (España); rey@der.uva.es

Comisión¹ revela que, aunque se han verificado avances, muchos europeos sienten todavía que la discriminación sigue extendida: en el año 2.007 un 15% de ellos la han experimentado personalmente y un 29% afirma que han sido testigos de ella. La discriminación, se asegura, “destruye la vida de los individuos, perjudica también a la economía y a la sociedad en su conjunto, y, además, mina el apoyo y la confianza en los valores fundamentales europeos de la igualdad y el Estado de Derecho²”.

El Derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea ha sido objeto de un espectacular desarrollo en los últimos años, entre otros factores, por la introducción del art. 13.1 en el Tratado de la Comunidad Europea en 1.999³, la adopción de las dos Directivas del año 2.000 contra la discriminación racial o étnica⁴ y la igualdad en el empleo⁵, la evolución de las políticas y disposiciones a favor de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres⁶ (que

¹ Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 2 de julio de 2.008.

² Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2.005. Es interesante este argumento porque resalta la dimensión objetiva de la igualdad, como valor que interesa a toda la sociedad y no sólo (aunque, por supuesto, lo sea más directamente) a las víctimas de la discriminación. Por mi parte, hubiera añadido que la discriminación no sólo mina el Estado de Derecho, sino también el principio democrático, en la medida en que confina a ciertas personas y grupos a la categoría de no- participantes, devaluando su ciudadanía.

³ “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁴ Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico.

⁵ Directiva 2000/78/EC de 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación.

⁶ La disposición más importante es la Directiva 76/207/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al empleo, a la formación y la promoción profesionales, así como a las condiciones

ha operado como “locomotora de la igualdad⁷” en otros campos), la adopción del Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social, “Progress” (2.007-2.013⁸), la declaración de 2.007 como “año europeo de la igualdad de oportunidades para todos⁹”, o, de modo más reciente todavía, la propuesta de Directiva del Consejo sobre aplicación de la igualdad de trato con independencia de la religión o las creencias, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, de 2 de julio de 2.008. Cuando dicha Directiva logre aprobarse, se consolidará un Derecho europeo anti-discriminatorio “de seis rasgos” (semejante al de los sistemas anglosajones), género, raza o etnia, religión y creencias, discapacidad, edad y orientación sexual, cuyos ámbitos de aplicación principales serán el empleo, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, el acceso a bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda, y la educación.

La impetuosa emergencia y evolución del Derecho europeo de lucha contra la discriminación ha venido marcando tendencia respecto de los ordenamientos estatales, procurando transformaciones significativas de éstos. Europa está sirviendo como modelo y factor de impulso, como “catalizador¹⁰”, llegando su influencia a establecer la propia gramática fundamental del Derecho de la igualdad, esto

de trabajo, que ha sido modificada el 23 de septiembre de 2.002 y por la Directiva 2.006/54, que viene a “codificar” la normativa sobre la materia.

⁷ La Estrategia marco, antes citada (ver nota 2), constata que la Unión Europea “posee una larga experiencia en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo y en la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres” y ahora “debe examinar de qué manera puede trasladar a otros tipos de discriminación la experiencia adquirida en la lucha contra la discriminación por razón de sexo”.

⁸ Decisión nº 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2.006. Uno de los objetivos principales de este Programa es la lucha contra la discriminación en el ámbito del empleo, la protección e integración social y las condiciones de trabajo.

⁹ Decisión nº 771/2.006, del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁰ Así lo califica el Preámbulo del Libro Verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, presentado por la Comisión el 28 de mayo de 2.004.

es, el marco normativo y conceptual del Derecho anti-discriminatorio de los Estados miembros¹¹. Así ha sucedido, por ejemplo, con las definiciones centrales de la igualdad de trato y de oportunidades, de las discriminaciones directas e indirectas, del acoso, etc., con las principales técnicas de garantía: la inversión de la carga de la prueba, la creación de los organismos de igualdad de trato, etc. Y así está sucediendo en la actualidad con un concepto tan fácil de entender intuitivamente, un concepto sencillo *ictu oculi*, como borroso y de contornos de difícil precisión, cual es el de las discriminaciones *múltiples*. La Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2.005, ya aludía, en su Introducción, al hecho de que “en algunos ámbitos puede ser pertinente la aplicación de un enfoque integrado para combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres que tenga en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos”.

El uso entusiasta que este término está alcanzando en el lenguaje político no se compadece, sin embargo, con la escasa claridad que, al menos por el momento, acompaña a su sentido y alcance desde el punto de vista estrictamente jurídico. Este breve trabajo se enmarca precisamente en este contexto: se trata de intentar explorar los perfiles jurídicos de una categoría-niebla que, hasta ahora, salvo en algunos ordenamientos anglosajones, parecía pertenecer sobre todo al campo de la sociología, con perfiles más teóricos que prácticos, además. No es ajeno a ello, como tendremos ocasión de comprobar, el carácter problemático que acompaña al concepto.

Evidentemente, no es nueva la idea de que algunas víctimas de discriminación lo son por varios rasgos asociados a estereotipos negativos hondamente arraigados en la sociedad, lo que, por un

¹¹ Por supuesto, más en unos casos (la Europa del Este y la del Sur) que en otros (las áreas anglosajona y nórdica). En conjunto, el Derecho antidiscriminatorio europeo se inspira en el troquel británico y norteamericano.

lado, amplifica la gravedad de la herida de su dignidad y, por otro, transforma de alguna manera el tipo de lesión. Se había detectado de modo particular en el campo de la discriminación por género, significativamente, el más desarrollado en Europa y en España¹². Pero la constatación apenas había ido más allá y no se habían extraído de ella consecuencias líquidas y ciertas. Tanto en el Derecho internacional, como en el de los Estados, la prohibición de discriminación se aborda invariablemente a partir del análisis de un solo factor de discriminación (raza, género, discapacidad, etc.) y rara vez combinando varios. Se suelen tratar como rectas paralelas que siempre guardan la misma distancia y nunca se cortan.

Este enfoque está cambiando. El concepto de discriminación múltiple ha sido reconocido expresamente en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en Durban (Sudáfrica) en 2.001. La Declaración de Durban alude explícitamente en varias ocasiones a las discriminaciones múltiples; se trata de un auténtico bautismo jurídico del concepto en la arena del Derecho Internacional¹³.

¹² Ya la declaración de Beijing (1.995) en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres, en su párrafo 32, se refería a las "múltiples barreras" que impiden a algunos grupos de mujeres avanzar en la igualdad real: "Nosotros, los Gobiernos participantes, estamos determinados a... Intensificar los esfuerzos para asegurar el igual disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las mujeres y chicas que sufren múltiples barreras en su empoderamiento y progreso a causa de factores tales como su raza, edad, lengua, grupo étnico, cultura, religión, discapacidad o por pertenecer a una comunidad indígena".

¹³ El Preámbulo de la Declaración enfatiza el deber de los Estados de promover los derechos humanos de "todas" las víctimas de racismo y discriminación racial, aplicando una perspectiva de género y reconociendo las múltiples formas de discriminación que las mujeres sufrían. El art. 2 de la Declaración abraza explícitamente el concepto: "Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia ocurre en razón de la raza, el color, la nacionalidad o el origen étnico y que las víctimas pueden sufrir múltiples o agravadas formas de discriminación basadas en otros factores como el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otro tipo, el origen social, la propiedad, el nacimiento u otro *status*". También son de interés los párrafos 69 y 70: "69. Estamos convencidos que el racismo, la dis-

Durban puso la idea de discriminación múltiple en el mapa. El concepto de discriminación múltiple ha entrado también con fuerza en la agenda de las instituciones comunitarias europeas. Un influyente Informe elaborado en 2.007 por el Instituto danés de Derechos Humanos para la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea lleva por título, precisamente: “Abordando la Discriminación Múltiple. Prácticas, políticas y normas”¹⁴. El párrafo 14 de la Directiva 2.000/43 sobre igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, antes aludida, pone como meta de la Comunidad la igualdad entre mujeres y hombres, “sobre todo considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”. La idea ha entrado en el lenguaje político y jurídico de la Unión. El esfuerzo de clarificación conceptual se torna por ello más acuciante.

II. Génesis y evolución del concepto de discriminación múltiple. Un concepto de corta historia y largo pasado.

La idea de discriminación múltiple tiene un neto pedigrí anglosajón. Como observa Timo Makkonen¹⁵, uno de los mayores espe-

criminación racial, la xenofobia y la intolerancia se muestran de forma distinta para mujeres y chicas y puede estar entre los factores que conducen a un deterioro en sus condiciones de vida, pobreza, violencia, formas múltiples de discriminación y la limitación o la lesión de sus derechos humanos. 70. Reconocemos la necesidad de desarrollar una perspectiva más sistemática y consistente para evaluar y monitorizar la discriminación racial contra mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades que sufren las mujeres en el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por causa del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia”.

¹⁴ *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*. European Communities, 2.007. No hay trabajos sobre este tema en España, así que en su bibliografía (que no es muy larga) no se refleja ni un solo trabajo doctrinal español.

¹⁵ *“Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore”*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, abril, 2.002, p. 1.

cialistas en la cuestión, y recoge también el Informe antes citado¹⁶, la idea de que la gente puede pertenecer a varios grupos en desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación fue reconocida y denominada por primera vez discriminación “*multiple*” o, más comúnmente, “*intersectional*”¹⁷ a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afro-americanas de Estados Unidos. La más representativa ha sido Kimberlé Crenshaw¹⁸, quien tuvo la oportunidad de plasmar su visión conceptual en el primer documento internacional que reconoce el fenómeno con su participación en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo celebrada en 2.001 en Durban (Sudáfrica). Su planteamiento ha marcado impronta en la academia norteamericana para describir, sobre todo, las experiencias de las mujeres negras¹⁹, pero también de mujeres asiáticas²⁰ y latinas²¹, e incluso de hombres negros, lo cual no deja de resultar paradójico en relación con la te-

¹⁶ *Ob.cit.*, p. 15. El Informe hace suyas, en gran medida, las bases conceptuales del profesor finlandés T. Makkonen.

¹⁷ En el epígrafe posterior se intentará trazar un esquema terminológico y conceptual preciso.

¹⁸ *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1.989, pp. 67-139.

¹⁹ Rosalio Castro & Lucia Corral, Comment, “*Women of Color and Employment Discrimination: Race and Gender Combined in Title VII Claims*”, vol. 6 *La Raza Law Journal*, 159 (1993). Angela P. Harris: “*Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*” vol. 42 *Stanford Law Review*, 581, 594, 608-09 (1990). Mary Jo Wiggins, *Foreword: “The Future of Intersectionality and Critical Race Feminism”*, vol. 11 *Journal Contemporary Legal Issues* 677-78 (2001). Paulette Caldwell: “*A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender*”, 1991 *Duke Law Journal*, 365; Maria Ontiveros: “*Three Perspectives on Workplace Harassment of Women of Color*”, vol. 23 *Golden Gate University Law Review*, 817 (1993). Judy Scales-Trent: “*Black Women and the Constitution: Finding Our Place, Asserting Our Rights*”, vol. 24 *Harvard Civil Rights Law Review*, 9 (1989)

²⁰ Virginia W. Wei: “*Asian Women and Employment Discrimination: Using Intersectionality Theory to Address Title VII Claims Based on Combined Factors or Race, Gender, and National Origin*”, 37 *B.C. L. Rev.* 771 (1996).

²¹ Julissa Reynoso, “*Perspectives on Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Other Grounds: Latinas at the Margins*”, vol. 7 *Harv. Latino L. Rev.* 63, 64 (2004).

sis principal de Crenshaw²², aunque con ello se pone de relieve, ya desde el inicio, una de las amenazas más importantes que pesan sobre el concepto de discriminación múltiple, la de la subyacente jerarquización de la situación de vulnerabilidad y de las consecuentes necesidades de los grupos sociales en desventaja que podría acarrear²³. De “abrir la caja de Pandora”, si se estimaran las discriminaciones múltiples, habla una temprana sentencia del Tribunal de Distrito Este de Missouri de 1.976²⁴.

K. Crenshaw expone en su seminal trabajo de 1.989, antes citado²⁵, la idea de que la tendencia a tratar género y raza como categorías mutuamente excluyentes, impermeables entre sí podríamos decir, produce consecuencias problemáticas tanto en la teoría feminista como en las políticas antirracistas. Concretamente, nuestra autora entiende que al limitar el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los hombres negros y las mujeres blancas), se margina del análisis a aquellas que sufren múltiples barreras que no pueden ser comprendidas como consecuencia de rasgos de discriminación aislados

²² Ya que la idea de K. Crenshaw es que las mujeres negras son, en cierta medida, una minoría dentro de la minoría negra, mientras que estos autores defienden que son los hombres negros “la última minoría” en Estados Unidos, puesto que, con apoyo en algunas estadísticas, observan que las mujeres negras están haciendo mejores avances en empleo y educación que los hombres negros. Floyd D. Weatherspoon, *Remedying Employment Discrimination Against African-American Males: Stereotypical Biases Engender a Case of Race Plus Sex Discrimination*, vol.

³⁶ Washburn Law Journal, 23, 26 (1996) y, más recientemente, (2007): D. Aaron Lacy: “*The most endangered title VII plaintiff?: exponential discrimination against african-american males*”. disponible en: http://works.bepress.com/d_aaron_lacy/2

²³ Volveremos sobre este asunto, pero adelanto que el hecho, por otro lado, no de laboratorio, sino muy real, de la *competición* entre minorías (especialmente por los recursos públicos escasos) puede ser el efecto no deseado de una incorrecta comprensión del fenómeno de la discriminación múltiple, no su consecuencia necesaria.

²⁴ *DeGraffenreid v. Gen. Motors Assembly Div.*, (1976).

²⁵ Ver *supra*, nota 10.

y, por tanto, las mujeres negras son “invisibilizadas”²⁶. El enfoque tradicional no tendría en cuenta adecuadamente la interacción entre raza y género y se limitaría a un limitado juego de experiencias. En consecuencia, no enfocaría “de modo suficiente la manera particular en que las mujeres negras se hallan subordinadas”²⁷. La tesis principal de Crenshaw es que las mujeres negras pueden ser discriminadas de formas semejantes, pero también distintas de las experimentadas por las mujeres blancas y por los hombres negros. ¿Cómo? De cuatro maneras: pueden ser discriminadas del mismo modo que las mujeres blancas; o que los hombres negros; o pueden sufrir una “discriminación doble” en razón de los efectos combinados que discriminan sobre las bases del sexo y de la raza; o, finalmente, pueden ser discriminadas en tanto mujeres negras, no por la suma de ambos factores (el racial y el sexual), sino específicamente por ser mujeres negras²⁸.

Este concepto de discriminación múltiple que emerge en Estados Unidos está en trance de adquirir carta de naturaleza en el Derecho europeo, pero hay que tener en cuenta que algunos de los elementos centrales de su configuración sí son extrapolables a otros ordenamientos, pero otros, por razones de contexto, no lo son. Ante todo, porque el concepto surge en Estados Unidos directamente ligado a su sistema procesal, concretamente, a cómo está organizada allí la protección jurídica frente a las discriminaciones laborales a partir del famoso Título VII de la *Civil Rights Act* de 1.964. En efecto, esta legislación sólo permite, en principio, plantear de-

²⁶ *Ibidem*, p. 24. Ella emplea la palabra “*erased*”; la traduzco un tanto libremente por “invisibilizadas”. Para apreciar con mayor intensidad el interesante análisis de Crenshaw, me permito sugerir al lector español que aplique, por ejemplo, los argumentos que ella emplea a las mujeres gitanas o a las inmigrantes que ejercen la prostitución en nuestro país.

²⁷ *Ibidem*, p. 25. Y, por ello, las necesidades y perspectivas de las mujeres negras se han venido ubicando en “los márgenes” de las agendas emancipadoras del feminismo y del movimiento antirracista (p. 35).

²⁸ *Ibidem*, p. 35.

mandas de discriminación o por género o por raza, pero no por ambas conjuntamente. El corazón del trabajo citado de K. Crenshaw es, precisamente, el examen crítico de algunas decisiones judiciales que se negaron a realizar un examen de las demandas presentadas desde una perspectiva conjunta del género y de la raza.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales mencionados, en Estados Unidos el reconocimiento judicial de las discriminaciones múltiples o interseccionales sólo se ha producido en “algunos pocos asuntos”²⁹. Una primera vía se ha referido a la discriminación sexual, combinada con otros factores³⁰. En *Phillips v. Martin Marietta* (1.971), el Tribunal Supremo Federal acuñó la teoría de la discriminación “sex-plus”, que es una forma de discriminación múltiple que se produce cuando un empleador mantiene una política de contratación diferente para hombres y mujeres basándose en el ejercicio de un derecho fundamental, como el de contraer matrimonio o el de tener hijos. Es una variedad de discriminación interseccional porque supone una combinación de un rasgo o criterio protegido explícitamente por las normas contra la discriminación (el sexo) y otro no aludido expresamente (el matrimonio, la maternidad, etc.) En *Phillips*, Ida Phillips demandó a la empresa que se negó a contratarla porque tenía hijos en edad pre-escolar. El tribunal de instancia sostuvo, sin embargo, que esa decisión empresarial no era discriminatoria ya que el 75% de los empleados eran mujeres (que no tenían hijos pequeños). El Tribunal Supremo revocó esta sentencia, considerando que esta política de contratación diferente entre mujeres y hombres sobre el factor adicional de tener hijos en edad pre-escolar sí era discriminatoria. El mensaje del Supremo es claro: los empleadores no pueden discriminar a un grupo dentro de una minoría en desven-

²⁹ D.A. Lacy, *ob.cit.*, p. 8.

³⁰ Traigo aquí, básicamente, la excelente exposición de D.A. Lacy, *ibídem*, pp. 8-17

taja (en este caso, las mujeres trabajadoras) intentando justificarse en que no discriminan a otra porción de esa misma minoría³¹.

Los tribunales federales también han empezado a reconocer en algunos casos las demandas de discriminación que combinan raza y sexo en relación, precisamente, con las mujeres negras. El Quinto Circuito fue el primero en hacerlo en *Jefferies v. Harris County Community Action Association* (1.980). La demandante era una mujer negra, pero la empresa había contratado para el puesto de trabajo disputado a una mujer blanca y a un hombre negro. El tribunal de instancia había denegado, por este motivo, la pretensión de discriminación sexual (ya que se había contratado a una mujer) y racial (ya que se había contratado a un varón negro), pero el Tribunal de Circuito consideró que se producía una discriminación interseccional de raza y sexo. Literalmente, afirmó: “creemos que la discriminación contra las mujeres afro-americanas puede existir incluso en ausencia de una discriminación contra hombres negros o mujeres blancas”. A partir de esta decisión, otros tribunales también han apreciado la existencia de discriminaciones múltiples³², pero

³¹ Otra Sentencia del Tribunal Supremo Federal en la que se emplea el test “sex-plus” es *Int'l Union United Auto. Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls* (1991). El Tribunal consideró discriminatoria la política de promoción y de reserva de ciertos puestos de trabajo de riesgo potencial por la exposición al plomo para mujeres que no tuvieran la posibilidad de ser madres.

³² Así, por ejemplo, el Tribunal del Décimo Circuito ha reconocido una discriminación interseccional en *Hicks v. Gates Rubber Co* (1985). El Tribunal, con cita expresa del asunto *Jefferies*, estimó que los insultos racistas contra la señora Hicks (una mujer afro-americana) debían ser considerados junto con la prueba de acoso sexual para determinar si existía un ambiente laboral hostil. Por su parte, el Tribunal del Noveno Circuito también apreció la existencia de una discriminación interseccional en relación con una mujer de ascendencia vietnamita en *Lam v. Univ. of Hawaii*, (1994) Maiban Lam planteó una demanda de discriminación racial, sexual y de origen nacional porque se le había denegado la promoción de directora de un programa de estudios asiáticos de la Universidad de Hawaii. El Tribunal afirmó que era incorrecto en este caso analizar las discriminaciones racial y sexual separadamente, ya que “cuando existen dos rasgos de discriminación, no pueden reducirse claramente a componentes distintos” porque “intentar biseccionar la identidad de una

otros no³³. Aunque el Tribunal Supremo federal no ha enfocado expresamente esta cuestión, sí ha aludido implícitamente, en algunos *obiter dicta*, a la viabilidad de las demandas de discriminación interseccionales³⁴.

El concepto de discriminación *intersectional* también es conocido en el ordenamiento canadiense, que no por casualidad dispone de un sistema de protección contra las discriminaciones semejante al norteamericano. De modo particular, cabe destacar el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario³⁵, de 9 de octubre de 2.001, titulado “Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos”. Comienza este Informe citando una célebre afirmación de la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, *Egan v. Canada* (1.995): “Nunca abordaremos completamente el problema de la discriminación... si continuamos enfocando a las categorías abstractas y generalizaciones en vez de a sus efectos específicos... La mayoría de las veces, la desventaja deriva de la manera en que la sociedad trata a los individuos en particular, más que de cualquier característica inherente a estos mismos individuos”. Este punto de vista

persona en la intersección de la raza y el género, a menudo distorsiona o ignora la naturaleza particular de sus experiencias”.

³³ El caso paradigmático, que analiza críticamente K. Crenshaw en el trabajo citado, es el de *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Division* (1.976), del Tribunal de Distrito Este de Missouri, negándose a reconocer las discriminaciones interseccionales. El Tribunal sostuvo que una demanda de discriminación sólo podía presentarse por un motivo de sexo u otro de raza, pero no por una combinación de ambos a la vez. Reconocer como grupo protegido a las mujeres negras como DeGraffenreid “no debería permitirse”, ya que crearía “una super-garantía” no prevista por los autores de la Ley” y plantearía la posibilidad de “abrir la Caja de Pandora”.

³⁴ Por ejemplo, en *Olmstead v. Georgia Dep't of Human Res.* (1.999) cita la doctrina *Jefferies*: “la discriminación contra mujeres negras puede existir incluso en ausencia de discriminación contra hombres negros o mujeres blancas”.

³⁵ El Informe para la Comisión europea sobre Discriminación Múltiple destaca el activo papel de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario en incorporar la perspectiva interseccional (p. 19).

incorpora un “enfoque contextualizado de la discriminación”, que mira menos a las características individuales y más a la respuesta social hacia esa persona y a las desventajas históricas sufridas por los miembros de la minoría. El Informe propone un ejemplo del nuevo enfoque harto elocuente³⁶: según el Tribunal Supremo³⁷, la determinación de lo que constituye una “discapacidad” debe basarse, sobre todo, en si la persona ha experimentado “barreras sociales” y no tanto en sus condiciones o limitaciones físicas.

En tal contexto analiza el Informe “el enfoque interseccional de la discriminación”. Define el concepto de “interseccionalidad” como aquella “opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo³⁸”. El enfoque interseccional toma en consideración el contexto histórico, social y político y reconoce la experiencia genuina del individuo basada en la intersección de todos los factores relevantes. Se propone como ejemplos: la experiencia de discriminación de las mujeres de minorías étnicas, que en muchos casos es completamente diferente de la de los varones de esa misma minoría o incluso del resto de las mujeres; la de los miembros de una religión concreta si pertenecen a otro grupo étnico o si son mujeres; las mujeres pueden estar más expuestas al acoso sexual si concurren en ellas otros factores de vulnerabilidad, como,

³⁶ *Ibidem*, p. 2.

³⁷ En *Quebec (Comisión des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand* (2.001)

³⁸ *Ibidem*, p. 3. Cita esta definición de Mary Eaton (“*Patently Confused, Complex Inequality and Canada v. Mossop*”, vol. 1, *Review of Constitutional Studies*, 1.994, pp. 203 a 229), que, por cierto, se parece mucho a la de K. Crenshaw. Eaton critica en su trabajo la Sentencia Canadá v. Mossop, en la que el Tribunal Supremo consideró que las familias homosexuales no estaban cubiertas por la prohibición de discriminación por *status* familiar de la Ley de Derechos Humanos de Canadá. En su opinión, el Tribunal no comprendió la complejidad de la opresión subyacente cuando la discriminación es experimentada por más de un factor. Al obligar a los demandantes a elegir entre uno u otro factor, criterio o rasgo de discriminación, se reduce en exceso una forma compleja de discriminación.

por ejemplo, el de ser recién llegadas a Canadá; las personas discapacitadas ancianas, o de grupos minoritarios o mujeres; la discriminación de homosexuales varones y mujeres es diferente, dado que los estereotipos sexuales y de relación son distintos; los enfermos de SIDA pueden sufrir una discriminación por enfermedad y por su orientación sexual (dado que muchos consideran el SIDA una enfermedad de homosexuales³⁹)

Pasa el Informe a continuación a exponer algunas ventajas del enfoque interseccional o contextual⁴⁰: (1ª) Permite conocer la complejidad de cómo la gente experimenta la discriminación (2ª) Pone el foco sobre la respuesta que la sociedad ofrece al individuo como resultado de la confluencia de diversos factores y no requiere que las personas se etiqueten en rígidos compartimentos o categorías (3ª) Se enfrenta al hecho de que la discriminación muta y tiende a ser cada vez menos abierta, más sutil, sistémica, ambiental e institucional (4ª) Posibilita la consideración de otros factores no directamente cubiertos por el Código de Derechos Humanos de Ontario como el desempleo o subempleo, la pobreza o la falta de vivienda.

Otra idea interesante que se ofrece en el texto es la de que aunque el análisis interseccional puede operar respecto de cualquier combinación de factores, ofrece, no obstante, "implicaciones particulares para los casos raciales"⁴¹. Volveremos sobre ello más adelante.

No obstante, el problema jurídico más importante que se presentaba en Canadá respecto de la introducción del concepto de discriminaciones múltiples era también, como ocurría en Estados Unidos, de formato más bien *procesal*. En efecto, en Canadá, con la excepción del Código de Derechos Humanos de Manitoba, el resto

³⁹ *Ibidem*, pp. 4 s. El Informe especifica que se trata tan sólo de unos ejemplos de entre otros muchos que podrían traerse a colación.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

de catálogos de derechos de las Provincias contienen una lista cerrada de factores de discriminación, que no permite a los tribunales reconocer otros no expresos⁴². Esto provocaba, a juicio de los autores del Informe, dos problemas graves: la desprotección de aquellas víctimas de discriminación que no lograran incluirse en alguno de los factores enumerados (raza, género, etc.), y la insuficiente comprensión de los casos complejos de discriminación en los que aparecían combinados dos o más factores. Ejemplo del primer tipo sería la Sentencia del Tribunal Supremo en *Canada v. Mossop* (1.994) El Tribunal calificó la denegación de permiso para asistir al funeral del padre de la pareja del mismo sexo como un caso de discriminación por “orientación sexual” y no por “*status familiar*” y se negó a considerar ambos factores a la vez. Al hacerlo así, y dado que en ese momento la Ley canadiense de Derechos Humanos no prohibía expresamente la discriminación por orientación sexual, el Supremo desestimó la demanda. Como ejemplos de la segunda categoría, el Informe propone los siguientes⁴³: apenas hay casos en los tribunales canadienses de derechos humanos que se refieran expresamente a mujeres de minorías raciales (que están, por tanto, “desaparecidas”, como si fueran “mujeres sin raza” o “minorías étnicas sin género”) y, sin embargo, el cruce del género con otro factor de discriminación produce una “experiencia única” de discriminación; un escenario donde la combinación de raza y género suele ser a menudo una fuente de trato discriminatorio es el del acoso sexual, debido a los estereotipos sobre cómo viven su sexualidad las mujeres de las minorías étnicas⁴⁴, y, sin embargo, este fenómeno no ha sido captado por la jurisprudencia.

⁴² *Ibidem*, p. 8

⁴³ *Ibidem*, pp. 8 s.

⁴⁴ El Informe (p. 9) cita una elocuente opinión de un empleador que había acosado sexualmente a su empleada negra: “Así es como la gente negra hace su vida, haciendo mamadas”.

El Informe también se muestra crítico con la “pobre” concepción jurídica de “raza” o “etnia”, que no es capaz de comprender las diferencias entre grupos étnicos, de modo que todos los miembros de este tipo de minorías son vistas por el grupo mayoritario como “no-blancos” o “minoría racial” o “minoría visible”⁴⁵. Otro problema que presenta la metodología que se niega a combinar factores para apreciar una discriminación compleja es que tiende a asumir que sólo los miembros del grupo mayoritario pueden discriminar, pero no los de las minorías raciales entre sí⁴⁶. Todas éstas me parecen ideas que abren posibilidades interesantes al desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio de nuestro país, hasta ahora quizás un tanto básico, incluso tosco.

Sin embargo, como ocurría con Estados Unidos, el Informe tan sólo puede exhibir un tímido reconocimiento judicial del enfoque interseccional⁴⁷: algunos votos particulares de la magistrada L’Heureux-Dubé, la sentencia del Tribunal Supremo *Law v. Canada* (1.999) que ha reconocido que una demanda de discriminación puede presentar una intersección de factores que sea una síntesis de los enumerados en el art. 15 (1) de la Carta canadiense de Derechos Humanos o que sean análogos a ellos⁴⁸, y algunas sentencias de otros tribunales (que en ocasiones, por cierto, han utilizado datos estadísticos para ilustrar las circunstancias particulares de los grupos identificados como la intersección de diversos factores).

Puede, pues, concluirse que el reconocimiento judicial de las discriminaciones múltiples hasta el momento ni es frecuente, ni se

⁴⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 16. Literalmente, el Informe señala que, a pesar de los avances, este tipo de enfoque “se halla aún en su infancia”.

⁴⁸ Aplicando esta doctrina, el Tribunal ha reconocido nuevos factores de discriminación, como el de la residencia en el caso de los aborígenes (*Corbière v. Canada*, 1.999: el Tribunal falló que era una discriminación constitucionalmente prohibida la exclusión del voto de las elecciones comunales de la población aborígen que vivía fuera de una reserva).

hace sin vacilaciones. Por poner tan sólo un último ejemplo, en el ordenamiento británico, una famosa Sentencia de la *Court of Appeal* de 2.004, *Bahl v. the Law Society*, rechazó expresamente la perspectiva interseccional⁴⁹.

III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES. CLAVES Y CLASES DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CLASIFICACIÓN EN DISCRIMINACIONES MÚLTIPLES, COMPUESTAS E INTERSECCIONALES.

Para calificar el fenómeno de la discriminación producida por más de un factor constitucionalmente sospechoso (raza, género, etc.) están disponibles no pocos adjetivos: discriminaciones múltiples, dobles, acumulativas, aditivas, multidimensionales, interactivas, compuestas, combinadas, interseccionales (trayendo literalmente a nuestro idioma la fórmula normalmente empleada en el Derecho anglosajón), etc. La profusión de términos se explica a partir de la obscuridad y ambigüedad que envuelven al concepto, así como a su carácter preferentemente académico. Naturalmente, la clarificación terminológica es un efecto necesario de la clarificación conceptual.

El Informe elaborado en el año 2.007 para la Comisión Europea sobre discriminación múltiple⁵⁰ hace suyas las definiciones

⁴⁹ En *Bahl*, una mujer asiática alegó que había sido discriminada por ser mujer y por ser asiática. En primera instancia, un tribunal falló que su término de comparación era el de un "hombre blanco", de modo que podía ser considerado el efecto combinado de su género y raza. Pero la *Court of Appeal* rechazó expresamente esta posibilidad, exigiendo que cada factor debía considerarse de modo aislado o desagregado incluso aunque en la experiencia del demandante estuvieran íntimamente unidos.

⁵⁰ *Ob. cit.*, pp. 16 s.

de T. Makkonen⁵¹, para quien cabe distinguir entre discriminaciones múltiples, compuestas e interseccionales.

a) Una *discriminación múltiple* se produce cuando una persona es discriminada (tratada de modo distinto y peor que otra) por diferentes factores (raza, género, etc.) en diversos momentos. Una mujer discapacitada puede ser discriminada por su género en la adquisición de un determinado puesto de trabajo y en atención a su discapacidad porque un edificio público no sea accesible a las personas que se desplazan en silla de ruedas. La víctima *acumula* diversas experiencias de discriminación (diversas por el momento en que se sufren y por la causa o factor que las motiva), por lo que también podría llamarse a esta forma de discriminación “acumulativa”, o “doble” (o “triple”, etc.). T. Makkonen argumenta sobre lo apropiado que es en estos casos utilizar el adjetivo “múltiple” dadas sus connotaciones matemáticas: la víctima es discriminada por factores que no actúan simultáneamente ni de modo conjunto o interactivo, sino separado, como una suma del tipo: género + discapacidad + etc.⁵². Este concepto de discriminación múltiple no es, como habrá advertido el lector, el acuñado por K. Crenshaw y la literatura posterior.

b) Una *discriminación compuesta*⁵³ se refiere a una situación en la cual uno o varios factores de discriminación se añaden a otro/s en un caso concreto produciendo una barrera o dificultad añadida a la/s ya existente/s. En un mercado de trabajo que segregue por género (algunos empleos están reservados a varones) y por nacionalidad (algunos empleos están disponibles sólo para nacionales), las posibilidades de que una mujer inmigrante encuentre un trabajo de acuerdo a su formación se reducen considerablemente. En castellano quizás fuera más ilustrativo emplear la expresión “discriminación adicional” que “compuesta”, ya que en esta forma de discriminación,

⁵¹ *Ob.cit.*, p. 10.

⁵² *Ibidem*, p. 10.

⁵³ “*Compound discrimination*” en inglés.

a diferencia de la múltiple, sí intervienen diversos factores a la vez, pero no parecen actuar conjuntamente (al menos de forma significativa) perdiendo su especificidad y formando una experiencia diferente (como en el tipo de discriminación interseccional que se describe a continuación). Tampoco esta variedad es la aludida en el epígrafe anterior del presente trabajo.

c) Una *discriminación interseccional*⁵⁴ es la que evoca una situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación. La discriminación de una mujer gitana es el resultado de la combinación entre el género y el grupo étnico, pero un resultado peculiar, genuino, que, debido a los particulares estereotipos sociales negativos, es diferente de la discriminación que sufren tanto las mujeres no gitanas como los varones gitanos. T. Makkonen pone el ejemplo, por seguir combinando los factores del género y la discapacidad, de la esterilización forzosa a la que se somete en algunos países a las mujeres con discapacidad, una experiencia que no sufren ni las mujeres no discapacitadas, ni los varones discapacitados⁵⁵. Ésta sí es la forma de discriminación a la que se refería la literatura y la jurisprudencia anglosajona antes analizadas.

Esta taxonomía que parece tan nítida, no lo es, sin embargo. El propio Makkonen añade un cuarto tipo, que, sin embargo, no refleja el Informe para la Comisión, el de las discriminaciones superpuestas o solapadas⁵⁶, lo cual parece indicar que la clasificación

⁵⁴ “*Intersectional discrimination*” en inglés.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁶ “*Overlapping discrimination*”, en inglés, referida a una situación en la que la persona es discriminada por varios factores que operan a la vez, pero de modo independiente entre sí (*ibidem*, p. 12). Si una empresa tiene una política de no contratar inmigrantes ni personas discapacitadas, un inmigrante discapacitado que busque empleo es discriminado por esos dos factores (nacionalidad, discapacidad), que actúan de modo simultáneo (a diferencia de las discriminaciones “múltiples”), pero separado (a diferencia de las discriminaciones “interseccionales”). En mi opinión, esta categoría es poco útil, ya que, como el propio Makkonen admite (p. 12), en

quizás no logre reflejar toda la complejidad del fenómeno. Un problema importante tiene que ver con la propia terminología, porque en los ordenamientos anglosajones se utiliza la expresión “discriminación interseccional” y el propio Makkonen⁵⁷ sugiere que, junto con el concepto estricto de *interseccional discrimination* aquí expuesto, todas las variedades de discriminación (también la “múltiple” y la “compuesta”) se denominen, en sentido amplio, precisamente así, *interseccional discrimination*, y, por el contrario, en el lenguaje político y jurídico de la Unión Europea es la expresión “discriminación múltiple” la que está ganando el pulso para describir el mismo fenómeno. De hecho, el Informe para la Comisión europea, tantas veces mencionado, lleva por título “Abordando la Discriminación Múltiple”. Obviamente, este título no se refiere a lo que Makkonen (y también, de forma paradójica el propio Informe al hacer suyas las conclusiones de aquél⁵⁸) llama “discriminaciones múltiples”, sino a las “discriminaciones intersectoriales”. Al obrar así, es imposible no confundirse.

Pero los problemas de la clasificación no se agotan, ni mucho menos, en este punto. La taxonomía no me resulta convincente. El concepto de discriminación “múltiple” que maneja, por ejemplo, es virtualmente inservible ya que el dato de que los diversos factores se presenten a la vez en el caso concreto es fundamental, a mi juicio, para poder calificar a una discriminación en pureza como

la práctica resultará casi imposible determinar cuál ha sido el factor de entre los presentes en el caso que finalmente ha motivado la decisión empresarial, pero, sobre todo, porque esta categoría me parece indistinguible de la de discriminación “compuesta” (e incluso, en su caso, de la discriminación “interseccional”). No me sorprende, por ello, que el Informe para la Comisión no albergue este cuarto tipo de discriminación múltiple.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁸ En otras palabras, el Informe incurre en una contradicción fundamental al utilizar, desde su mismo título, un sentido amplio de discriminación “múltiple” en el que aloja cualquier tipo de discriminación producida por dos o más factores y, al mismo tiempo, el sentido estricto de “discriminación múltiple” que propone Makkonen como la discriminación de una misma persona por diversos factores en diferentes momentos.

una discriminación “múltiple”. Que una persona experimente diversas discriminaciones en el tiempo por diferentes motivos es un hecho lamentable, por supuesto, pero no permite que el ordenamiento ofrezca una respuesta adecuada para el caso concreto que tenga en cuenta la complejidad del trato discriminatorio. En otras palabras, la discriminación “múltiple”, tal como la define Makkonen, no es múltiple en realidad, sino singular: en cada caso se produce por la existencia de un solo factor de discriminación. A mi juicio, para poder hablar de discriminaciones múltiples, interseccionales, etc. es preciso que los factores de discriminación se presenten al mismo tiempo. Por ello, creo que la idea de discriminación múltiple que utilizan Makkonen y el Informe no tiene sentido dentro de una clasificación de discriminaciones múltiples⁵⁹.

Tampoco me parece clarificador el concepto de discriminación “combinada” como un *quid* diferente al de las discriminaciones “intersectoriales”. Presentándose en el mismo caso, por tanto simultáneamente, diversos factores de discriminación, la combinación resultante es, de modo necesario, el producto de algún tipo de interacción entre ellos. La identificación de un factor predominante al que se añaden otros es misión intelectualmente ardua, si no imposible. No es fruto del azar que en ninguno de los escasos casos judiciales recaídos sobre la materia se haya apreciado algo parecido a lo que Makkonen llama discriminación “combinada” (ni, por supuesto, con mayor motivo, a lo que califica como discriminación “múltiple”). La idea de discriminación “combinada” es de formato exclusivamente académico y de nula eficacia práctica porque, aunque se admitiera como una categoría distinta a la de las discriminaciones “interseccionales”, no se alcanzaría de ello ninguna consecuencia jurídica: el tratamiento en ambos casos sería idéntico desde el Derecho.

⁵⁹ A menos, dentro de una clasificación *jurídica*, porque quizás sí tenga algún sentido en una taxonomía de temperamento sociológico que aborde las maneras en que unas personas o grupos puedan sufrir discriminaciones por terceros.

Así pues, el único concepto que, con un mínimo rigor teórico, puede subsistir es el de las discriminaciones “interseccionales”, que es el concepto del que hemos venido hablando en los epígrafes anteriores de este trabajo. Ahora bien, también esta denominación presenta algún problema. El primero, y no de estatura menor, es que la palabra “interseccional” es traducción literal de la que se maneja en la órbita anglosajona “*intersectional*” y ni siquiera figura en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. La palabra “intersección” sí consta en él, con un sentido geométrico (“encuentro de dos líneas –punto-, dos superficies –línea- o dos sólidos –superficie- que recíprocamente se cortan”) y otro matemático (“conjunto de los elementos que son comunes a dos conjuntos”). Aunque la acepción geométrica es acertada, me parece más precisa para nuestro asunto la matemática: no se trata sólo, un tanto asépticamente, de que se crucen dos factores (el género y la etnia, por ejemplo) en una situación concreta de discriminación simultánea, sino de valorar el hecho realmente crucial que de esa combinación de conjuntos o factores se genera un conjunto nuevo, distinto de los anteriores.

La palabra inglesa “*intersection*” evoca (cerca del sentido geométrico) también un cruce de caminos y, de hecho, la metáfora del cruce de carreteras la utiliza ya desde el primer momento K. Crenshaw⁶⁰.

En definitiva, desde la crítica aquí expuesta a la, por otra parte, cada vez más extendida clasificación de Makkonen, concluiría con tres afirmaciones:

(1ª) La expresión “discriminación múltiple” debe emplearse de modo distinto a la que propone este autor y debe recuperarse para describir el fenómeno de las discriminaciones en las que intervienen *a la vez* dos o más factores de discriminación.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 149.

(2ª) Los adjetivos “múltiple” e “interseccional” son fungibles entre sí, así como con otros: “combinada”, “compuesta”, etc. Como situación jurídicamente significativa, sólo existe, en puridad, una forma de discriminación en la que se combinan diversos factores, pero puede describirse válidamente de diversas maneras. Una realidad, muchos calificativos. Lo que Makkonen llama discriminaciones “múltiples” no lo son en sentido estricto y las discriminaciones “combinadas” o son lo mismo que las discriminaciones “interseccionales” o, a lo sumo, una especie de su género. Esta taxonomía induce a la confusión conceptual si no se tiene en cuenta que la única expresión que capta con precisión el fenómeno en examen es la discriminación que Makkonen llama “interseccional”.

(3ª) En la órbita anglosajona se emplea habitualmente la palabra “interseccional”, pero en el Derecho europeo no continental se suele preferir más la de “múltiple”. Como digo, creo que ambas palabras son sinónimas en este punto, pero personalmente me gusta más la expresión “discriminación múltiple” por varias razones. Es más expresiva en español, figura en el Diccionario y es la de uso corriente en las instituciones europeas. Nada obsta, sin embargo, a emplear una u otra palabra (u otras), siempre que se tenga claro cuál es exactamente el concepto que intentan definir.

IV. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO PRINCIPIO DE POLÍTICA SOCIAL Y COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

Hasta ahora, hemos intentado rastrear el origen y evolución del concepto, a qué realidad intentaba dar respuesta con su emergencia, y hemos planteado una reconstrucción terminológica a partir de los elementos de su definición. Algo ya se habrá podido intuir sobre el sentido y alcance del concepto de discriminación múltiple, aunque también ha quedado constatada la dificultad de trasladar sin

más el uso de la categoría en los ordenamientos anglosajones a otros, dado que la configuración del Derecho anti-discriminatorio es parcialmente diferente en cada país.

Debemos preguntarnos ahora, sin más dilación: discriminación múltiple... ¿para qué? La situación a la que se refiere el concepto parece bastante clara (aunque su identificación en la práctica puede no ser tan sencilla en muchos casos, particularmente en el supuesto de la discriminación múltiple “estructural”⁶¹), pero la cuestión fundamental es si merece una respuesta jurídica distinta a la que se viene ofreciendo y, si es así, qué perfiles debería tener.

Pero antes de preguntarnos por sus efectos, es necesario reparar en los presupuestos ideológicos innovadores y, hasta cierto punto, subversivos respecto del actual marco de la lucha contra la discriminación que tiene su sentido. Porque podríamos preguntarnos: si tan evidente es la situación de la discriminación múltiple, ¿por qué no se ha abierto paso hasta hace poco y, además, de modo tan vacilante? ¿Qué obstáculos impiden su progreso? El análisis de T. Makkonen me parece especialmente incisivo en este punto⁶². Las dificultades para reconocer el concepto de discriminación múltiple apuntan, sobre todo, a dos hechos: primero, las demandas y necesidades de un específico subgrupo (mujeres gitanas, por ejemplo) a menudo se consideran como las de una minoría dentro de la minoría (gitana) y son excluidas por ésta; segundo, los diferentes factores (raza, género, discapacidad, etc.) han sido considerados aisladamente por los movimientos feministas, anti-racistas, etc., los cuales han guardado en todo el mundo, no sólo en España, una considerable distancia

⁶¹ Que T. Makkonen define como aquella situación en la que una persona sufre una desventaja o una mayor vulnerabilidad a causa del funcionamiento de la vida social y no de un comportamiento aislado de un tercero (*ibídem*, p. 15) Esta forma de discriminación a menudo resulta invisible porque al estar tan difundida simplemente se piensa que es lo “natural” o al menos como algo que no puede cambiar. Makkonen ponen como ejemplo la situación de las mujeres “intocables” de la India.

⁶² *Ibidem*, pp. 19 ss.

entre sí, de modo que han progresado muy poco en el análisis de los modos en que interactúan los diferentes factores de discriminación y en la lucha conjunta contra ella. Destacadamente esto último ha ocurrido en relación con el movimiento feminista y el anti-racista. Señala Makkonen que el movimiento feminista ha tendido a comprender de un modo “esencialista” el factor “género” al sostener la existencia de una “experiencia de las mujeres unitaria, universal y esencial⁶³”. Esta perspectiva es ciega respecto de las diferencias entre las mujeres y pasa por alto la opresión simultánea que sufren determinadas mujeres en atención a su grupo étnico, por ejemplo⁶⁴. Makkonen llega a decir que, en este sentido, el feminismo excluye en gran medida de su movimiento a las mujeres discapacitadas y de minorías raciales⁶⁵.

No sé si se puede llegar tan lejos, pero por lo que se refiere al modelo español de feminismo institucional, basado en organismos públicos de igualdad, planes de igualdad periódicamente evaluados y revisados, etc., y que ha tenido un rendimiento positivo en líneas generales, lo cierto es que los planes de igualdad (el estatal, los autonómicos y los locales) han tenido desde el comienzo serias dificultades para incluir en su seno a las mujeres de este tipo de minorías, normalmente reunidas de un modo periférico en un epígrafe del Plan relativo a “mujeres en situación de exclusión” o expresión similar. Y algunos colectivos de mujeres simplemente no han estado nunca, como por ejemplo, las viudas, en las que normalmente suele concurrir los factores del género y la edad (quizás porque de ninguna manera encarnaban el nuevo ideal de mujer a conseguir, sobre

⁶³ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁴ Makkonen cita a K. Crenshaw (p. 20): “mientras el feminismo se propone hablar para las mujeres de color a partir de la invocación del término ‘mujeres’, la perspectiva feminista excluye a las mujeres de color porque se basan en experiencias e intereses de un cierto subgrupo de mujeres”.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 20. Aunque aprecia cambios en el movimiento feminista en algunos países (no en todos).

el patrón de los varones, el de la mujer que trabaja dentro y fuera de casa), o han empezado a considerarse desde hace poco y de forma tímida, como ocurre con las lesbianas (donde concurren los factores de género y de orientación sexual), por ejemplo. El movimiento feminista en España no ha considerado, por lo general, el fenómeno de las discriminaciones múltiples (a pesar de referirse a “todas” las mujeres, su modelo antropológico dominante se ha referido a mujeres blancas, no muy mayores, no discapacitadas, de religión no minoritaria, con estudios y/o con trabajo extra-doméstico, asociadas con otras y participantes en procesos sociales o políticos) y esa ausencia se refleja también en las políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Pero el movimiento anti-racista tampoco lo ha hecho mejor en este punto. T. Makkonen observa cómo la comunidad afro-americana en Estados Unidos a menudo se ha representado como un “grupo racial homogéneo y estable⁶⁶” (de nuevo, la visión esencialista, pero en este caso del grupo étnico), supuestamente unido por una experiencia de discriminación idéntica para todos sus miembros. Algunos autores han sostenido, sin embargo, que el verdadero índice por el que se evalúa a toda la minoría es el de la experiencia de los negros jóvenes varones⁶⁷. Éstos hablan por todo el grupo, mientras que otros (mujeres negras, mujeres discapacitadas, varones negros mayores, etc.) sólo hablan por sí mismos.

El fracaso de los movimientos feminista y anti-racista para ser inclusivos y abarcar a *todos* sus miembros es comprensible, señala Makkonen⁶⁸, ya que la simplificación y generalización de los grupos responde al interés pragmático de presentar sus reivindicaciones de forma unida, diferente a la de otros grupos, lo cual conduce a exagerar la propia unidad y también las diferencias con otros.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 21.

Inevitablemente se presenta el problema de cómo determinar qué intereses del grupo se reconocen como importantes y en qué orden y cuáles no. La retórica del grupo unido conlleva, irónicamente, la exclusión de algunos dentro de su seno. Tampoco es fácil admitir que, en el seno de una minoría, unos miembros del grupo discriminan a otros (pensemos en las mujeres gitanas, discriminadas en ocasiones por los varones payos, pero también por las mujeres payas y los varones gitanos; o en algunas mujeres de religión musulmana, etc⁶⁹.) Y, en cualquier caso, observa T. Makkonen⁷⁰, el fracaso de los movimientos feminista y anti-racista al considerar la identidad propia de las mujeres de color, reproduce las relaciones de poder que intentan combatir: el feminismo indiferente al origen étnico excluye los intereses de las mujeres de las minorías étnicas y el movimiento anti-racista se construye sobre la dominación masculina dentro de la minoría.

La doctrina de la discriminación múltiple supone, por tanto, una profunda crítica y corrección de los modelos y estrategias de igualdad que, hasta la fecha, han propugnado (principalmente) los movimientos feminista y anti-racista. No es de extrañar que su generación y evolución haya sido lenta, ambigua y confusa. Por otro lado, como se ha visto, la acuñación del concepto en su dimensión jurídica ha tenido una finalidad aún más episódica, la de intentar que los jueces anglosajones pudieran conocer de casos de discriminación que no respondían al tratamiento de un solo factor, sino de varios combinados (sorteando las limitaciones procedimentales del tipo lista cerrada y bloqueada de factores de discriminación) Con estos antecedentes, es difícil que este concepto se fuera abriendo

⁶⁹ T. Makkonen (*ibidem*, p. 30) alerta del peligro de incurrir en la paradoja de la “vulnerabilidad multicultural”, que consiste en remediar un tipo de vulnerabilidad social (la pertenencia a un grupo étnico, por ejemplo) pero creando otros (el de las mujeres de esa minoría, si, por ejemplo, las autoridades reconocen sin reparo los principios de esa comunidad en el caso de que sean machistas).

⁷⁰ *Ibidem*, p. 22, reproduciendo el argumento principal del trabajo de Kimberlé Crenshaw tantas veces citado.

paso en el ordenamiento europeo y en el español (o en ningún otro). Había tantas barreras ideológicas y las suficientes diferencias en el marco normativo de la lucha contra la discriminación respecto de los modelos anglosajones, para que nadie esperara o demandara esta nueva categoría para nuestro ordenamiento, al menos como criterio judicial (cuestión distinta sería su virtualidad para identificar nuevos grupos-diana de las políticas sociales)

La idea de discriminación múltiple nace vinculada, tanto en sede académica como en su primer reconocimiento internacional en la Declaración de Durban, a la combinación de dos factores: el género y la raza o etnia. Este hecho es fundamental para comprenderla. Por supuesto, esto no significa que la única combinación de factores posible sea esa. Muchas combinaciones, y no sólo de dos factores, pueden efectuarse. Se presentan, de este modo, problemas específicos. Primero, la identificación de una lista enorme de discriminaciones múltiples, y además abierta en el tiempo, combinando género, grupo étnico, edad, discapacidad, religión y convicciones, orientación sexual, etc., amenaza con disolver la propia entidad del concepto de discriminación múltiple. Si hay tantas discriminaciones múltiples (en la realidad, casi todas las discriminaciones son múltiples), ¿cómo podemos definir en qué casos se requiere un tratamiento específico? Si (casi) todas las discriminaciones son múltiples, (casi) ninguna discriminación es múltiple. Segundo, dado que los recursos públicos para lograr la igualdad de oportunidades real y efectiva entre individuos y grupos son limitados, ¿qué criterios cabe discernir para establecer las prioridades? Y si existen (como no puede ser de otro modo) prioridades entre combinaciones de factores de discriminación, se puede sostener que existen diversas “políticas de igualdad” (tan válidas como diferentes) a desarrollar por las mayorías políticas del momento, esto es, que, en la práctica, se produce inevitablemente una jerarquía en la atención pública y social a grupos sociales en desventaja (primero, segundo, etc. en atención al volumen de gasto, la importancia de los programas públicos, su conti-

nidad, la presencia en la agenda, el tratamiento en los medios, etc.) y que, además, esta jerarquía es variable en el tiempo y por el programa político. Si esto es así, ¿no sucede que el concepto de discriminación múltiple es potencialmente perturbador porque supone una decisión que transparenta o visibiliza en cada momento las políticas de igualdad, esto es, las preferencias públicas de unos grupos frente a otros (frente al mito de que todos los poderes públicos atienden a todos los grupos vulnerables del mismo modo en todo momento)⁷¹?

A todo ello cabe señalar algunas “trampas” adicionales, como hace T. Makkonen⁷². La primera es la posibilidad de usar el concepto de discriminación múltiple para crear nuevas categorías esencialistas y exclusivistas de “víctimas presuntas”. Propone como ejemplo el argumento de que “todas las mujeres musulmanas son discriminadas”. Con ello se genera un “falso positivo” (no todas las mujeres musulmanas son víctimas de discriminación), también un “falso negativo” (algunas personas, por su situación social, no se presumen como víctimas, pero sí lo son –siguiendo el ejemplo, el caso de algunos varones musulmanes), y, quizás, una indeseable “identidad de víctima”.

Está claro que el concepto de discriminación múltiple no es ideológica o políticamente neutro, incoloro e insípido. Es un concepto problemático de apariencia inocente⁷³.

Sin embargo, me sigue pareciendo útil. Y creo que, en este punto, se impone trazar una distinción fundamental entre su aplicación en las políticas sociales y su aplicación como nuevo criterio de interpretación jurídica y, más precisamente, judicial. Los problemas antes señalados se sitúan más bien en el plano de las primeras,

⁷¹ El Informe sobre Discriminación Múltiple para la Comisión Europea se hace eco de este posible problema cuando sostiene que “el desarrollo teórico en este campo puede conducir a la creación de jerarquías entre y dentro de los diferentes grupos de intersección” (p. 19)

⁷² *Ibidem*, p. 34.

⁷³ Aunque, como cabía imaginar, el Informe para la Comisión europea lo presente sin aspereza alguna, como un concepto de naturaleza exclusivamente técnica.

de las políticas de igualdad de oportunidades (que son el ADN del Estado Social). Los poderes públicos españoles no sólo pueden, sino que deben empezar a adoptar este enfoque múltiple de la discriminación para identificar grupos sociales vulnerables que pueden calificarse como minorías dentro de otras minorías. Una de las ventajas de este nuevo enfoque es, precisamente, que este mejor entendimiento de la discriminación que conlleva (al detectar minorías “invisibles” y discriminaciones en gran medida “ocultas”) posibilita unas políticas de lucha contra ella más efectivas.

Por supuesto, no cualquier combinación de factores permitirá identificar un grupo de este tipo. De momento, cabrá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio o genuino. La combinación de género y de grupo étnico entre sí y con los demás factores será, de hecho, lo más frecuente⁷⁴. Una determinada minoría dentro de una minoría merecerá mayor protección en la medida en que su discriminación sea socialmente más o menos significativa. Por supuesto, los poderes públicos deberán intentar remediar cualquier forma de discriminación múltiple, pero de un modo especial y prioritario, entiendo, deberán abordar aquellas que se refieren a un gran número de personas o que tengan una suerte de dimensión sistémica. Pensemos, por ejemplo, en las mujeres gitanas en España, un colectivo que no tiene especificidad alguna en las políticas sociales. O en las mujeres de religión musulmana, inmigrantes o nacionales. O en la prostitución, ejercida en su abrumadora mayoría por mujeres inmigrantes que han sido víctimas de redes de tráfico internacionales. O en la discapacidad y el acceso al

⁷⁴ Así lo atestigua también el Informe para la Comisión europea, tantas veces citado (p. 47) al recoger, tras una encuesta con responsables políticos y expertos en igualdad de varios países de la Unión, la percepción mayoritaria de que la discriminación múltiple afecta sobre todo a mujeres de grupos étnicos minoritarios. Aunque también se señalaron otros grupos como el de las mujeres discapacitadas, las mujeres mayores, los jóvenes varones de minorías étnicas, los mayores discapacitados, etc.

empleo respecto de minorías étnicas y personas mayores, por poner tan sólo algunos ejemplos. Cada país podría poner los suyos⁷⁵.

La discriminación múltiple debe ser abordada desde las políticas públicas de igualdad. En este sentido, el Informe de 2.007 para la Comisión europea sobre discriminación múltiple⁷⁶, recomienda a los Estados que: (1º) Sus instituciones de investigación desarrollen los marcos conceptuales para analizar las experiencias, situación e identidad de grupos interseccionales e investiguen cómo y dónde se manifiesta la discriminación múltiple institucional. (2º) Incorporen en sus legislaciones anti-discriminación el concepto de la discriminación múltiple. (3º) Este concepto debe ser también introducido en las políticas, estrategias, planes de acción, presupuestos, ayuda financiera, etc. de las instituciones de la Unión. (4º) El Tercer Sector realice foros y redes de trabajo para promover la comprensión, el diálogo y la cooperación entre los diversos factores de discriminación. La Comisión europea deberá destinar fondos a este fin. (5º) Los agentes sociales y los organismos nacionales de promoción de la igualdad (organismo, por cierto, del que aún carece nuestro país incumpliendo clamorosamente una obligación comunitaria) deben promover la innovación entre los empleadores y proveedores de servicios en respuesta a la discriminación múltiple, por ejemplo, financiando proyectos pilotos. Deben desarrollarse y promoverse buenas prácticas en el empleo y la provisión de servicios. (6º) Los Estados deben recopilar datos estadísticos teniendo en cuenta todos los factores de discriminación prohibida. (7º) Los organismos públicos de cada Estado y los organismos de promoción de la igual-

⁷⁵ Por ejemplo, en Estados Unidos este problema debutó considerando las necesidades específicas de las mujeres negras, en Reino Unido muchas de las demandas de discriminación provienen de mujeres caribeñas (Informe: *"Tacking Multiple Discrimination..."*, *ob.cit.*, p. 46), en España podríamos pensar, entre otros grupos, en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes (y, en este caso, con una atención especial a las que practican la prostitución y a las de religión musulmana).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

dad deben ser entrenados en la identificación y el manejo de los casos de discriminación múltiple.

Es un hecho que se está imponiendo en el seno de la Unión Europea la invitación a que sus instituciones y los Estados miembros adopten la perspectiva de la discriminación múltiple en relación con las políticas de igualdad de oportunidades o acciones positivas de las minorías protegidas por el Derecho Anti-discriminatorio. Habrá que prepararse para escuchar todavía más la noción de discriminación múltiple como expresión *à la mode*. Aunque no todo serán facilidades, desde luego, pues el concepto ni es conocido por los agentes de igualdad más que de modo superficial, ni será sencillo identificar los grupos víctimas de discriminaciones múltiples *prevalentes*, ni será fácil fomentar la colaboración entre los movimientos de lucha a favor de la igualdad entre mujeres y hombres, de las minorías étnicas, de los discapacitados, de las minorías religiosas, de los homosexuales, etc. Un buen instrumento para avanzar en este campo sería el trabajo del organismo de promoción de la igualdad de trato exigido por el art. 13 de la Directiva de igualdad de trato racial, pero, como he señalado antes, ni siquiera existe aún en España.

V. EN PARTICULAR, LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO CRITERIO O PERSPECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. APLICACIÓN AL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 69/2.007, DE 16 DE ABRIL, SOBRE DENEGACIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD A MUJER CASADA CONFORME A LA COSTUMBRE GITANA.

Así pues, el concepto de discriminación múltiple puede llegar a resultar útil en el campo de las políticas sociales. Pero su virtualidad no se agota ahí. Como se decía, también puede operar como un nuevo criterio de interpretación jurídica en el marco del Derecho Antidiscriminatorio. Hasta donde sé, ningún juez o tribunal español

lo ha empleado por el momento. Una buena razón explicativa es que el concepto de discriminación múltiple no tiene todavía reconocimiento normativo expreso en nuestro ordenamiento (hacerlo es una de las recomendaciones del Informe europeo), de modo que si algún órgano judicial lo hubiera utilizado, tendría que haberlo hecho a partir de una construcción interpretativa del art. 14 CE, intentando hallarlo en la penumbra de esta disposición, o bien, se me ocurre, por la vía de ampararla en la categoría de “acoso por razón de género o raza”, etc. que se alberga en las normas europeas (y españolas ya transpuestas) El art. 14 CE contiene una lista abierta y no cerrada de factores de discriminación, pero no alude expresamente a la eventual combinación de dos o más de ellos, aunque tampoco cierra esa posibilidad. El marco normativo actual no obliga al intérprete a utilizar el concepto de discriminación múltiple, pero, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como hemos tenido ocasión de comprobar, tampoco lo impide. Sería, mejor, no obstante, por razones de seguridad jurídica, reconocerlo normativamente. El caso es que el análisis judicial de la igualdad en España se ha venido haciendo siempre teniendo en cuenta de modo aislado cada uno de los factores de discriminación, sin combinarlos.

Y, como no podía ser de otro modo, esto ha conducido a fallos criticables por no haber tenido en cuenta la situación de discriminación en toda su complejidad. Un buen banco de pruebas de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2.007, de 16 de abril de 2.007. Una mujer gitana recurrió en amparo ante el Tribunal porque se le había denegado una pensión de viudedad por no concurrir el presupuesto de la relación matrimonial con el causante, a pesar de haber contraído matrimonio con él conforme a los usos y costumbres gitanos en noviembre de 1.971. La demandante consideró que había sido discriminada por razón étnica y de origen social (art. 14 CE), pero el Tribunal desestimó el amparo y el asunto se encuentra actualmente ante la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La argumentación del Tribunal Constitucional puede resumirse de este modo:

(1º) Marco general. El Tribunal identifica dos principios:

a) La Constitución prohíbe la discriminación racial o étnica, a la que se califica de “odiosa y perversión jurídica⁷⁷”, ya sea directa o indirecta⁷⁸.

b) Pero, en cuanto a los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, el Tribunal ha reiterado que no supone una discriminación que el legislador limite dicha prestación a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. El legislador dispone en este campo de un amplio margen de configuración porque la Constitución tampoco prohíbe que extienda la prestación de viudedad a otras uniones diferentes de las matrimoniales. De hecho, la reciente Ley 40/2.007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, ha extendido la pensión de viudedad a las parejas de hecho, aunque con unos requisitos diferentes que para los matrimonios. La unión conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido, sin embargo, reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio.

(2º) Aplicados estos principios al caso, se deduce que la denegación de la pensión de viudedad a la recurrente por no haber contraído matrimonio no supone una discriminación, ni social ni étnica

⁷⁷ Me parece que esta expresión no es del todo correcta porque la perversión (entendida como el hecho que produce la discriminación) podrá ser jurídica sólo si la provoca una norma o una decisión con forma jurídica, pero la mayoría de las veces la perversión será fáctica, no jurídica, en cuyo caso la perversión jurídica sólo podría provenir de una incorrecta protección y reparación jurídicas *a posteriori* de la discriminación.

⁷⁸ Por cierto, también insiste el Tribunal en hacer coincidir la denominación de las discriminaciones directas con las “patentes” y las indirectas con las “encubiertas”. Esto es un error de concepto grave porque tanto las discriminaciones directas como las indirectas pueden ser, a su vez, patentes (un despido por embarazo) o encubiertas (un despido por embarazo pero alegando faltas de puntualidad). Si quisiera ser preciso, el Tribunal debería hacer coincidir las discriminaciones directas con las de “trato” y las indirectas con las de “impacto”. Ambas podrán ser patentes o encubiertas.

(pues no toma como referencia la raza o etnia de ningún modo). La diferenciación de trato entre los que pueden acceder a una pensión de viudedad por haber contraído matrimonio y los que no, es totalmente neutra desde el punto de vista étnico o racial.

(3º) Con este razonamiento al Tribunal le habría bastado para resolver el caso, pero también tuvo que desactivar un argumento propuesto por la recurrente, el de que la equiparación de la unión conforme al rito gitano con las parejas de hecho y no con el matrimonio la discriminaba étnicamente. Habría, a juicio de la recurrente, una “discriminación por indiferenciación” ya que se aplicaría el mismo trato jurídico a dos realidades diferentes (las uniones por el rito gitano y las parejas de hecho). Sin embargo, el Tribunal recuerda que el art. 14 CE no comprende este tipo de discriminación por indiferenciación.

(4º) No obstante, la Sentencia concluye con una recomendación al legislador para que, preservando los derechos y valores constitucionales, las uniones celebradas conforme al rito gitano pudieran tener efectos civiles matrimoniales (fund. jco. 4º).

El Voto particular discrepante de J. Rodríguez-Zapata considera que podría haberse argumentado y fallado de otro modo. En primer lugar, opina que el Tribunal se aparta en este caso de su manera de razonar en otro anterior semejante, resuelto por la STC 199/2.004. En aquella decisión, el Tribunal declaró vulnerado el derecho a la igualdad del viudo de una funcionaria tras acreditar la existencia de una relación conyugal con ella, aunque su matrimonio religioso no fuera inscrito en el Registro Civil por voluntad expresa de los cónyuges⁷⁹. En segundo término, Rodríguez-Zapata argumenta desde la idea del reconocimiento de los derechos de las minorías y su diversidad cultural (con el único límite del orden público constitucional), que requiere medidas de “discriminación positiva”.

⁷⁹ El Tribunal había descartado en el fundamento jurídico 2º la identidad de objeto entre ambos casos, ya que en el de 2004 se había celebrado válidamente un matrimonio (aunque no se inscribiera en el Registro), mientras que en este caso no hay matrimonio reconocido legalmente.

El Tribunal Constitucional ha efectuado, por tanto, en este asunto una interpretación exquisitamente *formalista*. En el lenguaje jurídico norteamericano, se hablaría de un enfoque *race-blind*. El mensaje está claro. Si usted quiere la pensión de viudedad, cátese válidamente. La forma legal de matrimonio como requisito para conseguir en su momento una pensión de viudedad no es un *tertium comparationis* sospechoso en atención a la raza o al grupo étnico. Una respuesta jurídica sencilla y corta, como la propia Sentencia.

Y, sin embargo, no del todo convincente⁸⁰. Expondré las razones que justifican por qué. Una de ellas será, como puede suponer el lector, la idea de que si el caso se hubiera planteado adoptando el enfoque de la discriminación múltiple, combinando el grupo étnico gitano de la víctima con el hecho de que se trataba de una mujer, posiblemente el Tribunal hubiera alcanzado otro fallo. En mi opinión, estamos en presencia de un ejemplo prístino de discriminación múltiple étnica y de género. Pero antes de llegar ahí, intentaré aportar otras observaciones críticos respecto de la Sentencia.

(1º) El primer hecho que cabe recordar es contextual: la escasa (y discutible) jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación racial prohibida por el art. 14 CE⁸¹. La discriminación racial no ha estado entre las preocupaciones del Tribunal y esto se

⁸⁰ En un trabajo anterior afirmé que la argumentación de la Sentencia me parecía formalmente inobjetable, aunque hubiera conducido a una solución injusta ("La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y España. El caso de la minoría gitana", en *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, tomo II, p. 4857) Sigo pensando que el razonamiento que emplea el Tribunal es consistente y razonable, pero me pregunto en el presente texto si hubiera podido hacerlo mejor aún, concluyendo afirmativamente, aunque las dificultades no derivan tanto de lo que dice el Tribunal cuanto de cómo se planteó jurídicamente la demanda.

⁸¹ Sobre esto, permítaseme la remisión al texto: "La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana", en la *Revista de Derecho Político de la UNED* nº 57, Madrid 2.003, pp. 61-109. De hecho, la única Sentencia sobre prohibición constitucional de discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había sido la discutible 13/2.001, de 29 de enero, que resuelve, desestimando, un recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra.

nota en la Sentencia 69/2.007. También respecto de la discriminación por razón de género, el Tribunal atravesó una fase semejante, *sex-blind*, en las sentencias anteriores a la STC 128/1.987. Por otro lado, tampoco la tajante negativa a reconocer la discriminación por indiferenciación (que yo prefiero llamar discriminación por “igualación”) es, creo, asumible por completo⁸².

⁸² Me parece muy interesante el problema de la discriminación *por igualación* (trato jurídico idéntico de lo diverso fáctico) La tesis restrictiva del TC lo resuelve demasiado rápido y sin aportar argumentos consistentes. En efecto, como ha mostrado recientemente E. Cobreros (“Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2.007, pp.102-108), la simple apelación a la dicción literal del art. 14 CE y a la generalidad de la ley, por sí solas, no resultan convincentes para justificar su no inclusión en el ámbito normativo del art. 14 CE. Comparto con él su crítica en este punto, pero no otros elementos de su argumentación, particularmente la utilización que hace de la Sentencia del TEDH del caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2.000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discriminación por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9. Según el profesor Cobreros, esta Sentencia obligaría a interpretar, por la regla hermenéutica del art. 10.2 CE, que la discriminación por indiferenciación está prohibida por nuestro art. 14 CE. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa, de modo que el art. 10.2 CE no sería (aún) aplicable o no de un modo imperativo (a mi juicio, nunca lo es por esta vía: el intérprete constitucional, y mucho más si se trata del Tribunal Constitucional, es libre para elegir los criterios hermenéuticos de resolución del caso –no lo es sólo para no elegir ningún canon interpretativo de corte jurídico). En cualquier caso, con un Tribunal de Estrasburgo expansivo (y crecientemente discutible) parece excesivo convertir a una sola de sus sentencias en criterio de interpretación de nuestros derechos fundamentales. En un trabajo anterior (*El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. MacGraw-Hill, Madrid, 1.995, p. 51.), ya propuse importar para nuestro ordenamiento la tesis clásica de JOSEPH Tussman y J. TenBroek (*The Equal Protection of the Laws*, *California Law Review*, n. 3, septiembre 1.949, vol. XXXVII, pp. 341 y ss.) acerca de que una diferenciación normativa “sobre-inclusiva” (como se produce siempre en los supuestos de discriminación por indiferenciación) pueda llegar a valorarse como una violación del principio general de igualdad. Por otro lado, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (racial, sexual, etc.), particular-

(2º) La desestimación del amparo conduce, en el caso, a que una mujer gitana de escasos recursos sociales, culturales y econó-

mente la categoría de “discriminación indirecta”, como agudamente ha observado E. Cobrerros, reclama la prohibición de tratar jurídicamente de modo idéntico a aquellos sujetos cuya diferente situación fáctica les puede ocasionar un impacto negativo. Por tanto, coincido con el autor citado en que el Tribunal Constitucional no debiera negarse, por principio, a admitir que el art. 14 CE prohíbe también la discriminación por indiferenciación. Ahora bien, me parece que hay una razón de peso que justifica una interpretación restrictiva de la admisibilidad de la discriminación por indiferenciación, razón que ni el Tribunal Constitucional ni E. Cobrerros consideran, y es que la valoración y elección de los criterios o rasgos de diferenciación de trato entre sujetos es política y debe corresponder, en principio, a quien está legitimado constitucionalmente para ello: al legislador.. No es lo mismo, me parece, el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición. En efecto, ¿cuánta desigualdad se requeriría para poder exigir en propio favor un trato distinto? La Sentencia Thlimmenos habla de una situación “sensiblemente” diferente. ¿Cómo se mide esa sensibilidad? Estará clara en los casos más extremos, pero no en la mayoría. Además, habría que distinguir el tipo de disposición porque, evidentemente, la exigencia de diferenciación deberá ser mayor en el caso del Derecho sancionador, pero menor en otros casos. El propio Cobrerros, consciente de las dificultades de aplicación de la discriminación por indiferenciación, propone que se sancione con inconstitucionalidad, pero sin nulidad (*ob.cit.*, p. 110). Y es que el principal atractivo de la discriminación por igualación, la posibilidad que abre al juez de apreciar una discriminación legislativa “real y efectiva” de alguna persona o grupo, constituye, al mismo tiempo, su principal peligro. Una aplicación generosa de la discriminación por indiferenciación (por más que pueda resultar ideológicamente simpática ya que permitiría normalmente hacer justicia en casos concretos), abre la puerta a un activismo judicial de perfiles inciertos y atenta, por ello, al diseño de poderes establecido por la Constitución. Discrepo, pues, con la rotunda negativa del Tribunal Constitucional a entender amparada la discriminación por indiferenciación en el art. 14 CE, pero también con una opinión de manifiesto sentido contrario como la de E. Cobrerros. Más bien, considero que debe admitirse en nuestro ordenamiento la discriminación por indiferenciación, pero sólo de modo restrictivo, como una suerte de *air-bag* de seguridad frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales. Además, habría que distinguir entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto porque la discriminación por igualación jugaría más en el segundo supuesto que en el primero (al ser la prohibición de discriminación sexual, racial, etc. un auténtico derecho fundamental, la libertad de configuración legislativa se ve reducida drásticamente). No obstante, las dificultades para apreciar una discriminación por igualación incluso en el caso de las discriminaciones indirectas es también patente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

micos no perciba una pensión de algo más de 900 euros mensuales por no ser viuda “legal” de un albañil que había cotizado a la Seguridad Social durante casi 20 años y con el que convivió con la convicción de que eran matrimonio a todos los efectos durante 29 años de su vida y del que ha tenido seis hijos. La reforma de la Ley de la Seguridad Social en diciembre de 2.007 extiende la pensión de viudedad a las parejas de hecho (art. 174.3) y contempla, en su Disposición Adicional Tercera, la posibilidad de retroacción, bajo ciertas condiciones, si se solicita dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley, de modo que, si la recurrente cumpliera todos los requisitos, quizás sí pudiera llegar a disfrutar pese a todo de una pensión de viudedad, pero la sensación de que la Sentencia no hizo justicia en el caso concreto (o toda la justicia que hubiera podido) permanece. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el matrimonio ha gozado de apariencia jurídica porque disponía de Libro de Familia (desde 1.983), de título de familia numerosa (desde 1.986), y todos los familiares del marido estaban reconocidos como tales en su cartilla de la Seguridad Social. Y, a mayor abundamiento, la recurrente no pudo en 1.971 contraer matrimonio de carácter civil (nadie podía hacerlo en esas fechas, salvo previa declaración de apostasía de la fe católica).

Por eso no es casual que para que el Tribunal pudiera fallar como lo hizo se cuidara de dejar sentado inicialmente (fund. jco. 2º) que como no se había planteado en la vía judicial ordinaria el problema del eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación basado en la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio civil con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, ni tampoco la posibilidad de aplicación analógica del tratamiento establecido para los matrimonios nulos, a los que, en algunas ocasiones, se les llega a reconocer el derecho a una pensión de viudedad (un ejemplo, por cierto, de protección jurídica de la apariencia matrimonial), la Sentencia no los iba a abordar. A mi juicio, ésta es la

clave de la decisión. La elección por el Tribunal del escenario argumental en el que va a desarrollarse el razonamiento determina por completo su resultado. Es evidente que los argumentos excluidos a *limine* permitían (o incluso reclamaban) una construcción interpretativa no tan formalista como la que eligió finalmente el Tribunal.

(3º) Si el Tribunal hubiera utilizado las vías de interpretación citadas, podría haber otorgado el amparo en el caso concreto sin poner en cuestión el marco general de acceso a la pensión de viudedad. Hubiera razonado desde el principio general de igualdad (art. 14a CE) y no hubiera necesitado hacerlo desde la prohibición de discriminación racial o étnica (art. 14b CE) Pero el conflicto también podría abordarse desde esta última perspectiva. En efecto, en el Derecho Antidiscriminatorio se llama discriminación indirecta o de impacto a todos aquellos tratos jurídicos diferentes en atención a un factor no “sospechoso” o neutro desde el punto de vista racial, sexual, etc. (por ejemplo: la exigencia de forma legal de matrimonio para acceder a una pensión de viudedad), pero que, de hecho, impactan de forma adversa sobre una persona o grupo en desventaja (por ejemplo: las viudas gitanas) sin que exista una justificación suficiente (que la medida constituya una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo público legítimo⁸³). La cuestión es opinable. En principio, el legislador sí puede anudar, por razones de seguridad jurídica, la prestación de una pensión de viudedad a unas formas de convivencia y no a otras. Pero al excluir por completo la forma derivada de la costumbre gitana en un mo-

⁸³ En la Sentencia “D. H. y otros contra la República de Chequia”, de 13 de noviembre de 2.007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido un caso de discriminación indirecta contra varios niños gitanos. El Tribunal consideró contrario al art. 14 del Convenio el envío (en la República checa) de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna (el 75% de los niños gitanos iban a este tipo de centros, según datos aportados por el propio gobierno checo), a pesar de que aparentemente el criterio de selección era neutro desde el punto de vista étnico (un test psicológico) y de que los padres tenían que firmar el consentimiento de esa derivación escolar.

mento en el que la recurrente no podía contraer matrimonio civil se estaría excluyendo, de hecho, del acceso a la pensión de viudedad a todo un grupo de mujeres por razones étnicas (art. 14 CE) y también se incurriría en discriminación por razón de religión o convicciones, puesto que, finalmente, se estaría condicionando el acceso a la pensión de las viudas que contrajeron matrimonio en esas fechas a que lo hubieran celebrado conforme al rito católico.

(4º) No se explora las posibilidades de combinar en el caso las discriminaciones étnica y de género. Me parece que, con esta omisión, se pierde por completo la perspectiva de análisis de los hechos discriminatorios. La recurrente es tratada de modo distinto y peor porque es gitana y porque es mujer, o, mejor dicho, porque es una mujer gitana. Ciertamente, también un varón gitano hubiera sido discriminado si se le hubiera denegado una pensión de viudedad por las mismas razones, pero la institución de la pensión de viudedad, aunque no disponible sólo para las mujeres, despliega un sentido específico (cuantitativo y cualitativo) en relación con ellas, como pusiera de relieve el Voto particular de F. Rubio Llorente en la STC 103/1.983, de 22 de noviembre⁸⁴.

⁸⁴ La Sentencia 103/1.983 sí se atreve a innovar el ordenamiento, y además de una forma amplia, declarando inconstitucional el requisito de acceso a la pensión de viudedad que se exigía para los viudos y no para las viudas de hallarse, al tiempo del fallecimiento de la esposa, incapacitado para el trabajo y a cargo de la mujer. Rubio Llorente, en su Voto particular, no considera, sin embargo, irrazonable la diferencia que la Ley establecía en el acceso a la pensión entre viudos y viudas porque ambos grupos son diferentes. “Es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer”. La división doméstica del trabajo arroja sobre la mujer “la parte más importante, si no la totalidad, del trabajo en el hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeñan tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres”. Esta desigualdad “real y efectiva” debe ser eliminada por el legislador, “pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla”.

El corazón argumentativo de la defensa de la recurrente se ha situado en el intento de reconocimiento del rito del matrimonio gitano como un hecho cultural diferencial de la comunidad gitana acreedor de respeto y protección. Pero la idea de que dicho rito debe considerarse, al menos en ciertos casos, como una forma de matrimonio equiparable a las reconocidas expresamente por el ordenamiento no fue acogida por el Tribunal. Tan sólo motivó esa vaporosa recomendación final al legislador para que éste desarrollara en el futuro una regulación que, bajo ciertas condiciones, otorgara a “las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos” plenos efectos civiles matrimoniales. El Voto particular, por el contrario, sí que acoge la tesis de la protección de la identidad cultural gitana. La línea argumental del matrimonio gitano como hecho cultural diferencial de la comunidad gitana equiparable al resto de formas matrimoniales aceptadas por el ordenamiento (de modo que su exclusión pudiera lesionar derechos fundamentales como el de no sufrir discriminación étnica o el de contraer libremente matrimonio) plantea, sin embargo, no pocos problemas. No está claro que algunos aspectos del matrimonio gitano, que, a diferencia de las formas religiosas permitidas, ni es un rito religioso ni, a diferencia del matrimonio civil, permite tener constancia de su celebración (ya que no es fácil determinar ante qué persona, y bajo qué título, se presta el consentimiento, de modo análogo al funcionario o al ministro religioso⁸⁵) respeten el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de género⁸⁶.

⁸⁵ El magnífico trabajo de Ana Laura Cabezuelo insiste de modo particular en este punto: “Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos”, en Derecho Privado y Constitución, n. 21, 2.007, pp. 48s

⁸⁶ En particular, la comprobación de la virginidad de la novia (ver, en este sentido: M^a Cruz Musoles: “El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril”, en Revista General de Derecho Eclesiástico del Estado, n.º 16, 2.008, p. 22, y A.L. Cabezuelo, ob. cit., pp. 47 s.), pero también (aunque se produzca en menos ocasiones) de los matrimonios concertados por los padres.

Personalmente, insisto, me convence más el planteamiento estratégico de la cuestión, respecto de los argumentos de igualdad, a partir de un enfoque de discriminación múltiple. Se ha discriminado a una mujer gitana por una situación que sólo puede tener por víctimas a mujeres gitanas. En el caso en examen, a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se la impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo a los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de éste (por ser mujer y gitana), pero se la negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano). Es evidente que su experiencia de discriminación no la hubiera podido haber sufrido ni una mujer paya ni tampoco un varón gitano. Es específica. Es una discriminación múltiple. Una discriminación que no ha sido judicialmente reparada.

III

Investigaciones

EL STATUS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR

Pablo Mauricio Alvergue*

I. INTRODUCCION

Para establecer la condición de los actuales miembros de la sala de lo Constitucional en la Legislación salvadoreña, es preciso referirse a sus antecedentes históricos ya que la sala de lo Constitucional fue creada en la constitución de 1983. Sin embargo, las disposiciones constitucionales que establecieron las garantías y recursos asignados en la actualidad a la mencionada sala fueron incorporadas al texto constitucional en la carta magna de 1950 y repetidas sin ninguna modificación en la de 1962.

A diferencia de lo dispuesto en la Constitución vigente, tales atribuciones correspondían a la Corte Suprema en pleno, de manera que el principal cambio que la Constitución de 1983 introdujo fue la asignación a una sala en particular de los juicios de inconstitucionalidad y los recursos de amparo y de Habeas Corpus aunque respecto a este último su competencia no es exclusiva ya que es compartida por las cámaras de segunda instancia del interior del país.

Dada la trascendencia de este cambio y las circunstancias en que surgió, es oportuno realizar un recuento histórico de la evolución constitucional salvadoreña la que solamente durante el siglo XX ha conocido 5 constituciones distintas y sobre todo la actual que ha experimentado múltiples reformas, en particular para adaptarla a los compromisos establecidos en los acuerdos de paz de 1992.

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador; profesor de filosofía general, filosofía del Derecho, sociología jurídica y metodología de la investigación Científica en la Universidad de El Salvador y la Universidad Dr. José Matías Delgado; actual Subdirector del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Dr. José Matías Delgado. pmalvergue@ujmd.edu.sv

II. LA HISTORIA DE LOS GOLPES DE ESTADO

El Salvador ha tenido a partir de la declaratoria de independencia el 15 de septiembre de 1821 trece Constituciones la mayoría de ellas debido a crisis políticas que se resolvieron invariablemente por medio de golpes de estado que abrogaron la constitución en vigencia y después de un periodo mas o menos prolongado de gobiernos de facto, retornaron a la normalidad mediante la convocatoria a una asamblea constituyente a fin de que se dictara una nueva constitución. No siempre la nueva Constitución significaba la introducción de cambios constitucionales importantes, como ocurrió con la de 1962 respecto a la de 1950 de la cual era una copia fiel a no ser por la modificación de un artículo que en la constitución de 1950 decía: La educación impartida por el Estado será “laica y la de 1962 que sería democrática” así como la modificación de disposiciones que según la de 1950 impedirían que el coronel Julio Adalberto Rivera, cabecilla del golpe de estado de 1961 pudiera ser candidato a la presidencia de la república en las elecciones de 1962.

Es importante aclarar que el recurso a los golpes de estado y la frecuencia de estos obedecía al hecho, al menos durante el siglo XX de que el ejercicio del poder ejecutivo, es decir, de la presidencia de la República a partir de 1931 se convirtió en patrimonio de la Institución militar y aunque los golpes de estado significaban siempre la destitución del Presidente y de los miembros del órgano legislativo, la reconstrucción de el gobierno no afectaba, la base del sistema, pues la Fuerza Armada conservaba siempre la potestad de reproducirlo y mantenerlo vigente.

De esa manera, las constituciones de 1950, 1962 y 1983 fueron precedidas por los respectivos golpes de estado efectuados en 1948, 1961 y 1979 respectivamente.

Mención especial merece el último de los golpes mencionados por cuanto sus efectos significaron el fin del sistema a que se ha

hecho alusión, en el sentido de que significó el fin de la hegemonía política de la Fuerza Armada y no logró evitar o mejor dicho revertir un conflicto político militar que sumió al país en una prolongada ola de violencia de 12 años a la que solo fue posible darle fin en 1992 con los acuerdos de paz. Esta vez no fue necesaria una nueva Constitución pero tales acuerdos originaron como se ha dicho numerosas reformas a la Constitución de 1983.

Según la Constitución de 1950 la Corte Suprema de Justicia tenía como primera atribución la de conocer de los juicios de amparo y de los recursos de casación, dicha atribución era competencia de la Corte plena.

La disposición Constitucional que fundamentaba el amparo era el Art. 164 cuyo texto expresaba: “Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad ni de su propiedad o posesión sin ser antes oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma cusa”.

“Toda persona tiene derecho al Habeas Corpus ante la Corte Suprema de Justicia o Cámara de Segunda Instancia que no residan en la capital, cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad”.

En la Constitución de 1962 aparecen en forma idéntica la misma disposición transcritas.

Es hasta en la Constitución de 1983 que se produce el cambio en la estructura de la corte Suprema de Justicia.

El informe de la Comisión redactora del texto constitucional explica de manera detallada los motivos determinantes de los cambios introducidos respecto a la nueva composición de la Corte, en los términos siguientes:

III. EL ORGANO JUDICIAL

“La Comisión se ha esforzado en la redacción de este Capítulo, por considerar que el funcionamiento del Órgano Judicial,

especialmente en lo que concierne al control de la constitucionalidad de las leyes y a la legalidad de los actos gubernamentales, es el eje alrededor del cual gira el ordenamiento democrático. Son los tribunales los que en última instancia dan al ciudadano la garantía de que las leyes pueden hacerse valer, no solo frente a los particulares, sino que frente a cualquiera de los detentadores del poder que las infrinja. Si la Constitución puede llamarse ley fundamental es porque existe un organismo y unos procedimientos capaces de hacer valer sus disposiciones y de interpretarla de acuerdo, no solo con el espíritu y la intención de sus autores sino de las necesidades cambiantes de los pueblos”.

“Esa actitud reverencial de respeto al derecho es el producto de una atmósfera cultural, pero también de circunstancias de orden práctico relacionadas con la seguridad que los miembros de Órgano Judicial tienen en cuanto a su estabilidad en el cargo y la garantía de una remuneración que es permita mantener un nivel de vida digno de su misión y jerarquía”.

“El Juez y el Magistrado es, en los países que observan el imperio del derecho, algo más que un funcionario público. Es un ministro del culto a la justicia, de vocación permanente que no repara en las temporarias apetencias de una posición de poder. Esta es la concepción que la Comisión redactora tiene de los miembros del Órgano Judicial y, aunque reconoce las imperfecciones humanas y la débil tradición de respeto a la majestad de la ley que ha existido en El Salvador, cree que este es el momento oportuno de dar un paso firme para cambiar un estado de cosas, en el que ha faltado un mínimun aceptable de garantías de que los derechos fundamentales de los salvadoreños pueden hacerse valer frente a los intereses y las arbitrariedades de la fuerza. Es posible que la aplicación de esta concepción del Órgano Judicial encuentre dificultades al principio pero cree la Comisión que su vigencia corregirá aquellas situaciones de injusticia en los años venideros”.

“Con la creación de la Sala de lo Constitucional, compuesta por cinco magistrados, se eleva a catorce el total de los magistrados de la Corte Suprema de justicia, de manera que además de estos cinco se mantengan tres por cada una de las otras salas ahora existentes, sin contar a la Sala de Amparo que desaparece, ya que sus funciones son asumidas por la Sala de lo Constitucional”.

IV. “LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

Cuestión de la más grande importancia a la que la Comisión le otorgó tiempo, estudio y análisis fue la relativa al control de la constitucionalidad de las leyes, la legalidad de los actos de la administración y la efectiva aplicación de las garantías y derechos de la persona humana. En algunos países todos los procedimientos constitucionales son del conocimiento y resolución del Órgano o Poder Judicial y concretamente del más alto tribunal. En algunos otros para este fin se ha creado los tribunales constituciones que no forman parte del Órgano Judicial y aún en otros, el control constitucional corresponde a órganos que no son jurisdiccionales”.

“En la legislación salvadoreña, el conocimiento y fallo de los procesos constitucionales corresponde a la Corte Suprema de Justicia, con la variante que una de sus salas conoce y resuelve exclusivamente sobre los recursos de amparo por violación de los derechos constitucionales. *De acuerdo a estos precedentes y para no variar en mayor medida la tradición salvadoreña, pero al mismo tiempo facilitar y expeditar la aplicación de la justicia constitucional, la Comisión estimó que un sistema apropiado, intermedio entre la creación de un tribunal especial no dependiente del Poder Judicial y, la atribución a la Corte Suprema en pleno de todos los procesos constitucionales, consistía en ampliar el número de los magistrados de la Sala de Amparos, con el nombre de Sala de lo Constitucional, otorgándole jurisdicción y competencia para el conocimiento y so-*

lución de todos los procesos de esta naturaleza. Y así lo estableció en el proyecto. Estimó también la Comisión que esta Sala de lo Constitucional debería estar presidida por el Presidente de la Corte Suprema, funcionario que conforme a la legislación vigente no forma parte de ninguna Sala de la Corte y cuyas funciones son más administrativas que jurisdiccionales. Con esto se le da categoría y relevancia al Presidente del Órgano Judicial. Estimó además la Comisión que debiese ser la propia Asamblea Legislativa la que designara a los miembros de la Sala de lo Constitucional, en atención a que ellos ejercitan una función y administran una justicia que reúne caracteres de orden políticos, no de política partidista, sino de aquella que se refiere a la interpretación de las normas constitucionales que son normas políticas. Por eso es que en una especie de pleonasma se acostumbra a hablar de Constitución Política”.

“Es frecuente que los Magistrados de la Corte sean funcionarios o Magistrados de carrera, con larga experiencia judicial, pero con poco sentido de la dinámica jurídico-política de la norma constitucional que requiere de especialistas en la materia. La composición de la Sala de lo Constitucional puede ser determinante para fijar en el futuro el rumbo del progreso en el incumplimiento de las disposiciones programáticas de la Constitución”.

En concordancia con lo expuesto por la comisión antes citada, la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Constitucional quedo redactada como sigue: “Art. 172 .- La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a éste la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso- administrativo, así como en las otras que determine la ley”.

La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley.

Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”.

El Órgano Judicial dispondrá anualmente de una asignación no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado”.

“Art. 173.- “La Corte Suprema de justicia estará compuesta por el número de Magistrados que determine la ley, los que serán elegidos por la Asamblea Legislativa y uno de ellos será el Presidente. Éste será el Presidente del Órgano Judicial”.

La Ley determinará la organización interna de la Corte Suprema de Justicia, de modo que las atribuciones que le corresponden se distribuyan entre diferentes Salas”.

“Art. 174.- La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7^a. Del Art. 182 de esta Constitución.

La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será elegido por la misma en cada ocasión en que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial”.

V. CARACTERISTICAS DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA CONSTITUCION DE 1983 RESPECTO AL PODER JUDICIAL Y LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.

La introducción de una Sala de lo Constitucional en la cima del poder Judicial significó un cambio de gran trascendencia en el sistema judicial salvadoreño en la medida en que modificó su naturaleza

desde el punto de vista judicial. La Corte Suprema de Justicia había sido siempre un Tribunal de tercera instancia cuya principal función era la de conocer de los recursos de casación y en materia de amparo, la mayoría de los casos era de naturaleza civil, penal y administrativa respondiendo a la disposición Constitucional de que nadie puede ser privado del derecho a la vida, la libertad a la propiedad y posesión sin antes haber sido oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes: ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

En otras palabras a creación de la Sala de lo Constitucional representa un paso significativo hacia el nuevo modelo planteado por el neo-constitucionalismo.

Es oportuno hacer alusión a que de acuerdo con las previsiones en materia de defensa del régimen Constitucional incorporadas en la Constitución de 1950 el sistema salvadoreño instituyó diversos medios entre los que cabe citar la del de inconstitucionalidad de las leyes en forma general y la inaplicabilidad de las leyes, en las siguientes disposiciones de la constitución vigente:

Art. 183.- La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

Art. 185.- Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales.

“Art. 186.- Se establece la Carrera Judicial.

Los Magistrados de la Corte Suprema de justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovarán por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para la elec-

ción como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos.

La elección de los Magistrados de la corte Suprema de Justicia, se hará de una lista de candidatos, que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los Abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico.

VI. REGIMEN ESPECÍFICO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

Las disposiciones transcritas constituyen tanto el régimen propio de la Corte Suprema de Justicia como el de la Sala de lo Constitucional en tanto que esta última es parte de la Corte Suprema aunque con algunas características que la diferencian de las otras salas respecto a la forma como se constituye como a las atribuciones que se le asignan, las que, como ha quedado establecido en las disposiciones transcritas han pasado de ser competencia del Tribunal Supremo a serlo de la Sala de lo Constitucional exclusivamente.

Es del caso señalar que en todo lo demás por lo que se refiere a jerarquía no existe diferencia con el resto de los magistrados pues se trata de un tribunal integrado a la Corte Suprema de Justicia que participa de las sesiones de corte plena en condición de igualdad con las otras salas.

VII. ESTATUTO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

Encontrándose el estatuto de la Sala de lo Constitucional regulado por las disposiciones transcritas todas ellas de la constitución vigente, su existencia se encuentra fundamentada en normas de carácter constitucional aunque el régimen del poder judicial se en-

cuentra desarrollado para su funcionamiento en la Ley orgánica del poder Judicial. Así mismo en cuanto a la parte procesal, la Sala de lo Constitucional se rige por la ley de procedimientos Constitucionales.

Como lo expresa la disposición respectiva la sala de lo Constitucional esta integrada por cinco magistrados propietarios y cinco suplentes.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son electos por la Asamblea Legislativa mediante el voto de los dos tercios de los diputados electos lo que en el caso salvadoreño significa el voto de 56 diputados ya que el pleno de la asamblea se compone de 84 diputados.

VIII. REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD

Los requisitos exigidos a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia están consignados en el Art. 176 de la constitución y son: ser salvadoreño por nacimiento del estado secolar mayor de cuarenta años abogado de la República de moralidad y competencia notarias; haber desempeñado una magistratura de segunda instancia durante seis años o una judicatura de primera Instancia durante nueve años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes e su elección; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeñado de su cargo.

IX. PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN

El procedimiento de designación esta regulado en el artículo 186 cuyo texto manifiesta: Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovaran por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la

ley tanto para la elección como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos.

La elección de los magistrados de la corte Suprema de Justicia se hará de una lista de candidatos que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de los cuales provendrá de los aportes de las entidades representativas de los abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico.

El Art. 187 constitucional hace alusión al Consejo Nacional de la judicatura el cual dice es una institución independiente encargada de proponer candidatos para los cargos de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de segundo Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz”.

X. EL JURAMENTO

El juramento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se realiza ante la Asamblea Legislativa una vez efectuada la respectiva elección.

XI. INCOMPATIBILIDADES

Las únicas incompatibilidades que la Constitución establece son las consignadas en el Art. 188 cuyo tenor literal es “La calidad de magistrado de Juez es incompatible con el ejercicio de la abogacía y del notariado así como con la de funcionario de los otros órganos del Estado excepto la de docente y la de diplomático en misión transitoria y como impedimento para su elección el art. 178 establece que “No podrán ser elegidos magistrados de la Corte Suprema de Justicia ni de una misma cámara de Segunda Instancia, los cónyuges ni los parientes entre si, comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

XII. DURACIÓN DEL CARGO

El cargo de magistrado de la Corte Suprema dura 9 años y es reelegible por igual período aunque en la práctica opera una especie de ley no escrita de carácter consuetudinario en contra de la reelección ya que hasta la fecha ni un solo Magistrado de la Corte Suprema ha sido reelecto.

XIII. INAMOVILIDAD

En lo que refiere a la inamovilidad puede considerarse como uno de los beneficios que sí han tenido pleno cumplimiento, pues no se ha presentado ningún caso de destitución de magistrado y la ley a que se refiere el Art. 186 según la cual “los magistrados podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley” tampoco existe.

XIV. RETRIBUCIÓN ECONOMICA

En cuanto a la retribución económica el informe de la comisión redactora de la Constitución manifiesta en el segundo párrafo que el respecto al derecho es el producto de una atmosfera cultural, pero también de circunstancias de orden práctico relacionadas con la seguridad que los miembros del Órgano Judicial tienen en cuanto a su estabilidad en el cargo y la garantía de una remuneración que les permita mantener un nivel de vida digno de su misión y jerarquía”.

En correspondencia con lo establecido en el inciso aludido, el último inciso del Art. 172 Cn. Prescribe que “El Órgano Judicial dispondría anualmente de una asignación no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado. Tal disposición se complementa con la atribución del 13^a del Art. 181 Cn. Cuyo texto dice: 13^a Elaborar el proyecto de presupuesto de los sueldos y gastos de la administración de justicia y remitirlo al Órgano Ejecutivo

para su inclusión sin modificaciones en el proyecto del presupuesto general del Estado”.

“Los ajustes presupuestarios que la Asamblea Legislativa considere necesario hacer a dicho proyecto se harán en consulta con la Corte Suprema de Justicia”.

Dada la autonomía presupuestaria de la Corte Suprema de Justicia goza de amplia libertad respecto a la fijación de salarios y demás prestaciones de que gozan los magistrados y jueces así como colaboradores y personal administrativo al punto de que el Poder Judicial se considera el mejor remunerado del personal gubernamental.

En cuanto a las prestaciones que reciben los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el salario mensual es superior a los cuatro mil dólares, además gozan de seguros de vida y de salud, vehículos para su uso personal con conductores y gasolina así como dotación de personal de seguridad y cuando se trata de viajes al exterior se les proporcionan gastos de viaje superiores a los trescientos dólares diarios.

XV. LIBERTAD DE OPINIÓN Y VOTO

En el ejercicio de sus funciones tiene plena vigencia lo dispuesto en el inciso 3ro del Art. 172 Cn. Según el cual “Los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional son independientes y están sometidos exclusivamente a la constitución y a las leyes”. En concordancia con esta disposición son frecuentes los votos particulares o disidentes de los magistrados que son difundidos tanto en los medios de comunicación como en las publicaciones periódicas de la Corte Suprema de Justicia.

XVI. REGIMEN DE RESPONSABILIDADES

El régimen de responsabilidades de la Sala de lo Constitucional puede considerarse que es doble pues participa de responsabilidades correspondientes a la Corte plena y tiene además sus propias responsabilidades tal como lo expresa el primer inciso del Art. 174 Cn. “La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 el cual prescribe lo siguiente: “Cuando la devolución de un proyecto de ley se deba a que el Presidente de la República lo considera inconstitucional y el Órgano Legislativo lo ratifica en la forma establecida en el artículo que antecede, deberá el Presidente de la República dirigirse a la Corte Suprema de Justicia dentro del tercer día hábil para que este oyendo las razones de ambos decide si es o no constitucional, a mas tardar dentro de quince días hábiles. Si la Corte decidiera que el proyecto es Constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley”.

En cuanto al fuero de que gozan los magistrados de la Corte Suprema de Justicia al Art. 236 Cn. Expone: “El Presidente y vicepresidente de la República, los Diputados, los designados a la presidencia los ministros y viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las cámaras de segunda Instancia y otros altos funcionarios de los principales órganos del Estado responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan. La Asamblea oyendo a un fiscal de su seno y al indicado, o aun defensor especial, en su caso, declararía si hay o no hay lugar a la formación de causa”.

“En el primer caso se pasarán las diligencias a la cámara de Segunda Instancia que determine la ley para que conozca en primera instancia y en el segundo caso se archivarán”.

“De las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada conocerá en segunda instancia una de las salas de la Corte Suprema de Justicia y del recurso que dichas resoluciones admitan, la Corte en pleno”.

XVII. DISPOSICIONES APLICABLES A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIA.

Según la ley orgánica del Poder Judicial Art. 11 “La Corte Suprema de Justicia tendrá Magistrados Suplentes en número igual al de los magistrados propietarios y serán elegidos por la Asamblea Legislativa así: cinco de ella exclusivamente para la Sala de lo Constitucional y los restantes para suplir indistintamente a cualquiera de los propietarios de las otras salas del Tribunal.

El Art. 12 agrega lo siguiente: “Tratándose de la Sala de lo Constitucional en las cosas de licencia, vacancia, discordia, recusación, impedimento o excusa o al darse cualquiera otra circunstancia en que un magistrado propietario de ella estuviere inhabilitado para integrarla, podrá llamarse a cualquiera de sus propios suplentes. Solo en defecto de éstos se llamará al Magistrado o Magistrados propietarios de cualquiera de las otras Salas que fueren necesarios y en defecto de estos últimos se llamará a un conjuer o conjuerces”.

El Art. 14 Expresa: la Sala de lo Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes, decretos o reglamentos o en las controversias y causas a que se refieren los artículos 138 (cuando el Presidente de la República hace observaciones a un proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad) y 182 (suspensión o pérdida de los derechos de ciudadanía) podrá pronunciar sentencia

sea ésta interlocutoria o definitiva, necesitará por lo menos cuatro votos conformes. En los procesos de amparo o de habeas corpus para dictar sentencia definitiva o interlocutoria necesitará por lo menos tres votos conformes”.

XVIII. DE LAS PROCEDENCIAS

El Art. 128 de L.O del P.J. Establece el siguiente orden de precedencias: “El Presidente de la Corte Suprema de Justicia (también Presidente de la Sala de lo Constitucional) precederá a la de lo Civil esta a la de lo Penal y esta última a lo de lo Contencioso Administrativo. La precedencia de los magistrados de la Sala de lo Constitucional será conforme al orden de su designación”.

XIX. PERTINENCIA DEL MODELO ADOPTADO

Tal como lo expresa el informe de la Comisión Redactora de la Constitución de 1983, no aparece en dicho informe ninguna referencia respecto al modelo adoptado ni a las razones que los determinaron optar por la sala de lo Constitucional como el más conveniente para el sistema salvadoreño, decisión que fue considerada como definitiva. Tal perspectiva se colige de las citas hechas en este documento de lo expresado por la Comisión Redactora respecto a la Sala de lo Constitucional cuando manifiesta: “En algunos países todos los procedimientos constitucionales son del conocimiento y resolución del Órgano o Poder Judicial y concretamente del mas alto tribunal.

En algunos otros para este fin se han creado los Tribunales constitucionales que no formar parte del Órgano Judicial y aún en otros, el control constitucional corresponde a Órganos que no son jurisdiccionales.

“En la legislación salvadoreña el conocimiento y fallo de los procesos constitucionales corresponde a la Corte suprema de

Justicia, con la variante de que una de sus salas conoce y resuelve exclusivamente de los recursos de amparo por violación de los derechos constitucionales. De acuerdo con estos precedentes y para no variar en mayor medida la tradición salvadoreña, pero al mismo tiempo facilitar y expeditar la aplicación de la justicia constitucional, la Comisión estimó que un sistema apropiado intermedio entre la creación de un tribunal especial no dependiente del Poder Judicial y, la atribución a la Corte Suprema en pleno de todos los procesos constitucionales, consistía en ampliar el número de los magistrados de la Sala de amparos con el nombre de Sala de lo Constitucional, otorgándole jurisdicción y competencia para el conocimiento y solución de todos los procesos de esta naturaleza, y así lo estableció el proyecto”.

Como es fácil apreciar de los párrafos transcritos, se tuvo en cuenta los diferentes modelos de justicia constitucional existentes adoptándose uno cuya finalidad principal fue el de descargar a la Corte plena la responsabilidad de la justicia constitucional pero en ningún momento se aludió a un sistema concreto de un determinado país del cual se habría tomado el modelo.

En el esfuerzo por rastrear alguna referencia a nivel centroamericano, fueron consultadas las diferentes constituciones de la región, encontrando que en vez de una mayor similitud dentro de un prolongado proceso de integración centroamericana lo que prevalece es una diversidad total, pues Guatemala sí tiene una Corte de Constitucionalidad totalmente reparada del Poder Judicial con un procedimiento de elección de los magistrados distinto del de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de Honduras la constitución menciona la existencia de una Sala de lo Constitucional pero no la confiere atribuciones especiales como las de la Sala de lo constitucional nuestra, de suerte que puede considerarse en pie de igualdad con las otras Salas, al menos desde el punto de vista constitucional, al respecto dice la

Constitución en su artículo 316: La Corte Suprema de Justicia estará organizada en salas una de las cuales es la de lo Constitucional.

Respecto a la constitución de Nicaragua es la corte Suprema en pleno la que ejerce la justicia constitucional.

En el sistema Costarricense existe una Sala de lo Constitucional pero fue introducida en una reforma a la Constitución efectuada en 1989, es decir 6 años después de la promulgación de nuestra constitución por lo que no pudo ser tomada de modelo y forma parte de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo que se refiere a Panamá el Art. 203 de la Constitución establece que la Corte Suprema de justicia tendrá entre sus atribuciones constitucionales las siguientes: “La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá”.

Es obvio que ninguna de las constituciones consultadas pudo haber servido de modelo a la modalidad adoptada por el constituyente de 1983.

Finalmente puede decirse que la fórmula escogida por el constituyente de 1983 ha funcionado, dando lugar a una mayor especialización constitucional tanto por parte de los magistrados que integran la sala de lo constitucional como por el equipo de colaboradores que los asisten, ya que un buen número de estos últimos han realizado estudios especializados habiendo obtenido maestrías y doctorados en universidades españolas. Es apropiado mencionar que el hecho de formar parte de la Corte Suprema de justicia ha evitado conflictos de competencia como los que han ocurrido con los tribunales de constitucionalidad independientes o como las que en nuestro medio se han generado entre la Corte Suprema y el Consejo Nacional de la Judicatura.

Hasta la fecha no se ha considerado la necesidad de reformar el estatuto de la Sala de lo Constitucional ni la posibilidad de crear un Tribunal constitucional independiente y sin embargo, es del caso señalar algunas dificultades que se han presentado en relación con

su misma integración como la ocurrida recientemente de que 4 magistrados de dicha Sala dejaron de formar parte de la misma una por haber renunciado al cargo, debido a que pasó a formar parte del gabinete del nuevo gobierno y los otros tres por haber finalizado su período lo que produjo la inexistencia momentánea de la Sala y la consecuente paralización de los asuntos de su competencia entre las que existía un amparo en virtud del cual la misma sala, dictó una resolución de sus pensión del acto reclamado dirigida a la Asamblea Legislativa, resolución que paralizó la elección de los magistrados al quedar pendiente de parte de la Asamblea la elección de los magistrados hasta que se resolviera el amparo, grave incidente que se resolvió por desistimiento de la persona que interpuso el amparo.

IV

Análisis

PROCEDIMIENTO ORAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand*

La oralidad se hace necesaria en todos nuestros países, porque se logra evitar el flagelo de la lentitud, el burocratismo, el exceso de ritualismos y formalidades, lo que acarrea la eventual pérdida del derecho por una mala opción procesal. Se obtiene una mayor concentración y la inmediación del proceso, logrando la credibilidad en el sistema y la justicia.

En El Salvador el Código Procesal Civil y Mercantil, se aprobó el día dieciocho de septiembre de 2008, estando en su *vacatio legis*, y entrará en vigencia el uno de enero de dos mil diez. Sus principales características son: está inspirado en un modelo procesal adversativo- dispositivo, que descansa en la introducción del principio de oralidad, como base de las actuaciones procesales, lo que redundará en un fortalecimiento de la legalidad, la publicidad, la celeridad y la concentración de actuaciones, y sobre todo, de la inmediación. Permite la actuación del juez como director del proceso y no como un simple espectador, superando con creces los caracteres de la obsoleta legislación escrita, lenta, formal y burocrática del vigente código.

* Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, Licenciada en Ciencias Jurídicas, con Máster en Educación Universitaria, Máster en Derecho Público y Privado y Postulante para el Doctorado en Derecho Público y Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Magistrada de la Cámara Segunda de lo Civil, del Distrito Judicial de San Salvador y miembro propietario del Consejo Nacional de la Judicatura. margaritaromagoza5@hotmail.com

El Código Procesal contiene cinco libros: el primero se refiere a los principios procesales que lo rigen y la aplicación de las normas procesales. El segundo, a los procesos declarativos; El tercero, a los procesos especiales. El cuarto, a los medios de impugnación y el quinto, a la ejecución forzosa.

Los procesos declarativos se dividen en: comunes, abreviados y especiales; dentro de los especiales están: Los ejecutivos, posesorios, inquilinato y monitorios.

El ámbito del proceso común es: La demanda, cualquiera que sea su cuantía, en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad industrial y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda, en función de la cuantía que se reclame. También se decidirán en el proceso común las demandas cuya cuantía supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de un modo relativo.

El ámbito del proceso abreviado son: las demandas cuya cuantía no supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América. También se decidirán por este trámite, cualquiera que sea su cuantía: a) Las demandas de liquidación de daños y perjuicios; b) Las demandas de oposición a la reposición judicial de títulos valores; c) Las demandas relativas a la disolución y liquidación judicial de una sociedad y d) Las demandas de nulidad de sociedades.

El Proceso ejecutivo: Podrá iniciarse cuando del título correspondiente emane una obligación de pago en dinero, exigible, líquida o liquidable, con vista del documento presentado.

El proceso posesorio: Será aplicable a todas las pretensiones posesorias reguladas en los títulos XII y XII del Libro Segundo del Código Civil Salvadoreño.

Los procesos de inquilinato: Comprenden las demandas de terminación de contrato, por falta de pago del canon de arrendamiento y la desocupación del inmueble arrendado, siempre que se refiera exclusivamente a arrendamientos de inmuebles para vivienda.

El proceso monitorio: será aplicable cuando se pretenda de otro, el pago de una deuda de dinero, líquida, vencida y exigible, cuya cantidad determinada no exceda de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte en que se encuentre, o que el acreedor justifique un principio de prueba suficiente.

Los procesos declarativos no son de oralidad pura, tienen partes que son escritas, como la demanda, contestación de la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, sentencia y los hechos sucedidos en la audiencia se asentarán en actas, razón por la cual se dice que es un proceso por audiencias. El proceso común contiene dos audiencias, la primera denominada audiencia preparatoria, que tiene por objeto a) la conciliación de las partes a fin de evitar la continuación innecesaria del proceso. En la cual el juez instará a las partes a lograr un acuerdo, advirtiéndoles los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia. De llegar a un acuerdo, se pondrá fin al proceso y el acuerdo se podrá hacer efectivo mediante el proceso de ejecución de sentencias. Si el acuerdo fuere parcial se resolverá sobre lo acordado y respecto a lo que exista disconformidad, se continuará el proceso. De no llegar a acuerdo alguno, se continuará con la audiencia preparatoria; b) permitir el saneamiento de los defectos procesales, que pudieren tener las alegaciones iniciales, tales como, algún presupuesto procesal relativo a las partes, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal; al órgano jurisdiccional, como la jurisdicción interna y externa, y la competencia objetiva, territorial o de grado; y al objeto procesal, como la litispen-

dencia, la cosa juzgada, la sumisión al arbitraje, el compromiso pendiente y el procedimiento inadecuado; Si resultare que el defecto examinado y apreciado por el juez resulte del todo insubsanable, se rechazará la demanda por improponible y se ordenará el archivo de las actuaciones. Si los defectos denunciados y examinados se refirieran a la capacidad, representación o postulación y fueren subsanables, el juez otorgará a la parte que los cometió un plazo máximo de cinco días para proceder a su debida corrección, suspendiendo la audiencia, salvo que se subsanaran en el mismo acto. Subsanaos los defectos, se reanuda o continuará, en su caso la audiencia. Si no se subsanaran en el plazo concedido, se rechazará la demanda y se pondrá fin al proceso con archivo de las actuaciones realizadas hasta ese momento. Si la subsanación correspondiere al demandado y no se efectuara en el plazo otorgado, el proceso seguirá su curso con la declaración de rebeldía. c) fijar en forma precisa la pretensión, tema del debate y tema de la prueba. Fijada la pretensión, tanto el demandante como el demandado podrán efectuar cuantas precisiones, aclaraciones y concreciones que crean oportunas para lograr establecer la más completa y precisa fijación de la pretensión y de los términos del debate. El juez podrá requerir a las partes cuantas veces crea necesaria en la audiencia para que aclaren los puntos dudosos u oscuros que contengan las respectivas alegaciones iniciales o las efectuadas en la audiencia. Las partes podrán también introducir cualquier hecho que sea relevante para la determinación de la causa de pedir de la pretensión o para la fijación de los términos del debate, siempre que tales hechos hubieran ocurrido con posterioridad al momento en que se formularon las alegaciones iniciales o, de haber acontecido antes, se hubiesen conocido por las partes con posterioridad a dicho momento; c) proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia. La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con

la debida especificación de su contenido y finalidad a la parte contraria. Las pruebas admitidas que no puedan practicarse en el acto de la audiencia probatoria deberán realizarse con antelación a su inicio. Cuando la prueba que deba practicarse sea sólo la documental, se procederá a dictar sentencia en el plazo legalmente fijado; e) excepcionalmente, en casos de urgencia comprobada a juicio del tribunal, podrá recibirse la prueba que, por su naturaleza sea posible diligenciar en dicha audiencia; d) concluido lo anterior, deberá señalarse la fecha de la audiencia de prueba, la cual deberá estar comprendida dentro de los sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria, en razón de la dificultad de su preparación, debiéndose indicar si será necesaria más de una sesión.

La segunda audiencia, será la audiencia probatoria en la cual deberá producirse la prueba; cuyo objeto serán las afirmaciones sobre los hechos controvertidos, la costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido y el derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia. No requerirán ser probados los hechos admitidos o estipulados por ambas partes, los hechos que gocen de notoriedad general, los hechos evidentes y la costumbre, si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el orden público.

La audiencia probatoria iniciará en el día y hora señalados, debiendo realizarse los medios de prueba que hubieren sido admitidos en forma oral y pública.

Las partes deberán comparecer al proceso. Cuando dejen de concurrir ambas partes, el juez pondrá fin al proceso sin más trámite. Si asistiere una sola de ellas, se procederá a la celebración de la audiencia. Si no comparece un testigo o un perito, el tribunal decidirá, previa solicitud de la parte que lo hubiere propuesto, sobre la continuación o la suspensión de la audiencia. Si ordena la suspensión, se le volverá a citar dentro del plazo de diez días, con adver-

tencia de proceder contra él por delito de desobediencia a mandato judicial.

Concluida la práctica de la prueba y antes de poner fin a la audiencia probatoria, se concederá turno de palabra a las partes, comenzando por la demandante para efectuar sus alegatos finales. El juez fijará el tiempo prudencial para efectuar los alegatos, sin que se pueda exceder de treinta minutos. Excepcionalmente, si la complejidad del caso lo requiriese, dicho período podrá aumentarse en otros treinta minutos como máximo. Las decisiones sobre el tiempo de los alegatos no serán recurribles, sin perjuicio de hacer constar su objeción.

Los alegatos se expondrán en forma oral, para fijar, concretar y ajustar definitivamente tanto los hechos alegados como la pretensión, a la vista del resultado de la práctica de las pruebas. Las partes, al exponer sus alegatos, relatarán en forma clara y ordenada los hechos que consideran probados, indicando las pruebas que los acreditan, también podrán argumentar sobre la falta o la insuficiencia de prueba respecto de los hechos aducidos por la parte contraria, así como aquello que según su criterio resulte incierta. Terminados los alegatos finales, el juez dará por concluida la audiencia probatoria y pronunciará el fallo y la sentencia definitiva, dentro del plazo de quince días contados a partir de la finalización de la audiencia de prueba.

El proceso abreviado a diferencia del proceso común es, de una única audiencia. Una vez formulada la demanda, que será simplificada, debiéndose expresar en la misma, si se requiere de prueba que deba producirse fuera del tribunal, a efecto de que pueda verificarse antes de la audiencia. El juez deberá proceder a la admisión de la demanda simplificada, dentro del plazo de cinco días desde su presentación, si constatare tras del examen de la misma, que cumple todos los presupuestos procesales y que no tiene defectos. Si la demanda tuviere defectos y fueren subsanables el juez adver-

tirá a la parte sobre los mismos y le otorgará el plazo de cinco días para que los subsane, con apercibimiento de que, si no los efectuase, la declarará inadmisibile. Si los defectos de la demanda fueran insubsanables, el juez la declarará improponible.

Si la demanda fuere admitida, en el mismo auto se señalará el día y hora en que habrá de tener lugar la audiencia, que se realizará dentro de un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dicho acto y un máximo de veinte. La celebración de la audiencia tendrá lugar en única convocatoria, citando a las partes y haciéndoles saber que la audiencia no se suspenderá por la incomparecencia del demandado, y que las partes han de concurrir con todos los medios de prueba de que intenten valerse.

Si el demandante citado en forma no comparece ni hubiere alegado causa que motive la suspensión de la audiencia, se le tendrá por desistido de su demanda, siempre que el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso.

Este desistimiento implicará que se le impongan las costas causadas, y se le condene a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditare los daños y perjuicios sufridos.

La no comparecencia injustificada del demandado no impedirá la celebración de la audiencia, que continuará sin necesidad de declarar su rebeldía. En la audiencia se procederá al igual que en el proceso común; intentando que las partes lleguen a un arreglo que pueda evitar la prosecución del proceso. Si no hubiera avenencia en conciliación, se pasará seguidamente a la audiencia, concediéndole al demandado la palabra para que ratifique, amplíe o reduzca su demanda, pero en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial. El demandado contestará alegando los defectos procesales y posteriormente afirmando o negando concretamente los hechos y los fundamentos de derecho de la demanda. Pudiendo en todo caso proceder la reconvencción, en cuyo caso daría lugar a la contestación de la reconvencción.

Si no se aceptase ninguna excepción procesal, el que las formuló podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a efecto de apelar contra la sentencia que se dicte. A continuación las partes, propondrán las pruebas de las que pretendan valerse; y el juez admitirá las útiles y pertinentes. La práctica de prueba, será igual que en el proceso común. Practicada la prueba, las partes formularán sus alegatos finales por un lapso que no excederá de treinta minutos y finalizada la audiencia, el juez podrá dictar sentencia en el acto, si fuere procedente. Si no lo es deberá anunciar verbalmente el fallo y la sentencia íntegra, en el plazo de quince días a partir de la finalización de la audiencia.

En las comunicaciones de los actos procesales se utilizarán los medios técnicos, además de las notificaciones personales, por tablero, en la oficina judicial y a través de procurador. También se han incorporado las notificaciones en audiencia, y las notificaciones tacitas, que son aquellas que se les hacen a las partes cuando llegan a consultar los expedientes en el tribunal correspondiente. Se ha implementado la notificación mediante notarios, que logrará descongestionar el cuello de botella que resulta ser la notificación, mediante el oficial mayor o secretario notificador.

La prueba será valorada mediante la sana crítica, excepto la prueba instrumental que será mediante el sistema de prueba tasada.

Las audiencias serán públicas excepto reserva decretada por el juez, debiendo motivar la justificación de la misma.

En nuestro código procesal se han eliminado los recursos innecesarios, quedando únicamente el de revocatoria ante el mismo juez que está ventilando el caso, el de apelación y la casación, por causas taxativamente determinadas.

Las apelaciones son por escrito y debidamente fundamentadas por el apelante; puede presentarse prueba en segunda instancia, pero sólo serán proponibles los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicio necesarios para la

decisión de la causa, pero únicamente en los casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado; los documentos anteriores a dicho momento se admitirán cuando la parte justifique que han tenido conocimiento de ellos con posterioridad a aquél. También podrá proponerse prueba documental en el caso de que la parte no aportara los documentos en primera instancia por alguna causa justa. También podrá proponerse prueba, cuando la prueba hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia; cuando por cualquier causa no imputable al que solicite la prueba, no se hubiera podido practicar, en todo o en parte, siempre que hubiera sido propuesta en primera instancia y cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de iniciado el plazo para dictar sentencia en primera instancia.

Se ha establecido en el Código que la Corte Suprema de Justicia debe de proveer instrumentos de grabación para las audiencias; sin embargo, si el tribunal no cuenta con tales instrumentos, las partes pueden proveerlos, a su costa.

El juez será el director del proceso. Lo cual determina el impulso de oficio, desde el momento en que se interpone la demanda.

La ausencia del juez en los actos procesales está sancionada con nulidad y la negligencia e incumplimiento de plazos da lugar a que al juez se le impongan multas u otras sanciones, mediante un debido proceso.

Otra de las innovaciones del Código Procesal Civil y Mercantil, es la revisión de sentencias firmes, pasadas en autoridad de cosa juzgada. Desaparece la teoría de la santidad de cosa juzgada, pero sólo en aquellos casos considerados graves y que pueden redundar en una injusticia para los justiciables. Existen motivos generales para su procedencia y son las siguientes: 1º. Después de pronunciada la sentencia, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por

obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado la sentencia; 2º. Si se hubiera pronunciado en virtud de documentos declarados falsos en proceso penal, y cuya falsedad fuera declarada después; 3º. Si se hubiera pronunciado en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia; 4º. Si el caso se hubiera ganado injustamente por cohecho, violencia o fraude. También se podrá revisar la sentencia dictada en rebeldía, pero sólo en los siguientes casos: 1º. Cuando concurra fuerza mayor ininterrumpida que le hubiese impedido comparecer en todo momento, aunque hubiere tendido conocimiento del proceso, por habersele comunicado; 2º. Cuando desconociera la demanda y el proceso, bien porque se le notificó por esquila que no llegó a su poder por causa que no le sea imputable, bien porque la comunicación se hubiera practicado por anuncios y el demandado hubiese estado ausente del lugar del proceso o de cualquier otro de la República en que dicha notificación se hubiere producido. La interposición de un recurso de revisión no suspenderá la ejecución de las sentencias firmes que lo motive, salvo lo dispuesto en los casos de suspensión del proceso de revisión y de las sentencias dictadas en rebeldía.

Lo importante, para echar andar esta normativa, se requiere de jueces y litigantes capacitados, para que los objetivos del nuevo código procesal civil y mercantil se alcancen.

V

Ponencias

IMPLICACIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL SALVADOREÑA

José Eduardo Tomasino Hurtado*

Es indudable que la creación de una zona de libre comercio entre Centro América y Estados Unidos ha tenido como principios básicos algunos que tienen que ver con el fortalecimiento de lazos de amistad y cooperación entre las partes, contribuir al desarrollo económico, así como la búsqueda de integrar la región, tanto desde el punto de vista político, como económico y social; facilitar el comercio regional, hacer más competitivas a las empresas; la protección y conservación del medio ambiente, salvaguardando el bienestar público; pero especialmente y lo que más nos interesa por el tema que hoy me toca abordar, son la protección y el fortalecimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, dándoles efectivo cumplimiento, logrando cooperación en materia laboral, creando puestos de trabajo con mejores condiciones laborales para mejorar las condiciones de vida de la masa de trabajadores de la región. Asimismo, darle cumplimiento a los compromisos internacionales, cuyo extracto está contenido más ampliamente en el preámbulo del CAFTA-DR, teniendo como marco principal este tratado los principios y reglas relativas al trato nacional, al trato de nación más favorecida y la transparencia, garantizando por lo tanto, la adopción de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacer efectivas todas las disposiciones de dicho Tratado, incluyendo la observancia por parte de los gobiernos estatales.

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de El Salvador; máster en Relaciones Internacionales; fue el primer presidente del

Partiendo de lo anterior, vamos a entrar al análisis del Capítulo 16 que contiene la normativa laboral que compete en forma directa al tema de la conferencia “Implicaciones del Tratado de Libre Comercio en la Legislación Laboral Salvadoreña”.

El Capítulo mencionado tiene un total de 8 Artículos, los cuales de una u otra forma están impactando en nuestra legislación, esto lo veremos en la medida que vayamos analizando dicha situación, ya que este Capítulo lo que persigue en su inclusión es que las cláusulas sociales brinden la posibilidad de las ventajas emanadas de este tipo de tratados, estableciendo normas mínimas o equitativas de trabajo; este tipo de situaciones se han venido incorporando como acuerdos colaterales a los tratados desde el año 1994 cuando se firmó el NAFTA y fue a partir del año 2000, con la firma del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Jordania, que las normas laborales fueran incluidas como de cumplimiento obligatorio, y expresamente sirvió de base para que las normativas laborales tomaran carta de ciudadanía en los Tratados de Libre Comercio que los Estados Unidos de América han venido firmando a continuación, entre ellos el CAFTA-DR, el de Chile y otros más que ya están firmados y otros que están pendientes de firma como es Panamá y Colombia.

No obstante y a pesar de lo anterior, el sector sindical ha sido y sigue siendo un detractor de los Tratados de Libre Comercio, pues consideran que los mecanismos de presión que se han incluido no son efectivos a pesar de ser de aplicación recíproca en consideración a los mecanismos unilaterales (SGP y la ICC) que sí les han

Consejo Nacional de la Judicatura; Ministro de Trabajo y Previsión Social; magistrado del Tribunal Supremo Electoral; ha publicado artículos sobre Derecho Laboral y Banca. Crítica a sistema de Elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejo Nacional de la Judicatura. Actualmente es el representante de País y Coordinador del Programa USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR. etomasino@msdelsalvador.com

funcionado, dándoles mejores resultados y por lo cual aún después de varios años de su vigencia, los trabajadores siguen manifestándose por los beneficios de los mecanismos unilaterales antes relacionados.

Nuestras autoridades consideran que la inclusión de los derechos laborales en el Tratado y el Tratado en sí como tal, representan un gran logro, por ser un instrumento que potencia el desarrollo y tiene enormes ventajas que van más allá del Sistema Generalizado de Preferencias y la Iniciativa de la Cuenca del Caribe, mecanismos unilaterales que pueden ser modificados, suspendidos o eliminados en cualquier momento y solo benefician las exportaciones al mercado de los Estados Unidos de América y no las importaciones, las cuales están sujetas a los cambios de la política exterior del Gobierno Norteamericano. Por lo que con el CAFTA-DR está lográndose por lo tanto, convertir la relación de los Estados Unidos en una verdadera realidad o esquema de reciprocidad, seguridad jurídica permanente y eliminación de condiciones unilaterales que viéndolas desde un punto de vista objetivo, permiten profundizar a los países de la región un acceso mayor en el mercado norteamericano, más allá de los que actualmente se tiene; no obstante, habría que reflexionar más a fondo y preguntarle a los beneficiados en el CAFTA-DR, si en verdad los resultados obtenidos han ido más allá de lo que ellos esperaban o el Tratado se ha quedado corto; dejaremos esta reflexión a los economistas, comerciantes, prestadores de servicios, maquilas, etc., para ver cuánto hay de cierto; en lo que respecta a los trabajadores, las dudas son muchas y es que como lo dije antes, ellos prefieren la efectividad de los mecanismos unilaterales SGP y la ICC; cuál es la razón, sencillamente son mecanismos de rápida aplicación que les permiten a ellos agilizar las disputas o discusiones que se puedan dar en torno al contenido de los mismos, por el contrario, el CAFTA-DR, además de la normativa que contempla el Capítulo 16, tiene un anexo en materia de cooperación y

un Capítulo de Solución de Controversias del Tratado; que como es lógico, le hacen más complicado el camino al trabajador en lugar de facilitárselo, y lograr que sus reclamos se resuelvan más expeditamente.

Entrando al análisis del Capítulo Laboral diremos que el Capítulo en sí, lo que establece es un marco normativo y de principios que promueven la protección y el cumplimiento de los derechos fundamentales laborales internacionalmente reconocidos, más que todo como una garantía adicional promoviendo además, la colaboración y cooperación entre las partes implementando el fortalecimiento de capacidades en materia laboral; veamos entonces en qué forma el marco normativo colabora en la protección y cumplimiento de los derechos fundamentales laborales.

El artículo 16.1 lo que hace es establecer una declaración de compromisos compartidos, por los cuales los países de la región del CAFTA-DR se comprometen y reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT, a respetar la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de 1998. El respeto a sus propias normas laborales y a buscar mejorarlas, ya que la pretensión del Capítulo no es modificar ni armonizar la legislación de los países suscriptores. No obstante, el Programa Regional de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR prevé en su contenido las posibilidades de reformas en la región, las cuales deberán de nacer de los sectores involucrados y en caso de surgir, apoyar la realización de dichas reformas.

El artículo 16.2 establece compromisos dirigidos a la aplicación práctica y efectiva de la legislación laboral local; ya que el incumplimiento de la normativa laboral que afecte el comercio entre las partes, dará lugar al mecanismo de solución de controversias contenido en el Capítulo 20 del Tratado de Libre Comercio. Cuando hablamos de incumplimiento de la normativa laboral tiene que ver directamente con la violación a los derechos fundamentales, los cuales están definidos en el Artículo 16.8 y especialmente si el in-

cumplimiento afecta directamente el comercio entre las partes, estos derechos son:

- Derecho de Asociación.
- Derecho de organizarse y negociar colectivamente.
- La prohibición del uso de cualquier forma de Trabajo forzoso u obligatorio.
- Una edad mínima para el empleo de niños y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.
- Condiciones aceptables de trabajo en relación a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales aquí descritos debemos de concluir que las partes por medio del Tratado de Libre Comercio entienden que los estándares laborales no deben de ser utilizados para fines proteccionistas comerciales, ni con el fin de atraer más inversiones y mucho menos para debilitar los derechos laborales internacionalmente reconocidos; garantizando además que las partes en los tratados comerciales no debiliten o reduzcan las protecciones otorgadas por las leyes laborales nacionales, como un estímulo al comercio. En el mismo sentido deberá de interpretarse que ninguna de las partes debe utilizar las disposiciones de este Capítulo para hacer valer su legislación laboral en el territorio de otra parte.

De darse una de estas conclusiones, además de la afectación del comercio, la parte afectada puede recurrir al mecanismo de solución de controversias, que desde ya les digo, que va a ser un dolor de cabeza; dicho mecanismo está contemplado en el Capítulo 20 de dicho Tratado (solución de controversias). Como habrán notado, si bien es cierto que se reitera la protección de los derechos laborales fundamentales, también es cierto que se privilegia más el comercio y es lógico, pues el Tratado es de carácter únicamente comercial; el Capítulo 16 que potencia los derechos laborales es como un complemento que como ya lo dije, se ha venido haciendo

obligatorio en los tratados de Libre Comercio desde el año 2000, pero insisto, el énfasis es en el aspecto comercial del mismo, por ser un tratado comercial y el Capítulo laboral aunque está inserto como parte del Tratado, para mí sigue siendo como algo paralelo a lo comercial, es decir, que estructuralmente este Capítulo es una copia del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) que es el mismo que actualmente se incorpora en los Tratados de Libre Comercio, como de obligatorio cumplimiento para la aplicación de las leyes laborales nacionales.

El Artículo 16.3 contempla el cumplimiento de las garantías procesales y la información pública, orientadas éstas, a que se hagan valer los derechos laborales en cada país. Así: acceso a la justicia, procedimientos justos, equitativos y transparentes, debido proceso legal, publicidad de las audiencias, amplitud de la prueba, razonabilidad de los costos, justicia pronta y cumplida la fundamentación de las resoluciones finales, que sean por escrito, accesibles a las partes y al público, posibilidad de revisar y modificar las resoluciones, imparcialidad e independencia de los tribunales, la realización de acciones que garanticen la eficacia de los derechos de las partes, el deber de divulgar la legislación laboral y promover la educación en tal sentido.

En conclusión, este Artículo lo que persigue es la protección de la autonomía e independencia del poder judicial, sostener firmemente el sistema judicial de los Estados miembros y garantizar los mecanismos que existen para dar seguridad al respeto de los derechos laborales.

El Artículo 16.4 crea un “Consejo de Asuntos Laborales” (Ministros de Trabajo); una Unidad de Contacto, que en nuestro país es la Unidad de Administración Laboral de Tratados de Libre Comercio y un Comité Nacional de Trabajo Consultivo, este último no se dice quienes lo conforman, pero de acuerdo a nuestra experiencia y a lo contenido en el Decreto Legislativo No. 408 del

20/VII/95, publicado en el Diario Oficial No. 135, tomo 328 del 20/VII/95, este Comité, para mí, es el Consejo Superior de Trabajo, que fue creado como Órgano Consultivo del Órgano Ejecutivo, lo conforman gobierno y organizaciones de trabajadores y empleadores en igual número de representantes y dentro de sus principales funciones se encuentra ser consultado en toda iniciativa en materia social, incluyendo reglamentación del Código de Trabajo, participación de El Salvador en foros internacionales, así como para dar efecto a las normas internacionales adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Aquí me permitiré hacer una crítica constructiva y es que el Consejo debe de verdad ser un órgano real de consulta del Ejecutivo; para el caso, cuando surgió el problema de la posible retirada del Grupo Calvo, aduciendo que el país no había ratificado los Convenios 87 y 98, el Ejecutivo lo que hizo fue nombrar una Comisión Especial, cuando debió de hacer uso de su Órgano Consultivo por excelencia, es decir, el Consejo Superior del Trabajo. Vemos entonces que estas instituciones son creadas con buenos deseos, pero que se manejan al interés que en su momento las partes que lo conforman quieren defender y no institucionalmente como debería de ser, debilitando cada día más la institucionalidad del país. También considero que el Consejo debería de ser presidido por los representantes de los trabajadores y empresarios, ya que como está en la ley, lo debe presidir el Ministro de Trabajo y de inmediato se convierte en un ente político que es manipulado políticamente y sus reuniones que son muy escasas, solo se realizan cuando el Ministro así lo decide o está en juego un interés político. Además, creo conveniente mencionar que el número de representantes es demasiado alto, pues lo conforman 8 representantes de cada sector y sus respectivos suplentes; dicho número debería de bajarse por lo menos a 4 o 5 de cada sector, en beneficio de que las discusiones sean más ágiles y de rápido consenso. (Un ejemplo, medidas com-

plementarias a los aumentos de salarios mínimos); éstas, aunque se dieron a conocer efectivamente en la práctica, nunca funcionaron y más que todo sirvió como cortina de humo para aplacar la ira de los trabajadores por lo precario del aumento en el salario mínimo, dando por sentado que dichas medidas tenían por principal objetivo, que la capacidad económica del trabajador, lejos de disminuirse se mantendría o se mejoraría, mejorando así su poder de adquisición; mentira más grande no se pudo haber dicho.

Artículo 16.5. El presente Artículo lo que prevé es el reconocimiento de los países miembros de los mecanismos de cooperación, ya que consideran que éstos son vitales en cuanto a promover los objetivos principales del Tratado, esto porque muchas veces los incumplimientos se pueden dar no maliciosamente, sino por falta de recursos tanto económicos como humanos.

Además, lo que principalmente trata es promover el respeto a la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de parte de la OIT, firmado por nuestro país en el año de 1998, cuya adhesión este servidor tuvo el honor y el privilegio de firmar como representante de nuestro país en Ginebra, en mi calidad de Ministro de Trabajo, en el año antes mencionado, privilegiándose el respeto a esos principios y derechos y especialmente el Convenio 182, que trata sobre la Prohibición y Erradicación de las Peores Formas del Trabajo Infantil. Este Artículo se relaciona con un anexo que establece en forma concreta los mecanismos y la forma en que deben implementarse las actividades de cooperación en lo que a materia laboral se refiere.

El Artículo 16.6 nos da la forma de cómo funcionan los mecanismos de consultas laborales cooperativas ante cualquier controversia que pueda surgir, siempre y cuando esta controversia surja de alguna disputa entre las partes por el incumplimiento relacionado en forma directa con el Capítulo 16 del Tratado.

Se inicia con una solicitud de una de las partes ante la Unidad de Contacto del respectivo país; si lo anterior no funciona, se conti-

núa activando el mecanismo pasando la controversia al Consejo de Asuntos Laborales y si aún ahí no se logra solucionarlo, se traslada al marco referencial del mecanismo de solución de controversias; no obstante, el artículo lo que pretende es resolverlo en su propia instancia.

Este mecanismo establece también prioridades de la cooperación; dichas prioridades son:

- Derechos Fundamentales.
- Trabajo Infantil.
- Administración Laboral.
- Resolución Alternativa de Conflictos.
- Condiciones de Trabajo.
- Trabajadores Migrantes.
- Género.
- Protecciones Sociales.
- Estadísticas Laborales.
- Oportunidades de Empleo.
- Asuntos Técnicos.
- Cualquier otro asunto que las partes acuerden.

En nuestro país se priorizó como una de sus necesidades, el mejoramiento de las inspecciones de trabajo a escala nacional y dentro de éstas, la protección de los derechos de los trabajadores con criterio de género.

En el ánimo de mejorar la aplicación de la legislación laboral, los gobiernos han destinado fondos, aunque no los suficientes, para incrementar el presupuesto del Ministerio de Trabajo, que aún sigue siendo “la Cenicienta” y algunas reformas que se han dado que también no son suficientes para mejorar la tan ansiada administración de justicia “pronta y cumplida” y además oportuna, de que tanto hacen gala los funcionarios judiciales, aunque mucho de esta frase no sea muy cierta, pues hay procesos laborales que normalmente pudieran tener una duración de 3 a 6 meses, hay ocasiones que

tardan no 1 ni dos, sino que tres o cuatro años, cosa que me parece un “aunque usted no lo crea”, para Mr. Ripley. Esta es la parte en la que el Programa Regional de USAID, Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR, está colaborando a fondo con el Órgano Judicial, buscando como resultado, modernizar y agilizar la administración y funcionamiento de la Justicia Laboral.

Esta negligencia ha dado lugar por lo tanto, a que se haga uso abusivo de los recursos y especialmente del amparo constitucional que por su formalismo, ocasiona a los trabajadores verdaderos dolores de cabeza; pues de que le sirve a un trabajador una sentencia favorable después de 3 años de haber sido despedido injustamente de su trabajo.

En los Artículos 16.7 y 16.8, el primero establece la forma de integrar las listas de árbitros y los requisitos que éstos deban poseer para poder intervenir en este tipo de controversias; el segundo contiene unas definiciones que tienen que ver directamente con los derechos señalados en el mismo Artículo; por ejemplo: legislación laboral y leyes o regulaciones de las cuales el Artículo en mención define con claridad.

Habiendo revisado el Capítulo 16 del CAFTA-DR voy a tratar de aclararles cuales son las implicaciones que dicho Capítulo tiene en la legislación laboral de nuestro país; al respecto, quisiera decir que definitivamente el CAFTA-DR y principalmente el Capítulo 16 sí ha impactado en la legislación local y pudiera alguien decir, muéstreme cuáles han sido esas implicaciones y cómo las podemos identificar. Reflexionando sobre esa pregunta, yo contestaría: que efectivamente el Capítulo en mención se ha convertido en una garantía en la protección de los derechos de los trabajadores, en adición a las garantías que nuestra legislación laboral tiene al respecto. Asimismo, reafirma el respeto a la Constitución y a la legislación local y se obliga a aplicar con efectividad su propia legislación laboral, en la que se incluyen los convenios de OIT y cualquier otro

tratado firmado por el país y aún aquellos que no haya ratificado y especialmente garantizar la protección de los derechos laborales fundamentales internacionalmente reconocidos, que son:

- Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse.
- El derecho de negociación colectiva.
- El derecho de huelga.
- La prohibición del trabajo forzoso.
- La protección en el trabajo para niños y jóvenes, y
- La eliminación de la discriminación e igual remuneración para hombres y mujeres.

Compromete a los estados parte a garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso a los trabajadores, el compromiso de otorgar una serie de garantías procesales y es un instrumento que obliga a las partes a darle a la materia laboral un énfasis y un especial trato al fortalecimiento de los Ministerios de Trabajo; además, este Tratado está por encima de la ley local, es decir, que tiene una aplicación preferente.

A manera de ir concluyendo la presente Conferencia, daré un resumen de conclusiones en base al análisis del Capítulo 16 que he realizado para prepararla; entre éstas tenemos:

- a) los problemas de la legislación interna, especialmente en su aplicación; ésta es una de las mayores debilidades que se señalan en cuanto a la efectividad de los derechos a favor de los trabajadores;
- b) la obligación en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, que aunque ya se tenían en otros acuerdos, por ejemplo la ICC, que eran obligaciones de aplicación unilateral, la diferencia actual es que ahora son obligaciones recíprocas;
- c) haberse dejado por fuera del Tratado, la obligación de ratificar los convenios fundamentales;

- d) la excesiva protección estatal hacia los derechos de los trabajadores frente a los empleadores que en algún momento pudiera ser una barrera para el crecimiento y desarrollo económico;
- e) fortalecimiento del régimen de derechos por medio de instituciones independientes y autónomas para dar garantía a los derechos fundamentales;
- f) una reforma procesal urgente que dé lugar a que los procedimientos laborales sean más ágiles y seguros.

318

Quizás la conclusión más importante a la que he podido llegar es que se garantice un verdadero acceso a la justicia laboral, que de lograrse, el país estaría cumpliendo uno de los grandes retos y exigencias que el sector trabajador ha venido reclamando y que los responsables se han hecho los sordos.

Crear que el Tratado de Libre Comercio CAFTA-DR ha servido o puede servir para reconciliar el trabajo con el capital, términos en sí como excluyentes que siempre han sido o que tradicionalmente así se han percibido; efectivamente no pasa de ser una percepción, pues en la realidad, los reclamos de los trabajadores contra el Tratado siguen existiendo y con justificada razón y como ya lo he dicho, la principal causa del rechazo de los trabajadores es el privilegio hacia el comercio, pasando a segundo plano los derechos laborales.

Podría enumerar muchas más, pero para no cansarlos, únicamente nos quedaremos con las que antes he mencionado.

Espero que lo expuesto haya sido de su agrado y agradezco a la Universidad, la oportunidad que me ha brindado para hacer esta exposición.

Muchas gracias.

EXPERIENCIA DE AMÉRICA CENTRAL SOBRE PODER JUDICIAL

José Luis Lovo Castelar*

INTRODUCCIÓN

319

Los países de América Central en los últimos tres decenios han introducido cambios importantes en sus sistemas judiciales, los que guardan consonancia con transformaciones democratizadoras ocurridas en el orden político.

Es significativo en esa región el tránsito de una época altamente convulsiva hacia una era de paz, en la que hay predominio del elemento civil sobre antiguas estructuras militaristas, apertura política ideológica y progresos en la legalidad constitucional. Los cambios políticos han creado un marco propicio para la evolución normativa y modernización institucional, lo que naturalmente incluye al poder judicial. En ello se centrará esta ponencia.

El presente trabajo tiene como antecedente el Coloquio “Evolución de la organización política constitucional Centroamérica-México”, que se celebró en San Salvador, del 12 al 14 de noviembre de 2008, bajo el signo del Instituto Iberoamericano de Derecho

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales por la Universidad de El Salvador. Embajador de Carrera de la República de El Salvador. Miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección El Salvador. Ex-catedrático de Derecho Constitucional, Teoría del Estado, Derechos Humanos y Derecho Internacional Público en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y de Derecho Internacional Público en la Universidad Dr. José Matías Delgado. jlovocastelar@gmail.com

Constitucional, IIDC, organizado por la Sección El Salvador de dicho Instituto, en cuyo contexto se conoció de los “informes-país” de Nicaragua, Guatemala, Costa Rica, El Salvador y México.¹

Los ponentes analizaron el proceso de cambios, los dilemas actuales y las perspectivas que se vislumbran. De sus estudios se aprecian tendencias generales y algunas naturales discrepancias, contrastes y características distintivas, todo ello en conexión con los diferentes escenarios políticos de cada país y de las divergencias normativas en los sistemas preexistentes, que de algún modo se conservan y proyectan.

En este trabajo revisamos ideas de los ponentes en San Salvador, sintetizadas en el “Informe de Relatoría”²; además, incorporamos referencias a los casos de Honduras, Panamá y Belice. Advertimos que no se incluye a México, puesto que su situación se ponderará, según rediseño temático, junto con los once países de América del Sur.

El conjunto de puntos que se consideró en el Coloquio de la subregión sobre el tema Poder Judicial fue el siguiente: “3.- El Poder Judicial. Jurisdicción constitucional. Jurisdicciones especializadas. Independencia judicial. Carrera judicial. Reforma procesal”.

Ampliando el referente, traemos a colación que dentro de las conclusiones generales del Coloquio en San Salvador se destacó la necesidad de hacer cambios fundamentales en varias materias que conciernen o inciden en el tema Poder Judicial, expuestas por el Relator así:

¹ Evolución de la organización político constitucional de Centroamérica y México: 1975-2005. a) Informe de México, autores Jorge Carpizo, Héctor Fix-Fierro, Jesús Orozco Henríquez, José María Serna de la Garza. b) Informe de Costa Rica, autor Rubén Hernández Valle. c) Informe de El Salvador, autores Mario Solano y Luis Nelson Segovia. d) Informe de Guatemala, autores Jorge Mario García Laguardia y René Arturo Villegas Lara. e) Informe de Nicaragua, autor Iván Escobar Fornos.

² Informe de la Relatoría. Coloquio “La evolución de la organización político constitucional de Centroamérica y México: 1975-2005”, Dr. Florentín Meléndez, Relator.

“1. Reformas constitucionales por los procedimientos previamente establecidos en la misma Constitución. 2. Delimitación de funciones de los Poderes del Estado y división de Poderes. 3. Nuevos Poderes fundamentales constitucionales como el Poder Electoral. 4. Creación de nuevas instituciones estatales. 5. Nuevas instituciones jurídicas constitucionales. (Inconstitucionalidad de las leyes; amparo; plebiscito y referéndum; iniciativa popular; cabildo; revocatoria anticipada; autonomía regional; sistema de partidos políticos; elecciones primarias para diputados; pluralismo político; carrera judicial; sistema de economía mixta; cláusulas pétreas). 6. Derechos fundamentales. Tránsito de los derechos civiles y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales. Debido proceso. Libertades democráticas. Derechos del consumidor. Protección del medio ambiente. 7. Mecanismos de defensa de la Constitución. Justicia constitucional. Leyes de jurisdicción constitucional. 8. Consolidación del Estado democrático y social de derecho. Protección de los derechos fundamentales. División de poderes. Límites del poder estatal. Supremacía de la Constitución. Democracia política. Pluralismo político y tolerancia ideológica. Participación ciudadana. Consulta popular. Elecciones libres y democráticas. Independencia judicial. Justicia constitucional.”³

En el instructivo para las ponencias, contenido en el “Documento Conceptual” del actual Seminario Internacional, se pide preparar un resumen de la experiencia regional. En el mismo, partiendo de ciertas premisas introductorias se hace una evaluación del cambio político, distinguiendo tres decenios como momentos de referencia; se califica de positivo al proceso reseñado, y se indican hechos sobresalientes, entre ellos: la reinstauración de regímenes políticos civiles; la reivindicación de los derechos humanos; la reformulación de instrumentos de la democracia representativa; el inicio

³ Informe de Relatoría. *Ibidem*.

de reajustes en las estructuras políticas; el reequilibrio entre los sectores público y privado; avances en la justicia constitucional; mayor pluralidad y, en fin, un reequilibrio de poderes.

Sobre esa base, se abordarán aquí tópicos específicos en función de su incidencia en el proceso de democratización, referidos al Poder Judicial, en el orden de los subtemas recomendados siguiente:

- Tipología o criterios de comparación.
- Diseños y funciones relevantes.
- Garantías orgánicas efectivas para la independencia e imparcialidad.
- Garantías procesales para la justicia.
- Modelo de juez.
- Apertura y transparencia judicial.
- ¿Hay diferencias sustanciales comparativas, antes y después de la democratización, en las estructuras y garantías del Poder Judicial? ¿Ha impactado en la democratización o ha limitado la democratización la actuación del Poder Judicial? ¿Cuál es la agenda pendiente? ¿Qué medidas se requieren para consolidar el Poder Judicial? ¿Cuál es el estado actual de la discusión?”⁴.

Para atender en forma adecuada ese esquema incluimos resúmenes de los marcos constitucionales de los países centroamericanos, en la lógica de los criterios siguientes:

a) Dentro de la corriente de democratización regional, los poderes judiciales, en su nueva caracterización y proyecciones, acusan divergencias, como consecuencia de que se enlazan en cada país al correspondiente sistema político y a realidades sociales diferentes.

⁴ Documento conceptual. Seminario Internacional “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo e IDEA Internacional. México.

b) Los textos constitucionales centroamericanos relativos al poder judicial, en el escenario democrático y de modernización que está emergiendo, se encarrilan en tendencia positiva: propiciar un debido equilibrio entre los poderes del Estado y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

c) La reforma constitucional sigue siendo necesaria, puesto que se requiere superar deficiencias e incorporar nuevos elementos valiosos del derecho comparado.

II. RESÚMENES POR PAÍS

En razón de que nuestros afanes se circunscriben a las Cartas Magnas de los siete países de Centroamérica, estimamos necesario y conveniente reseñar antecedentes básicos de las Constituciones vigentes en cada uno de ellos, en un contexto general y en lo concerniente a sus poderes judiciales.

PANAMÁ

La Constitución Política de la República de Panamá⁵ establece que el poder público emana del pueblo y lo ejerce el Estado por medio de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica cooperación.

El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados. La justicia puede ser ejercida por tribunales arbitrales.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por acuerdo de Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo, para un período de diez años, con sus-

⁵ Constitución Política de la República de Panamá. Gaceta Oficial No. 25,176, 15 de noviembre de 2004. Año CI Panamá, R. Panamá.

tituciones de dos magistrados cada dos años. Establece la carrera judicial y proclama el principio de nombramientos escalonados.

La ley divide la Corte en Salas, con tres magistrados cada una. Para ser magistrado se exigen diez años de experiencia profesional. Para la guarda de la integridad de la Constitución conocerá la Corte en pleno sobre la inconstitucionalidad de las leyes, que puede impugnar cualquier persona.

Los funcionarios encargados de impartir justicia, someterán los casos de inconstitucionalidad a la Corte, cuyos fallos sobre inconstitucionalidad o amparo no admiten recursos.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones.

Los cargos del Órgano Judicial son incompatibles con toda participación política.

Los sueldos de los magistrados no serán inferiores a los sueldos de los Ministros de Estado.

Los presupuestos del Órgano Judicial y del Ministerio Público en conjunto no serán inferiores al dos por ciento de los ingresos corrientes del Gobierno Central.

Las leyes procesales serán simples en sus trámites y se caracterizarán por la economía procesal y la ausencia de formalismos.

EL SALVADOR

La Constitución salvadoreña⁶ entró en vigencia el 20 de diciembre de 1983 y ha sido objeto de numerosas reformas, muchas de ellas vinculadas a los Acuerdos de Paz concluidos en 1992. Se ha tornado en un genuino pacto social, que consagra el pluralismo democrático, político e ideológico.

⁶ Constitución de la República de El Salvador (1983), Diario Oficial No. 234, Tomo 281, de fecha 6 de diciembre de 1983, incluye reformas actualizadas hasta el año 2003.

Surgida en el contexto de una guerra interna, la Constitución se caracterizó como pluralista, al buscar la participación de las fuerzas alzadas en armas, para lo cual suprimió la prohibición de sustentar doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia, de anteriores Constituciones.

Fijó en una caracterización exclusiva el papel de los partidos políticos, que se determinaron como el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno.

Propició un sistema civilista, dado que restringió las funciones de la Fuerza Armada al ámbito de la defensa externa y creó una Policía Nacional Civil para la seguridad interna.

Otorgó preeminencia a la consideración de la persona humana y los derechos individuales.

Declaró la división del poder soberano en tres órganos: legislativo, ejecutivo y judicial, así como la independencia y colaboración entre éstos.

Se reestructuró el Órgano Judicial y se sustituyó la Sala de Amparos por una Sala de lo Constitucional.

La composición de la Sala de lo Constitucional es de cinco Magistrados y tiene una categoría superior a las otras. La integración de la Corte es definida por la Asamblea Legislativa de una lista formada de dos fuentes: una, democrática, integrada por 15 candidatos propuestos por el gremio de abogados; y la otra técnico-política, en paridad numérica, integrada por candidatos propuestos por el Consejo Nacional de la Judicatura. Se efectúan elecciones de magistrados cada tres años, para la renovación parcial de la Corte, Los períodos de gestión son de nueve años. La Asamblea Legislativa también define la nómina de integrantes de la Sala de lo Constitucional y designa al Presidente del Órgano Judicial, que a su vez es Presidente de la Sala de lo Constitucional.

Hay un avance en cuanto a fijar una asignación no inferior al 6% de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado, lo que está facilitando las medidas de modernización y ampliación del sistema.

Dentro de los problemas detectados por la experiencia salvadoreña se critica una politiquería exacerbada en la Asamblea Legislativa, por la negociación de cuotas entre los partidos mayoritarios, al prevalecer el interés político-partidista sobre los criterios de competencia e independencia personal.

NICARAGUA

La Constitución Política data de 1987 y ha sido objeto de reformas parciales.⁷

La Constitución es democrática y social, resultado de la revolución sandinista. Proclama la legalidad y el respeto de los derechos humanos, la civilidad frente al militarismo.

Hay fortalezas en lo concerniente a la inclusión del referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular para la emisión de leyes; así como del pluralismo y la democracia política.

En cuanto al Poder Judicial, se compone de la Corte Suprema de Justicia, Jueces y Tribunales de Apelación. Consagra el sentido popular e integracionista de la justicia, en un sistema unitario dividido en Salas. La Corte está integrada por 16 miembros electos por la Asamblea Nacional. Hay un período de magistratura de 5 años con estabilidad.

La Corte Suprema de Justicia se especializa y divide en cuatro Salas: Civil, Penal, Constitucional y Contencioso Administrativo. También se ha creado un Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial.

Se proclama la independencia, inmunidades y prerrogativas de los jueces. Establece la carrera judicial.

⁷ Constitución Política de la República de Nicaragua (1987) con las reformas vigentes del año 2005, leyes No. 520, 521 y 527. Editorial Acento S. A., Managua, Nicaragua.

Se le concede no menos del 4% del presupuesto general de la República.

Se reconocen el amparo, el habeas corpus, el control difuso, el veto y el recurso de inconstitucionalidad.

Frente a desarrollos importantes se mantienen posiciones críticas derivadas de los problemas políticos internos, de los que no ha sido ajeno el sistema de justicia.

Se señala una falta de independencia del Poder Judicial ante la preponderancia del Ejecutivo. También se comenta la excesiva partidización, la inestabilidad institucional y la desconfianza en los partidos.

COSTA RICA

La Constitución de 1949, reformada en varias ocasiones, es un texto equilibrado entre el régimen liberal de derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales.⁸

Es un pacto social producto de un movimiento revolucionario que consagró el sistema democrático y de división de Poderes. En Costa Rica se conforma un Estado constitucional democrático y social de Derecho, lo que está vinculado a una cultura democrática y de apego a la ley en la sociedad.

El régimen presidencialista se califica de moderado, puesto que el Poder Ejecutivo, que gravita en el Presidente, es compartido por sus ministros y un gabinete poderoso.

El Poder Ejecutivo influye sobre las actividades legislativas, cuya agenda maneja durante los períodos de sesiones extraordinarios, de seis meses, en que sólo pueden conocerse proyectos de ley incluidos por el Poder Ejecutivo en la convocatoria respectiva.

⁸ Constitución Política de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949 y sus reformas, actualizada al 2 de enero de 2009. Centro de Estudios Superiores de Derecho Público, Costa Rica. Versión Web 2009.

Se reformó el régimen presidencialista en lo relativo a instituciones autónomas que han quedado sometidas al control gubernamental central.

Ha ocurrido un tránsito del bipartidismo al pluripartidismo, siendo estos institutos los únicos postulantes de candidatos en elecciones populares. Las reformas de 1996 introdujeron el principio de pluralismo político al que deben atenerse en su accionar los diferentes partidos. Hay dudas procedentes de efectos negativos atribuidos a la ruptura del bipartidismo, pues se perdió el equilibrio histórico.

En suma, tenemos un Estado social y democrático de derecho, con un presidencialismo atemperado y un pluripartidismo, que permite a los partidos minoritarios exigencias para la configuración de mayorías legislativas.

Hay aparentes contradicciones entre la realidad política y la realidad jurídica en el ámbito de la representación política, debido a que las candidaturas para diputados son formalizadas en listas cerradas de partidos, los cuales expresan intereses sociales y giran en torno a programas, con la consiguiente preeminencia del enfoque partidista, que a la postre determina la conducta de los diputados.

Hay reformas encaminadas a impulsar la democracia directa y participativa, como son la iniciativa popular, el referendo, que es a nivel nacional, en tanto el plebiscito es a nivel municipal, lo mismo que el cabildo. Hay avances en materia de género al establecerse cuotas efectivas de participación política de la mujer.

Hay pureza electoral, pero debido a la pérdida de credibilidad por sonados casos de corrupción se advierten corrientes abstencionistas. Las reformas de la Constitución son consonantes con la búsqueda de la transparencia en el manejo de los asuntos y fondos públicos.

Las reformas de 1993 incluyeron una Sala de lo Constitucional, que ha reforzado y ampliado los derechos fundamentales vía jurisprudencial. La Sala ejerce poder político, con un papel decisi-

vo en el equilibrio de los Poderes. Existe una consulta facultativa de constitucionalidad de proyectos de ley ordinarios ante la Sala de lo Constitucional. Dentro de los mecanismos de defensa de la Constitución se contemplan: el habeas corpus, el amparo y la inconstitucionalidad. Reformas sobre el amparo incorporaron los derechos consagrados en instrumentos internacionales como parte del parámetro de constitucionalidad. El veto presidencial por motivos de inconstitucionalidad es dirimido por la Sala de lo Constitucional.

Dicha Sala es un órgano técnico especializado y en la misma existe la jurisdicción concentrada, con resultados positivos, pero ha sufrido una suerte de colapso como efecto del exceso de casos, estimados en un promedio de 17,500 cada año, en razón de lo cual se ha vuelto obstruccionista en los parámetros de admisión, limitándose ésta a un 28% de las solicitudes. Esto se interpreta como una forma de denegación de justicia. Hay modernización de instituciones vinculadas al sistema judicial que pese a sus méritos e independencia, está siendo afectado en su capacidad de respuesta.

Existe un Consejo Superior del Poder Judicial encargado de la administración, nombramientos, pensiones, disciplina, carrera judicial, independencia de tribunales. Se forma con 5 miembros, 4 procedentes del Poder Judicial y 1 externo. El Presidente de este Consejo es el mismo Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

HONDURAS

La Constitución de Honduras entró en vigencia el 20 de enero de 1982, con lo que quedó derogada la emitida en 1965.⁹ Ha sufrido numerosas reformas y varias interpretaciones, poniendo en evidencia un dinamismo político, encaminado a adaptar la Carta Magna a las transformaciones de la vida nacional.

⁹ Constitución de la República de Honduras. Edición actualizada. Quinta edición. Editorial Guaymuras. Tegucigalpa, Honduras febrero 2005.

Según estudio de la Editorial Guaymuras, contenido en la nota de presentación de su aludida publicación del texto de la Constitución, Honduras es un Estado de Derecho cuya soberanía corresponde al pueblo.

Hay búsqueda de mayor transparencia, modernización del Estado y democratización de la vida nacional. La democracia se califica de participativa al haberse incorporado el referéndum y el plebiscito.

Se ha realizado un proceso de desmilitarización del país, institucionalización de la protección de los derechos humanos y depuración de procesos electorales.

Se establecen tres Poderes, complementarios, independientes y sin relaciones de subordinación, a saber: legislativo, ejecutivo y judicial.

El Poder Judicial goza de autonomía administrativa y financiera y se le asigna un 3% de los ingresos corrientes de la República contemplados en el presupuesto general.

Se ha creado el Consejo de la Judicatura y se establece estabilidad para los jueces y magistrados.

La reforma del año 2000 consagra la independencia de los jueces y magistrados, la conformación del Poder Judicial por una Corte Suprema de Justicia, Cortes de Apelaciones, juzgados y otras dependencias. Se prohíbe a los jueces y magistrados ejercer la profesión del derecho, brindar consejos legales a persona alguna, prestar servicios fuera del ámbito del Poder Judicial y participar en actividades de tipo partidista.

La Corte Suprema se integra por 15 magistrados y toma decisiones por mayoría de éstos, que deben estar debidamente colegiados. Los magistrados son electos por el Congreso Nacional, con el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, de una nómina de candidatos no menor de tres por cada uno de los magistrados a elegir. En el supuesto de no lograrse

la mayoría calificada, se contempla una votación directa y secreta para elegir individualmente a los magistrados que faltaren, tantas veces como fuere necesario, lo que ha provocado dificultades prácticas. Los candidatos son propuestos por una Junta nominadora multirepresentativa, que es convocada por el Presidente del Congreso.

El período de los magistrados es de siete años, pudiendo ser reelectos.

La Sala de lo Constitucional ejerce poder político, con un papel decisivo en el equilibrio de los Poderes. Resuelve los recursos de habeas corpus, amparo, inconstitucionalidad y revisión. En cuanto a la inconstitucionalidad de las leyes, puede ser por razones de forma o de contenido, pudiendo incoarse la acción por quien se considere lesionado en su interés directo. Cuando aprueba sentencias por unanimidad tienen el carácter de definitivas, pero cuando son adoptadas por mayoría de votos deben someterse al pleno de la Corte Suprema de Justicia.

La inaplicabilidad por los Jueces se restringe, ya que está circunscrita a la solicitud ante la Corte Suprema de Justicia de la declaración de inconstitucionalidad.

La interpretación de la Constitución corresponde al Congreso Nacional.

GUATEMALA

La Constitución de la República de Guatemala¹⁰ entró en vigor el 14 de enero de 1986. Propicia la seguridad, la justicia, el bien común y la paz. Fue objeto de reformas aprobadas en materia de política monetaria, órganos legislativo y ejecutivo, período presidencial, antejuicio y materia judicial.

¹⁰ Constitución Política de la República de Guatemala, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985. Publicación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Tipografía Nacional, Guatemala, 1990.

Con esta Constitución se norma el cambio político hacia el pluralismo, se establece un nuevo equilibrio entre los Poderes del Estado, se amplían las atribuciones del Poder Legislativo, se crea el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Constitucionalidad y la Procuraduría de Derechos Humanos.

Representa la transición del régimen militar hacia gobiernos civiles, la democracia, el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales. Se reconoce primacía a la persona humana en el ordenamiento jurídico, en su dignidad, libertad e igualdad. No reconoce de manera expresa el principio de división de Poderes, sino que establece una distribución de funciones y controles, atribuyendo primacía al Órgano Legislativo sobre el Ejecutivo, en un régimen semi-parlamentario que incorpora la interpelación y el voto de censura.

En octubre de 1998 el Congreso aprobó reformas constitucionales tendentes a reestructurar el Estado y al cumplimiento de los Acuerdos de Paz, las cuales fueron sometidas a consulta popular, efectuada la cual, en mayo de 1999, no fueron aprobadas por el pueblo.

En cuanto al Órgano Judicial se reformaron varios artículos, particularmente en lo que respecta a la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas de Apelaciones. En virtud de ellos, todos los magistrados deben ser electos de la nómina que se propone por una Comisión de Postulación.

La Corte Suprema se ha integrado por trece magistrados, de los nueve que eran previamente. La presidencia de la Corte Suprema y del Organismo Judicial es por períodos anuales, de manera rotativa y sin reelección.

Se crea la Corte de Constitucionalidad que ha adoptado resoluciones de gran significado en la vida política nacional y es un baluarte en defensa de la constitucionalidad. La Corte Constitucional es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función

esencial es la defensa del orden constitucional. Se integra con cinco magistrados titulares. Cuando conoce de inconstitucionalidades en contra de otros Poderes sus integrantes se elevan a siete. Sus miembros son designados por diferentes electores, separadamente, entre ellos la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente de la República, la Universidad de San Carlos y el Colegio de Abogados. Sus integrantes gozan de las mismas prerrogativas que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Conoce en única instancia de las objeciones de inconstitucionalidad, de las acciones de amparo en contra del Congreso, la Corte Suprema y el Presidente de la República, así como en apelación de amparos ventilados ante cualquier tribunal de justicia. Emite opiniones sobre inconstitucionalidad de tratados, compila la doctrina y los principios constitucionales sentados en sus fallos.

BELICE

La Constitución vigente de Belice se adoptó el 21 de septiembre de 1981¹¹. Es una democracia parlamentaria con monarca británico, representado por el Gobernador General. Hay un Primer Ministro, gabinete, Consejo Asesor, Cámara de Representantes de 29 miembros, Senado de 12 miembros, Corte Suprema, Corte de Apelaciones y Tribunales Distritales. Hay elecciones para la Asamblea Legislativa pero no para Jefe de Estado.

En 1954 había obtenido autonomía limitada de la Corona Británica, la que diez años después se consagró con una Constitución, que le dio autonomía completa, sufragio universal y parlamento bicameral.

Se independizó en 1981 y fue reconocida por Guatemala en 1991, siendo la última colonia británica en la América continental.

¹¹ Constitución de Belice de fecha 21 de septiembre de 1981, actualizada al 16 de julio de 2008, publicada en Political Database of the Americas.

La Constitución regula el Poder Judicial, destacándose que la Corte Suprema tiene una jurisdicción original ilimitada en materia civil y criminal y que será conducida por un Jefe de Justicia, conforme lineamientos de la Asamblea Nacional.

Tiene competencias para la interpretación constitucional y para resolver cualquier tema sustancial de derecho, si bien sus decisiones pueden ser apeladas ante una Corte de Apelaciones y ante el Consejo de su Majestad.

El Jefe del Poder Judicial es nombrado por el Gobernador General, con la opinión favorable del Primer Ministro, previa consulta con el líder de la oposición. Existe una limitación en la edad máxima para el nombramiento, concretamente los 62 años, pero puede ampliarse el tiempo de su ejercicio hasta que llegue a la edad de 70.

El régimen beliceño responde al sistema del parlamentarismo británico y no puede ubicarse dentro de las actuales corrientes constitucionales del resto de países centroamericanos.

III. TIPOLOGÍA O CRITERIOS DE COMPARACIÓN.

Nos referiremos únicamente a dos tipologías, la que distingue las Constituciones rígidas de las flexibles, según fuere el procedimiento de reformas, y la ontológica, que considera el grado de eficacia real en el cumplimiento de los postulados políticos primarios, de Karl Löewenstein¹², que las divide en normativas, nominales y semánticas.

Al abordar el tema de las clasificaciones González Casanova¹³ afirma de manera general que le parecen superficiales, obvias o imprecisas.

¹² Teoría de la Constitución, Karl Löewenstein. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1996.

¹³ Teoría del Estado y Derecho Constitucional. J.A. González Casanova, Editorial Vicens-Vives, segunda edición, España, 1982. Páginas 207 y 208.

Sin embargo, en nuestro estudio resultan útiles para su ubicación conceptual e histórica, tanto en la consideración de los procedimientos de reforma, como en los parámetros de evaluación de sus contenidos frente a la realidad, en las dos divisiones tipológicas citadas.

Según González Casanova “La clasificación en rígidas y flexibles aparece hoy como inoperante, ya que es demasiado formal”¹⁴; aun así, a partir de esa distinción, podemos observar que existen niveles intermedios en los cuales los extremos de la clasificación se ajustan, pudiendo diseñarse fórmulas eclécticas, en las que existe una relativa flexibilidad o una relativa rigidez, según se prefiera enfatizar por el analista.

En efecto, en las constituciones centroamericanas se ha superado la etapa histórica de la rigidez estricta, que prevalecía y daba lugar a rupturas violentas o amañadas de los órdenes constitucionales, para pasar a esta nueva época, en la que existen mayores posibilidades de introducir reformas, en el marco de la ley. La fórmula es simple, se han reducido los requisitos que las tornaban de muy difícil reforma.

Podemos observar, con claridad, que los elementos de rigidez en vigor son menores a los anteriores y que prevalece un tipo combinado, que identificamos bajo la denominación de constituciones semi-rígidas, en las que el cambio se vuelve más o menos factible, según cada país, comparado con el procedimiento ordinario de reforma de las leyes secundarias.

Como ejemplos aludimos a nuevas modalidades en práctica en algunos países de Centroamérica, referidas a las posibilidades de enmienda formal, advirtiendo que no se comentan varias de las posibilidades contempladas en las diferentes Constituciones.

En El Salvador, para el caso, se instauró en 1983 un sistema de reforma constitucional semi-rígido, contrastante con el preceden-

¹⁴ Ibidem.

te, que era rígido, y, que además incluyó cláusulas pétreas. La reforma puede adoptarse por la Asamblea Legislativa cubriendo dos etapas: la primera, mediante un acuerdo adoptado con el voto de la mitad mas uno de los diputados electos; la segunda, cuando el decreto anterior es ratificado por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los diputados electos. Los artículos intangibles son los concernientes a la forma y sistema de Gobierno, al territorio y a la alternabilidad en la Presidencia de la República.

En Guatemala, se requiere que la reforma sea aprobada siguiendo un procedimiento más compendioso: es necesario que el Congreso apruebe la reforma constitucional con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los diputados, la que necesita ser ratificada mediante consulta popular. También señala artículos no reformables.

En el caso de Nicaragua, no abordando acá el tema de la reforma total, se faculta a la Asamblea Nacional para reformar parcialmente la Constitución mediante un trámite que comprende el estudio de la iniciativa por una Comisión Especial, seguido de una discusión en dos legislaturas, debiendo aprobarse con el voto favorable del sesenta por ciento de los diputados.

En Honduras, se establece que la reforma puede decretarse por el Congreso Nacional con los dos tercios de votos, en dos legislaturas sucesivas, fijándose también cláusulas intangibles.

Como consecuencia de esas aperturas se han podido materializar algunos cambios en las Constituciones de estos países, incorporando desarrollos valiosos, que incluyen los campos del Poder Judicial.

Pasando ahora a la tipología ontológica, anotamos las ideas de la manera siguiente:

Son Constituciones normativas aquellas cuyos contenidos e inspiración democrática que proclaman, rigen de manera apropiada en la realidad socio política del país. Es como un traje a la medida, dice Loewenstein.

Son Constituciones nominales aquellas cuyo contenido y directrices democráticas no siempre concuerdan con la realidad local. Se comparan con un traje mal cortado.

Son Constituciones semánticas o pseudo-constituciones aquellas que definitivamente no corresponden a las realidades políticas autoritarias o dictatoriales que caracterizan al régimen político. Son comparadas con un disfraz.

En Centroamérica existen diferentes realidades en el grado de cumplimiento normativo democrático en cada país, en la aplicación de los principios recitados en normas constitucionales, lo que es natural vis a vis las cambiantes realidades políticas. Aceptemos que la generalización es imperfecta, pero con esa advertencia, calificamos las Constituciones como normativas, por lo siguiente: hay democracias y libertades políticas difícilmente alcanzadas, con logros sustanciales en su construcción y ejercicio, que es lo que impera. La trayectoria democrática es consistente y sigue su curso, bien orientado, en el destino de consolidar una adecuada correspondencia socio-política con los valores e ideales normativos. Por tanto, sostenemos que existe una preponderancia en el tipo de constituciones normativas, sobre todo en los aspectos estructurales, competencias institucionales y procesos políticos en marcha. Debemos reconocer, haciendo honor a la verdad, que se comenten errores y hay tropiezos, así como excepciones que confirman la regla, en las pugnas entre partidos que con poco degeneran en abusos y fraudes. El esfuerzo democratizador es joven y frágil, pero genuino.

El imperio de la ley, del bien y la justicia, por notable que sea el estado de avance, lleva implícito el incurrir en fallas y dolencias, lo que es recurrente y se manifiesta en la sociedad humana de todos los tiempos, efecto de los flujos y reflujos de la dinámica de la historia y del pensamiento político, simplemente recordemos la locura de la Segunda Guerra Mundial.

La corriente democratizadora de la región es patente en sus normas y en la praxis, pese al escenario dantesco de inseguridad, crisis económica y terrible pobreza.

En resumen, el hecho de que las Constituciones sean semi-rígidas ha permitido materializar cambios y adecuaciones democráticas en los sistemas políticos, incluyendo los poderes judiciales, y por ende las Constituciones bien pueden identificarse como normativas, en una tipología ontológica.

IV. DISEÑOS Y FUNCIONES RELEVANTES DEL PODER JUDICIAL.

Domina desde siempre la concepción de Locke y Montesquieu del Poder Judicial como uno de los tres poderes soberanos del Estado, el que se ha regulado en las Constituciones como organismo primario, dividido por motivos funcionales en Salas, tradicionalmente en materias civil, penal y de amparos. En los desarrollos contemporáneos se han establecido Salas de lo Contencioso Administrativo y las Salas de Amparo han sido sustituidas por Salas o Cortes de lo Constitucional.

El diseño institucional del Poder Judicial en los países Centroamericanos parte de la integración de una Corte Suprema de Justicia y se complementa con un conjunto de tribunales de primera y segunda Instancia.

Dentro de las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema priman la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, organizar y dirigir el Poder Judicial, resolver casaciones y conflictos de competencias.

Las Salas de lo Constitucional asumen elevadas funciones, puesto que tienen la posibilidad de resolver amparos, habeas corpus e inconstitucionalidades, llegando a resolver sobre fallos pronunciados por las otras Salas.

El proceso de reformas ha permitido un reforzamiento de las Salas de lo Constitucional, que vienen a ser instrumentos con po-

der decisivo en el equilibrio de los Poderes. Conocen de los mecanismos de defensa de la Constitución, incluyendo los tradicionales recursos citados y dirimen conflictos entre los otros Poderes, como ocurre con el veto.

En suma, las Salas y la Corte de lo Constitucional como organismos técnicos especializados y sus relevantes funciones en la resolución de conflictos y proyección normativa de la Constitución, constituyen un avance importante en la evolución política regional y en la construcción del Estado democrático de Derecho.

Hay afectación negativa en la administración de justicia cuando se debilitan los mecanismos jurisdiccionales de defensa de la Carta Magna, como es el caso de la restricción en la inaplicabilidad de las leyes por parte de los aplicadores de la justicia en el sistema de control difuso. Además, cuando se mantienen procedimientos constitucionales engorrosos.

En resumen, la experiencia regional en lo que concierne a diseños y funciones relevantes del Poder Judicial se destaca en la estructuración de Cortes o Salas en materia constitucional, cuya función primordial es la defensa de la constitucionalidad, con ostensibles fortalezas y debilidades que enfrentar.

V. GARANTÍAS ORGÁNICAS EFECTIVAS PARA LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD.

Los diferentes textos constitucionales establecen la separación de Poderes como base del sistema político, si bien el régimen presidencialista ha mantenido preeminencia histórica, al grado de disponer de supremacía política, lo que ha afectado la independencia del Poder Judicial y hasta su imparcialidad en el juzgamiento.

En el contexto actual, hay un esfuerzo por mediatizar el presidencialismo, incluso iniciativas que estudian las conveniencias del sistema parlamentario.

Dentro de las medidas orgánicas para la independencia judicial y limitar las influencias nefastas del Órgano Ejecutivo, se destacan nuevas formas de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cuya implementación es positiva, pero insuficiente.

Se ha avanzado con la fijación de porcentajes de dotación financiera presupuestaria mínima al Órgano Judicial, que le aseguran un adecuado funcionamiento autónomo y un incremento en la eficiencia del sistema.

Es conveniente que en los textos constitucionales se proclame la independencia judicial y la obligación de imparcialidad, hasta llegar a prohibir vinculaciones de los jueces con líneas políticas partidistas.

Se refuerza el ideal del papel imparcial del juez, al asegurarle estabilidad en el marco de la carrera judicial y mantener programas de capacitación.

Existen mecanismos de control y evaluación del juez, en el marco de la propia Corte Suprema de Justicia, en los consejos de la judicatura, en los institutos de probidad y en las instancias gremiales de control ético, que son frenos para las decisiones erráticas de los jueces.

La independencia y la imparcialidad del juez se ven afectadas por los intereses en pugna entre partidos políticos, que procuran nombramientos de magistrados que guarden afinidad con sus líneas ideológicas. Se ha llegado a afirmar que los partidos políticos secuestran los sistemas judiciales y que es imprescindible la depuración de jueces contaminados.

En resumen, las garantías orgánicas efectivas para la independencia e imparcialidad son el nombramiento de magistrados por medios democráticos y técnicos, el adecuado funcionamiento de la carrera judicial, la formación y capacitación en escuelas judiciales y

la fijación de porcentajes presupuestarios mínimos a nivel constitucional para el Órgano Judicial.

VI. GARANTÍAS PROCESALES PARA LA JUSTICIA

Las Constituciones preconizan principios para garantizar la justicia, como son los de una pronta y cumplida justicia. Los procedimientos constitucionales se vienen perfeccionando paulatinamente, a partir de los preceptos que consagran la gratuidad, la obligación de resolver, la independencia del juez y el debido proceso.

Los mecanismos procesales contemplan diferentes instancias o medios y procedimientos para la revisión y revocación de los fallos, que se desarrollan en legislación secundaria con base en los principios fundamentales consignados en la Constitución.

La violación de los principios constitucionales abre cauces procesales para la corrección de los fallos, que requieren mejorarse. Los controles constitucionales, centralizados o difusos, mediante el sistema de inaplicabilidad, son garantías fundamentales que se deben impulsar.

La modernización de los sistemas procesales es un reto puesto que los organismos judiciales se ven entorpecidos, por su lentitud y la morosidad. La falta de plazos en algunos procedimientos vuelve nugatoria la justicia. Ante la sobresaturación de expedientes en curso se torna imprescindible reforzar con personal competente los cuerpos de colaboradores.

Dentro de las garantías procesales se preconiza el sistema de Salas especializadas en la Corte Suprema de Justicia y la producción de jurisprudencia avanzada y de calidad, que dé pautas para que las resoluciones guarden uniformidad.

La implementación de la oralidad es una vía que está dando magníficos resultados y pudiera aplicarse en los más altos niveles

de la institucionalidad del sistema, incluso en las Salas o Cortes de lo Constitucional.

En resumen, la especialización y la concentración jurisdiccional, el respeto al debido proceso, la aplicación de principios de gratuidad y exclusividad y la independencia judicial, constituyen garantías procesales que favorecen el papel protagónico del Poder Judicial en el proceso de democratización.

VII. MODELO DE JUEZ

342

El paradigma del buen juez, encarnado en la figura de Salomón y en las genialidades de Sancho Panza en la ínsula Barataria, es la de un hombre excepcional por su sabiduría en la ponderación de los conflictos, que se manifiesta en una docta demostración de imparcialidad en sus determinaciones, las que son notablemente brillantes por el sentido de justicia y la inteligencia en que reposan.

Por ello en las Constituciones se indican características y requisitos para el nombramiento del juez, como son la experiencia, la competencia y la integridad moral. Además, se dictan normas que prescriben que los jueces deben estar en el goce de sus derechos de ciudadano y que sean abogados.

La exigencia de experiencia profesional se incrementa en la medida que los cargos sean más elevados jerárquicamente, por ejemplo, en el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

También hay requisitos en cuanto a la edad, señalándose edades mínimas, siguiendo el criterio que con el transcurso del tiempo se logra un mayor nivel de madurez.

Se requiere que sean personas de reconocida honorabilidad. Esto hace referencia al buen nombre alcanzado en la exposición pública a lo largo de la vida. El juez debe tener alto prestigio por su probidad, pues será ejemplo vivo de fidelidad a las normas.

Se pretende que sea firme en su imparcialidad, para que no sea inducido por influencias personales, financieras o políticas, en desmérito de su sacrosanta función.

En procura de la independencia del juez, se prohíbe la participación de funcionarios judiciales en actividades políticas partidistas o se establece la incompatibilidad con toda participación en política, los cuales son progresos normativos.

Los jueces deben ser personas de solvencia en el cumplimiento de sus obligaciones financieras, privadas y fiscales. En fin, deben ser rectos e intachables.

Hay que pagarles remuneraciones salariales altas o suficientes para satisfacer sus necesidades personales y familiares, de manera que éstas no se vuelvan tan acuciantes que ablanden su honestidad.

El juez debe caracterizarse por su valentía para exponer en sus sentencias lo justo y pertinente, aun en contra de los poderosos o de la opinión pública y la prensa. Debe ser tenaz en la defensa de la Constitución y la legalidad, a ultranza si fuere necesario, por encima de influencias perniciosas, incluso de personas próximas a sus sentimientos y confianza.

El juez debe ser muy estudioso, para sustentar sus resoluciones en la majestad de la ley y la ilustración de la doctrina. Debe tener un amplio bagaje de conocimientos, una cultura que le genere respeto.

En resumen, el modelo de juez es el de una persona de alta capacidad técnica, experiencia, independencia, imparcialidad, valentía y rectitud.

VIII. APERTURA Y TRANSPARENCIA JUDICIAL

En la concepción moderna de una buena administración de justicia, el tema relativo a la apertura y transparencia, está en auge.

Como dice el Dr. René Fortín Magaña, es una idea-fuerza. Se vincula con las garantías fundamentales de los derechos a la información, petición, acceso a la justicia, defensa y debido proceso.

La apertura representa un cambio respecto a la cultura precedente en la que prevalecía el secretismo.

En cuanto al acceso a la justicia, entendido como el derecho de promover el accionar del aparato judicial en procura de hacer efectivos los derechos de la persona, controvertidos o negados, existe una poderosa corriente para ampliarlo y tornarlo cada vez más efectivo en los medios forenses.

Dentro de las vías para facilitar el acceso a la justicia se mencionan diferentes posibilidades, unas referidas a disminuir los requisitos que se exigen para la admisión de las demandas y otras concernientes a mejorar y ampliar la red de tribunales para facilitar su uso por los sujetos interesados.

En cuanto al primero, se están poniendo en práctica criterios de sencillez frente al exceso de formalidades y exigencias técnicas de antaño. También se introducen las técnicas de la oralidad para el planteamiento de las demandas, como ya ocurre en lo laboral.

En cuanto al segundo, se están creando oficinas sucedáneas o ampliando las competencias de tribunales en localidades fuera de las sedes principales, para que puedan recibir las peticiones.

En materia de transparencia, se ha puesto en boga la divulgación oficiosa por medio de sistemas informáticos, en adición a la que se realiza en revistas y medios de prensa. Es importante la difusión de los fallos adoptados por medio de revistas judiciales, generales y especializadas, creando o impulsando los centros de documentación judicial. Es de relevancia la publicación de libros que contengan líneas y criterios jurisprudenciales, que son manuales de uso indispensable en los campos académico y profesional, para la formulación de los alegatos y en la preparación de las sentencias.

Hay experiencias valiosas de los “miradores judiciales”, que difunden información y facilitan la observación pública del quehacer cotidiano de los tribunales y los consejos de la judicatura.

Sin embargo, el régimen de transparencia en algunos países apenas está anunciado o por iniciarse, con dificultades.

El acceso a los expedientes judiciales es compendioso y se ve limitado por la normativa de reserva, lo que impone la necesidad de distinguir el tipo de información abierta al público y la prensa, respecto a la confidencial.

Es fundamental propiciar la promulgación de leyes de transparencia y acceso a la información pública, ya en vigor en algunos países, puesto que constituyen un medio idóneo para enfrentar y superar las barreras al conocimiento debido de los procesos.

En resumen, en materia de apertura y transparencia judicial, se requieren:

- Oficinas descentralizadas de recepción de demandas.
- Criterios amplios para admisibilidad de peticiones.
- Amplia divulgación de información judicial, incluyendo sistemas informáticos.
- Difusión de jurisprudencia e información judicial de fondo.
- Miradores judiciales.
- Normas de transparencia y acceso a la información.

IX. CUESTIONARIO DE CIERRE¹⁵

1. ¿Hay diferencias sustanciales comparativas, antes y después de la democratización, en las estructuras y garantías del Poder Judicial?

En las nuevas estructuras y garantías del Poder Judicial se encuentran diferencias significativas respecto a la situación previa a la democratización gracias a la creación de instancias especializadas,

¹⁵ Documento conceptual citado..

como son las Salas y Cortes de lo Constitucional y a la separación de las funciones jurisdiccionales de las administrativas, como es el caso de las tareas encomendadas a los Consejos de la Judicatura.

Es un avance el conocimiento de reclamos por motivos constitucionales que se procesan en las Salas de ese nombre en contra de sentencias pronunciadas por otras Salas del Poder Judicial.

En resumen, hay progresos considerables con respecto a la situación previa a la actual fase de democratización de los sistemas judiciales, por los hechos apuntados.

Sin embargo, hay retrocesos, por ejemplo en materia de control difuso, por la excesiva concentración del poder decisorio en las Salas de lo Constitucional.

Hay debilidades por saturación y mora judicial, por la excesiva concentración de tareas en Cortes o Salas de lo Constitucional.

2. ¿Ha impactado en la democratización o ha limitado la democratización la actuación del Poder Judicial?

La actuación del Poder Judicial ha impactado en la democratización del sistema político puesto que se han reforzado sus competencias soberanas, al ampliarse su radio de acción y por la mayor eficiencia y la cantidad de fallos. Hay deficiencias derivadas de la eventual supremacía del criterio político sobre el criterio jurídico.

En resumen: hay desarrollos valiosos en el sistema de equilibrio, división y cooperación con los otros Poderes, en la cultura de respeto inter-órganos y en la construcción del Estado democrático de Derecho.

Hay una mejor y más efectiva presencia política de los Poderes Judiciales, gracias al proceso de fortalecimiento y modernización.

Sin embargo, hay casos de evidente o aparente supremacía de los criterios o influencias de tipo político-partidista sobre los parámetros de decisión jurídica.

3. ¿Cuál es la agenda pendiente?

La agenda pendiente incluye:

- Separación plena de la función administrativa respecto a la labor jurisdiccional.
- Depuración de los mecanismos de elección de magistrados que no deben depender de partidos políticos ni de corrientes o influencias ideologizantes.
- Incremento de los niveles de competencia y de exigencias de especialización y formación de los magistrados.
- Ampliación de los controles de probidad.

4. ¿Qué medidas se requieren para consolidar el Poder Judicial?

Para consolidar el Poder Judicial se requieren reformas constitucionales y legislativas en las que se le provea y garantice el financiamiento presupuestario.

Impulsar los planes de modernización para lograr eficiencia, prontitud y calidad en los fallos.

Superar el descrédito y la desconfianza en el sistema judicial.

Que se procesen y castiguen los casos de corrupción judicial y se apliquen normas disciplinarias ante la negligencia y la irresponsabilidad. Que se controlen las actuaciones de los funcionarios por medio de instancias eficientes.

Que se haga efectiva la carrera judicial.

En resumen, se requiere de reformas constitucionales para asegurar y ampliar atribuciones relevantes, mejorar los procedimientos jurisdiccionales, la aplicación de normas de probidad, reglamentos disciplinarios y controles de eficiencia, la efectividad y respeto a los escalafones en la carrera judicial y la capacitación.

5. ¿Cuál es el estado actual de la discusión?

El estado actual de la discusión sobre el papel, funciones y perspectivas del Poder Judicial es propositivo, pues existen corrientes de opinión y debates sostenidos por constitucionalistas, orga-

nizados en gremio o a título personal, que diagnostican y lanzan exigencias pertinentes para corregir deficiencias, con recomendaciones atinadas.

Las campañas para elección de magistrados alientan los debates dentro de las gremiales de abogados y entre los candidatos, que culminan en propuestas a la luz de los desarrollos del derecho constitucional.

Hay canales de comunicación internacional entre constitucionalistas, como ocurre en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que favorecen la cooperación, la universalización del pensamiento y actividades coordinadas.

En resumen, el estado actual de la discusión sobre el Poder Judicial es participativo y propositivo, incluye diagnósticos, críticas y recomendaciones en la lucha por el imperio del derecho.

X. CONCLUSIÓN

La tendencia del constitucionalismo en Centro América, en lo que respecta al Poder Judicial, se puede evaluar con certeza como positiva en sus principales connotaciones comparativas en el proceso de transición y consolidación democrática. Ello se ha puesto de manifiesto en modificaciones incorporadas en los textos constitucionales, en la creación o fortalecimiento de instituciones y en mejores procedimientos para garantizar el papel efectivo de este Órgano estatal en sus diversos desempeños. El Poder Judicial ha logrado un rol superior al tradicional en el equilibrio de Poderes del Estado y su incidencia en la democratización es evidente, pero el proceso es inconcluso, como la sinfonía de Schubert.

JLLC-SS-16-marzo-09

VI

Legislación

PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

CONSIDERANDO:

- I. Que de acuerdo a la Constitución de la República y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma expresa o artística, o por cualquier otro procedimiento elegido por la ciudadanía.
- II. Asimismo se reconoce que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito a las autoridades legalmente establecidas y a que se le haga saber lo resuelto, derecho que comprende el acceso a la información pública, que debe ser desarrollado en la normativa secundaria.
- III. Que el poder público emana del pueblo y que los funcionarios son sus delegados, en razón de lo cual los ciudadanos son mandantes y tienen derecho a conocer la información que se derive de la gestión gubernamental y el manejo de los recursos públicos; y los servidores públicos, como mandatarios, están obligados a la transparencia y a la rendición de cuentas.
- IV. Que la transparencia y el acceso a la información pública propician la modernización del Estado, puesto que implican

introducir sistemas más eficientes de administración pública y métodos más adecuados para el manejo y conservación de los archivos nacionales; además, son condiciones básicas para una efectiva participación ciudadana tanto en el control social de las políticas, planes y programas, como en la toma de decisiones; y contribuyen al fortalecimiento de las instituciones públicas, al mejoramiento de la calidad de la democracia y a la plena vigencia del Estado de derecho.

- V. Que la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción reconocen la transparencia, el derecho de acceso a la información, el derecho a la participación ciudadana y la obligación de las autoridades a la rendición de cuentas de la gestión pública, como herramientas idóneas para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción.
- VI. Que en razón de lo expuesto es indispensable emitir una ley de transparencia y acceso a la información pública que regule de manera armónica el ejercicio de los derechos humanos enunciados, promueva la participación ciudadana, la eficiencia de la administración pública, la lucha contra la corrupción y la generación de una cultura de transparencia.

POR TANTO, en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados

DECRETA la siguiente

LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

TÍTULO PRELIMINAR

Capítulo Único

Definiciones y conceptos

Transparencia

Artículo 1. Transparencia es el deber de apertura y publicidad que tienen los servidores públicos en el desempeño de sus competencias y en el manejo de los recursos que la sociedad les confía, para hacer efectivo el derecho de toda persona a conocer y fiscalizar la gestión gubernamental.

Derecho de acceso a la información pública

Artículo 2. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información generada, administrada o en poder de las instituciones públicas y demás entes obligados de manera oportuna y veraz, sin sustentar interés o motivación alguna.

Conceptos

Artículo 3. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

- a. Datos personales: la información privada concerniente a una persona, identificada o identificable, relativa a su nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico u otras análogas.
- b. Datos personales sensibles: los que corresponden a una persona en lo referente al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor y a la propia imagen.

c. Información pública: es aquella en poder de los entes obligados contenida en documentos, archivos, datos, comunicaciones y todo tipo de registros que documenten el ejercicio de sus facultades o actividades, que consten en cualquier medio, ya sea impreso, óptico o electrónico, independientemente de su fuente fecha de elaboración, y que no sea confidencial. Dicha información podrá haber sido generada, obtenida, transformada o conservada por éstos a cualquier título.

d. Información oficiosa: es aquella información pública que los entes obligados deberán difundir al público en virtud de esta ley sin necesidad de solicitud directa.

e. Información reservada: es aquella información pública cuyo acceso se restringe de manera expresa de conformidad con esta ley, en razón de un interés general durante un período determinado y por causas justificadas.

f. Información confidencial: es aquella información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido.

g. Servidor Público: Persona natural que presta servicios ocasional o permanentemente, remunerados o ad honórem, que ejerzan su cargo por elección, nombramiento, contrato u otra modalidad dentro de la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción. Asimismo, comprende a los funcionarios y empleados públicos y agentes de autoridad en todos sus niveles jerárquicos.

h. Unidades administrativas: aquellas que de acuerdo con la organización de cada uno de los entes obligados posean la información solicitada.

i. Unidades de Acceso a la Información Pública: la unidad administrativa de los entes obligados que recibe y da trámite a las peticiones de información.

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES
Capítulo I

Finalidad, objetivos y principios

Finalidad

Artículo 4. La presente ley tiene como finalidad asegurar la transparencia de las actuaciones de las instituciones y dependencias del Estado, garantizar el derecho de acceso de toda persona a la información pública y contribuir al fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho.

Objetivos

Artículo 5. Son objetivos de esta ley:

- a. Propiciar la transparencia de la gestión pública mediante la difusión de la información que generen los entes obligados.
- b. Facilitar a toda persona el derecho de acceso a la información pública mediante procedimientos sencillos y expeditos.
- c. Impulsar la rendición de cuentas de las instituciones y dependencias públicas y la participación ciudadana en el control de la gestión gubernamental y la fiscalización ciudadana al ejercicio de la función pública.
- d. Modernizar la organización de los archivos y documentos.
- e. Promover la eficiencia de las instituciones públicas.
- f. Promover el uso de las tecnologías de la información y comunicación y la implementación del gobierno electrónico.
- g. Proteger los datos personales en posesión de los entes obligados y garantizar su exactitud.
- h. Contribuir a la prevención y combate de la corrupción.

- i. Fomentar la cultura de transparencia.
- j. Facilitar la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones concernientes a los asuntos públicos.

Principios

Artículo 6. En la interpretación y aplicación de esta ley deberán regir los principios siguientes:

- a. Máxima publicidad: la información en poder de los entes obligados es pública y su difusión irrestricta, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.
- b. Disponibilidad: la información pública debe estar al alcance de los particulares.
- c. Prontitud: la información pública debe ser suministrada con presteza.
- d. Integridad: la información pública debe ser completa, fidedigna y veraz.
- e. Igualdad: el suministro de la información pública debe ser indiscriminado.
- f. Sencillez: los procedimientos aplicados para la eficacia de esta ley deben ser simples y expeditos.
- g. Gratuidad: el acceso a la información debe ser gratuito.
- h. Rendición de cuentas. Quienes desempeñan responsabilidades en el Estado o administran bienes públicos están obligados a rendir cuentas ante el público y autoridad competente, por el uso y la administración de los bienes públicos a su cargo y sobre su gestión.

Capítulo II

Entes obligados y facultados

Entes obligados

Artículo 7. Están obligados al cumplimiento de esta ley todos los órganos del Estado, sus dependencias y organismos desconcentrados, las instituciones autónomas, las municipalidades o cualquier otra entidad u organismo público creado con anterioridad

o posterioridad a la presente ley, ya sea con o sin personalidad jurídica y patrimonio propios, que administre recursos públicos, bienes del Estado o ejecute actos de la administración pública en general. Se incluye dentro de recursos públicos aquellos fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, a menos que el Convenio o Tratado determine otro régimen de transparencia y acceso a la información.

También están obligadas por esta ley las sociedades de economía mixta y las personas privadas, individuales o jurídicas, que manejen recursos o información pública o ejecuten actos de la función estatal, nacional o local, tales como en las contrataciones públicas, concesiones de obras o servicios. El ámbito de la obligación de estos sujetos obligados de permitir el acceso a la información se limita estrictamente a la administración de los fondos públicos otorgados y a la función pública conferida, en su caso.

Las solicitudes de información en poder de éstas personas se tramitarán ante el Oficial de Información del ente público al que corresponda su vigilancia o con el que se vinculen. Estos sujetos obligados deberán informar al particular cual es la entidad competente para este propósito.

En consecuencia, esta ley se aplica a todos los servidores públicos, dentro o fuera del territorio de la República y a las personas privadas que laboren dentro las entidades mencionadas en el inciso segundo de este artículo, estando obligadas al cumplimiento de la presente ley.

Titulares de los derechos

Artículo 8. Puede hacer uso de los derechos establecidos en esta ley toda persona, individual o jurídica, pública o privada, directamente o por medio de sus representantes. Para ejercer el derecho de acceso a la información pública no habrá necesidad de comprobar interés legítimo o derecho precedente.

Capítulo III

Características del acceso

Múltiples formas de solicitar información

Artículo 9. Toda persona o su representante podrá presentar una solicitud de información ya sea en forma escrita, verbal, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio idóneo, con igual validez. Se procurará que las formas de hacer solicitudes sean lo más amigables posibles para lo cual el [Instituto/Consejo] aprobará formularios para las mismas.

Asistencia al solicitante

Artículo 10. Los interesados tendrán derecho la asistencia para el ejercicio del derecho de acceso a la información y al auxilio en la elaboración de las solicitudes, en particular en los casos en que éste no sepa leer ni escribir o tenga otras necesidades especiales.

Cuando una solicitud de información sea dirigida a un ente obligado distinto del competente, éste deberá ofrecerle al interesado que su petición sea remitida a aquel. No obstante el interesado tendrá la opción de dirigirse personalmente a la entidad competente.

Resolución motivada

Artículo 11. Todas las decisiones de los entes obligados deberán entregarse por escrito al solicitante y serán motivadas, con mención breve pero suficiente de sus fundamentos, precisándose las razones de hecho y de Derecho que determinaron e indujeron a la entidad a adoptar su decisión. El silencio de las entidades tendrán las consecuencias señaladas en los artículos 80 y 106. Dichas decisiones deberán ser notificadas por el medio que haya sido indicado por el solicitante, de acuerdo al artículo 70.

Gratuidad

Artículo 12. La obtención y consulta de la información pública se registrará por el principio de gratuidad, en virtud del cual se permitirá el acceso directo a la información libre de costos.

La reproducción y envío de la información, en su caso, será sufragada por el solicitante, si bien su valor no podrá ser superior al de los materiales utilizados y costos de remisión. Los entes obligados deberán disponer de hojas informativas de costos de reproducción y envío. El envío por vía electrónica no tendrá costo alguno.

Tratándose de copias magnéticas o electrónicas, si el interesado aporta el medio en que será almacenada la información, la reproducción será gratuita.

Entrega de información

Artículo 13. Los entes obligados deberán entregar únicamente información que se encuentre en su poder. La obligación de acceso a la información pública se dará por cumplida cuando se pongan a disposición del solicitante para consulta directa los documentos que la contengan en el sitio donde se encuentren; o bien, mediante la expedición de copias simples, certificadas o por cualquier otro medio tecnológico conocido o por conocerse.

El acceso se dará solamente en la forma en que lo permita el soporte de la información solicitada. Se entregarán los documentos en su totalidad o partes de los mismos según lo haya pedido el solicitante. En caso que la información solicitada por la persona ya esté disponible al público en medios impresos, tales como libros, compendios, archivos públicos, formatos electrónicos disponibles en Internet o en cualquier otro medio, se le hará saber por escrito la fuente, el lugar y la forma en que puede consultar, reproducir o adquirir dicha información.

Consulta directa

Artículo 14. El solicitante tendrá derecho a efectuar la consulta directa de información pública dentro de los horarios de atención general del ente obligado correspondiente.

Se permitirá la consulta directa de los datos o registros originales en caso que no se hallen almacenados en algún medio magnético, digital, microfichas y que su estado lo permita.

Bajo ninguna circunstancia se prestará o permitirá la salida de registros o datos originales de los archivos en que se hallen almacenados.

Los entes obligados deberán asesorar al solicitante sobre el servicio de consulta directa de información pública.

Validez de la información

Artículo 15. Los documentos emitidos por los órganos de la Administración Pública utilizando tecnologías de la información y comunicaciones gozarán de la validez de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, y el cumplimiento de requisitos y garantías que disponga la legislación pertinente.

TÍTULO II

CLASES DE INFORMACIÓN

Capítulo I

Información oficiosa

Divulgación de información

Artículo 16. Los entes obligados, de manera oficiosa, pondrán a disposición del público, divulgarán y actualizarán, en los términos de los lineamientos que expida el [Instituto/Consejo], la in-

formación siguiente:

1. Su estructura orgánica completa.
2. Las competencias y facultades de la unidad administrativa.
3. El directorio de servidores públicos, incluyendo sus correos electrónicos institucionales, el número de servidores públicos que laboran en la entidad y sus dependencias. Se deberán registrar los cambios de personal que se operen.
4. El currículum vitae de los funcionarios públicos y asesores, tanto de su preparación académica como de su experiencia laboral.
5. La remuneración mensual por cargo presupuestario y sus respectivos aumentos, los montos aprobados para dietas, gastos de representación, y prestaciones en general, el presupuesto para gastos de operación y proyectos, incluyendo las categorías salariales de la Ley de Salarios y por Contrataciones.
6. Los listados de viajes nacionales e internacionales autorizados por los entes obligados que sean financiados con fondos públicos, para servidores públicos o personas particulares, incluyendo objetivos, destino, costos y viáticos.
7. La dirección de la Unidad de Acceso a la Información Pública, el nombre del Oficial de Información, correo electrónico y número telefónico-fax donde podrán recibirse consultas y, en su caso, las solicitudes.
8. La misión, visión, valores y objetivos de la institución, su plan operativo anual y los resultados obtenidos en el cumplimiento de los mismos. Las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos. Los planes y proyectos de reestructuración o modernización.
9. Las memorias de labores presentadas a la Asamblea Legislativa.
10. Los servicios que ofrecen y los lugares y horarios en que se brindan.
11. Los procedimientos y trámites que se siguen ante cada ente obli-

gado y sus correspondientes requisitos, formatos y plazos.

12. La información sobre el presupuesto asignado, incluyendo todas las partidas, rubros y montos que lo conforman.

13. Los informes contables trimestrales sobre la ejecución del presupuesto, precisando los ingresos, incluyendo donaciones y financiamientos, egresos y resultados. Asimismo se deberán hacer constar todas las modificaciones que se realicen al presupuesto, incluso las transferencias internas y externas. Entendiéndose incluidas en estas últimas, las transferencias entre partidas de un mismo ramo y organismo administrativo y las que por disposición legislativa se puedan autorizar directamente a organismos de distintos ramos o instituciones administrativas con la finalidad de cubrir necesidades prioritarias o imprevistas.

14. Los informes finales de las auditorías practicadas a los entes obligados que realice la Corte de Cuentas de la República, con independencia de su conocimiento en la vía judicial respectiva.

15. La información relacionada al inventario de bienes muebles e inmuebles con que cuenta cada uno de los entes obligados y el uso de los mismos por parte del Estado.

16. El listado de las obras en ejecución o ejecutadas total o parcialmente con fondos públicos, o con recursos provenientes de préstamos otorgados a cualquiera de las entidades del Estado, indicando la ubicación exacta, el costo total de la obra, la fuente de financiamiento, el tiempo de ejecución, beneficiarios, empresa o entidad ejecutora, nombre del funcionario responsable de la obra y contenido del contrato correspondiente.

17. El diseño, ejecución, montos asignados y criterios de acceso a los programas de subsidio así como la nómina de los beneficiarios del programa.

18. Los permisos, autorizaciones y concesiones otorgados, especificando sus titulares, montos, plazos, objeto y finalidad.

19. Las contrataciones y adquisiciones que se hayan celebrado o en

vías de formalización, detallando en cada caso:

- a. Objeto.
 - b. Monto.
 - c. Nombre y características de la contraparte.
 - d. Plazos de cumplimiento y ejecución del mismo.
 - e. La forma en que se contrató, ya sea por medio de licitación o concurso, público o por invitación, libre gestión, contratación directa, mercado bursátil o cualquier otra regulada por la ley.
 - f. Detalles de los procesos de adjudicación y el contenido de los contratos.
20. Los registros a que se refieren los artículos 14 y 15 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.
21. El marco normativo aplicable a cada ente obligado.
22. Los informes que por disposición legal generen los entes obligados.
23. Los mecanismos de participación ciudadana existentes en el ámbito de competencia de cada institución, junto con un informe anual de las modalidades y resultados del uso de dichos mecanismos por parte del sujeto obligado en la rendición de sus cuentas y la participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones y en el control de la gestión gubernamental.
24. El informe que presente los indicadores sobre el cumplimiento de esta ley que diseñe y aplique el **[Instituto/Consejo.]**
25. Los procedimientos de contratación de personal ya sea por el sistema de Ley de Salarios, contratos, jornales o cualquier otro medio.
26. La que con base a información estadística responda a las preguntas hechas con más frecuencia por el público y cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante.
27. Los índices de la información reservada señalados en el artículo 27 de esta ley.
28. La información estadística que generen, incluyendo las bases de

datos desagregadas, siempre cuidando la información confidencial.

29. Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán, el texto íntegro de sus resoluciones ejecutoriadas, así como los informes, producidos en todas sus jurisdicciones.

30. Las dependencias regionales, departamentales y los municipios informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local, y sin perjuicio de lo dispuesto en los literales anteriores;

31. El proyecto de agenda de las sesiones ordinarias y extraordinarias de las comisiones y del pleno de la Asamblea Legislativa, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Ministros, cuando hayan sido elaboradas o, a más tardar veinticuatro horas antes de su celebración.

32. Los órganos colegiados deberán hacer públicas sus sesiones ordinarias y extraordinarias en lo que corresponda a temas de presupuesto, administración y cualquier otro que se estime conveniente con excepción a aquellos aspectos que se declaren reservados de acuerdo a esta ley.

33. Los demás entes obligados deberán hacer públicos la agenda y actas de su junta directiva o consejo de administración respectivo.

El Ministerio de Hacienda y la Corte de Cuentas de la República deberán presentar y publicar trimestralmente un informe sobre la ejecución presupuestaria del Estado, dentro de los treinta días siguientes a cada trimestre, el cual deberá tener, como mínimo, el comportamiento de las actividades más relevantes por sector, así como su ejecución presupuestaria. Asimismo, deberán publicar un informe sobre la ejecución del presupuesto anual del Estado, a más tardar dentro de los treinta días posteriores a dicha ejecución.

Cuando se tratare de información estadística, la información deberá ser publicada de forma completa y desglosada, incorporando los indicadores de sexo y edad y cualquier otro que permita que

el ciudadano pueda ser correctamente informado.

Las entidades de carácter privado que administren fondos públicos deberán hacer pública la información oficiosa contenida en los numerales anteriores en cuanto se relacione al uso que hagan de dichos fondos.

La información a que se refiere este artículo deberá publicarse de forma que facilite su uso y comprensión y permita asegurar su claridad, veracidad, oportunidad y confiabilidad. Las dependencias deberán atender los lineamientos y recomendaciones que al respecto expida el [Instituto/Consejo.]

Para cumplir con la obligación de rendir cuentas y fortalecer la participación ciudadana en el control de la gestión gubernamental, cada ente obligado promoverá periódicamente, como mínimo una vez al año, eventos públicos en los cuales presente los principales resultados de la gestión administrativa, con base en los programas, objetivos y metas de la institución, el plan operativo anual, los recursos invertidos y sus proyectos principales.

Información oficiosa del Órgano Judicial

Artículo 17. Será información oficiosa del Órgano Judicial, además de la contenida en el artículo 16, la siguiente:

- a. Las resoluciones, sentencias definitivas e interlocutorias firmes con fuerza de definitiva, salvo en aquellas materias en que existiera reserva obligatoria.
- b. Las decisiones administrativas que se tomen en ejercicio de sus funciones.
- c. Las actas y resoluciones que emita la Corte Suprema de Justicia en pleno.
- d. Los procesos de selección del personal judicial y administrativo y sus resultados.
- e. Los nombramientos o designaciones de funcionarios de otros entes nacionales o internacionales que le corresponda efectuar.
- f. Los autos de preautis, extradiciones y la calificación del carácter

de orden público que atribuya a una ley.

- g. La nómina de abogados, notarios, jueces y jueces ejecutores, con mención expresa de las nuevas autorizaciones, suspensiones e inhabilitaciones.
- h. Estadísticas de la gestión judicial.
- i. Casos relevantes que por su interés público debieran conocer los ciudadanos.

Información oficiosa del Consejo Nacional de la Judicatura

Artículo 18. Será información oficiosa del Consejo Nacional de la Judicatura, además de la contenida en el artículo 16, la siguiente:

- a. El registro de abogados autorizados.
- b. La relativa a los procesos de selección y evaluación de magistrados y jueces.
- c. Los resultados y recomendaciones derivadas de los mismos.
- d. Las resoluciones por las que proponga ternas de candidatos para los cargos de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como la lista de candidatos que le presente la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador.
- e. Las resoluciones por las que proponga ternas de candidatos a magistrados de cámaras de segunda instancia y jueces.

Información oficiosa del Órgano Legislativo

Artículo 19. Será información oficiosa del Órgano Legislativo, además de la contenida en el artículo 16, la siguiente:

- a. La asignación y ejecución presupuestaria por representación partidaria.
- b. Los miembros de las comisiones legislativas.
- c. Los miembros de las distintas fracciones partidarias.
- d. El listado de asesores, determinando sus respectivas funciones y remuneraciones.
- f. Las listas de asistencia de los diputados a las sesiones plenarios

y reuniones de las comisiones.

g. Piezas de correspondencia recibidas.

h. Los proyectos de ley, cuando se les dé la iniciativa correspondiente.

Los mismos deberán publicarse por un período no menor de treinta días antes de la fecha de su sometimiento al pleno legislativo para su aprobación como ley. En caso que se proceda a la aprobación de una ley con dispensa de trámite, se deberá de motivar la necesidad de utilizar este procedimiento legislativo excepcional.

i. El listado de proyectos de ley recibidos detallando el estado de los mismos.

j. Los decretos y dictámenes emitidos por las comisiones y el pleno legislativo.

k. Transcripciones y grabaciones de las sesiones plenarias y comisiones.

l. El registro de los votos emitidos por cada diputado individualmente considerado. Dicho registro deberá detallar las votaciones por moción y sesión plenaria, y deberá actualizarse semanalmente.

Información oficiosa del Tribunal Supremo Electoral

Artículo 20. El Tribunal Supremo Electoral deberá divulgar de manera oficiosa los montos que se otorguen a los partidos políticos en concepto de deuda política, así como los informes financieros que le presenten los partidos políticos y las coaliciones y los resultados de las auditorías que éste ordene.

Informes sobre uso de recursos públicos

Artículo 21. Los entes obligados deberán hacer pública la información relativa a montos y destinatarios de recursos públicos, así como los informes que éstos rindan sobre el uso de dichos recursos.

Formas de divulgación

Artículo 22. La información oficiosa a que se refiere este capítulo

deberá estar a disposición del público a través de cualquier medio masivo de comunicación, ya sea página electrónica, folletos, periódicos u otras publicaciones. Los entes obligados deberán instalar equipos de computación a fin de que se facilite el acceso a la información, brindando asistencia a los usuarios que lo requieran. El [Instituto/Consejo] fomentará que los entes obligados utilicen tecnologías de la información y que dentro de un plazo razonable la información esté a disposición del público en las páginas Web para lograr la máxima publicidad. No obstante, ninguna institución podrá negar información so pretexto de no contar con la tecnología adecuada.

Capítulo II

Información reservada

Artículo 23. Es información reservada:

- a. La que perjudique o ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional.
- b. La que menoscabe las relaciones internacionales o la conducción de negociaciones diplomáticas del país.
- c. La que ponga en peligro evidente la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona.
- d. La que contenga opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, en tanto no sea adoptada la decisión definitiva.
- e. La que causare un serio perjuicio en la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos, en la administración de justicia o en la verificación del cumplimiento de las leyes.
- f. La que comprometiére las estrategias y funciones estatales en procedimientos judiciales o administrativos en curso.
- g. La que pueda generar una ventaja indebida a una persona en

perjuicio de un tercero.

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o de delitos de trascendencia internacional

Plazo de reserva

Artículo 24. La información clasificada como reservada según el artículo 23, permanecerá con tal carácter hasta por un período de siete años. Esta información podrá ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron origen a esa calificación, aún antes del vencimiento de este plazo.

El **[Instituto/Consejo]** podrá ampliar el período de reserva por cinco años adicionales a solicitud de los entes obligados, quienes actuarán de oficio o a petición de persona interesada, siempre y cuando se justifique que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación.

Cuando concluya el período de reserva la información será pública, sin necesidad de acuerdo o resolución previa, debiendo protegerse la información confidencial que aún contenga. El **[Instituto/Consejo]** deberá llevar un registro público de la información que se desclasifique.

Facultad de reserva

Artículo 25. El **[Instituto/Consejo]** será responsable de clasificar la información de conformidad con los criterios establecidos en esta ley, en consulta con la correspondiente entidad obligada.

Justificación del daño

Artículo 26. En caso que se estime que la información debe clasificarse como reservada, la entidad competente deberá motivar en su resolución que se cumplen los siguientes extremos:

- a. Que la información encuadra en alguna de las causales de excepción al acceso a la información previstas en el artículo 23 de esta ley.
- b. Que la liberación de la información en referencia pudiera amenazar efectivamente el interés jurídicamente protegido.
- c. Que el daño que pudiera producirse con la liberación de la información fuere mayor que el interés público por conocer la información en referencia.

La resolución deberá contener la siguiente información:

- a. Órgano, ente o fuente que produjo la información.
- b. La fecha o el evento establecido.
- c. La autoridad que adoptó la decisión de reservar la información.
- d. Las personas o instancias autorizadas a acceder a esa información, preservando el carácter confidencial, en caso que las hubiere.
- e. Las partes de información que son sometidas a confidencialidad o reserva y las que están disponibles para acceso al público.

Índice de información reservada

Artículo 27. Las Unidades de Acceso a la Información Pública elaborarán semestralmente y por rubros temáticos un índice de la información clasificada como reservada. Dicho índice deberá indicar la unidad administrativa que generó la información, la fecha de la clasificación, su fundamento, el plazo de reserva y, en su caso, las partes de los documentos que se reservan. En ningún caso el índice será considerado como información reservada y el mismo deberá ser publicado.

Capítulo III

Información confidencial

Artículo 28. Es información confidencial:

- a. La referente al derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, así como archivos médicos cuya divulgación

constituiría una invasión a la privacidad de la persona.

b. La entregada con tal carácter por los particulares a los entes obligados, siempre que por la naturaleza de la información tengan el derecho a restringir su divulgación.

c. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión.

d. Los secretos profesional, comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal.

Consentimiento de la divulgación

Artículo 29. Los entes obligados no proporcionarán información confidencial sin que medie el consentimiento expreso y libre del titular de la misma.

Solución de discrepancias

Artículo 30. En caso de discrepancia sobre la clasificación de la información, entre el particular y un ente obligado o entre entes obligados, resolverá el [Instituto/Consejo.]

Capítulo IV

Disposiciones comunes para la información reservada y confidencial

Acceso a información restringida por autoridades públicas

Artículo 31. Tendrán acceso a información confidencial y reservada las autoridades competentes en el marco de sus atribuciones específicas.

Custodia de la información restringida

Artículo 32. El titular de cada dependencia o entidad deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la custodia y conservación de los documentos que contengan información reservada o confi-

dencial.

Responsabilidad

Artículo 33. Los funcionarios que divulguen información reservada o confidencial responderán conforme a las sanciones que ésta u otras leyes establezcan.

Versiones públicas

Artículo 34. En caso que el ente obligado deba publicar documentos que contengan en su versión original información reservada o confidencial, deberá preparar una versión en que elimine los elementos clasificados con marcas que impidan su lectura, haciendo constar en nota una razón que exprese la supresión efectuada.

372

TÍTULO III

DATOS PERSONALES

Capítulo I

Protección de datos personales

Derecho a la protección de datos personales

Artículo 35. Toda persona, directamente o a través de su representante, tendrá derecho a saber si se está procesando información que le concierne, a solicitar una indagatoria y a conseguir una reproducción inteligible de ella sin demora; asimismo, a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean ilícitos, injustificados o inexactos y a conocer los destinatarios cuando esta información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición, en los términos de esta ley. El acceso a los datos personales es exclusivo a su titular o su representante.

Deberes de los entes obligados

Artículo 36. Los entes obligados serán responsables de proteger los datos personales y, en relación con éstos, deberán:

- a. Adoptar procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de indagatoria, actualización, modificación y supresión de datos personales, y capacitar a los servidores públicos sobre dichos procedimientos.
- b. Dar a conocer información sobre sus políticas en relación con la protección de tales datos, de conformidad a los lineamientos que al respecto establezca el [Instituto/Consejo.]
- c. Dar tratamiento a datos personales solamente cuando estuvieren relacionados con los propósitos para los cuales se hayan proporcionado u obtenido.
- d. Dar a conocer los propósitos para el tratamiento de datos personales, desde el momento de su obtención, en los términos que establezca el [Instituto/Consejo.]
- e. Procurar que los datos personales sean exactos y actualizados.
- f. Rectificar o completar los datos personales que fueren inexactos o incompletos.
- g. Adoptar medidas que protejan la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

Prohibición de difusión

Artículo 37. Los entes obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información administrados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso y libre, por escrito o por un medio equivalente, de los individuos a que haga referencia la información.

Difusión sin consentimiento

Artículo 38. Los entes obligados podrán proporcionar o divulgar datos personales, sin el consentimiento del titular, en los si-

güentes casos:

- a. Cuando fuere necesario por razones estadísticas, científicas o de interés general, siempre que no se identifique al individuo a quien se refieran.
- b. Cuando se transmitan entre entes obligados, siempre y cuando los datos se destinen al ejercicio de sus facultades.
- c. Cuando exista orden judicial.
- d. Cuando contraten o recurran a terceros para la prestación de un servicio que demande el tratamiento de datos personales. Los terceros no podrán utilizar los datos personales con propósitos distintos a aquellos para los cuales se les hubieren proporcionado y responderán de las responsabilidades que genere su actuación.

Lista de registros o sistemas de datos personales

Artículo 39. Los entes obligados que posean, por cualquier título, registros o sistemas de datos personales, deberán hacerlo del conocimiento del [Instituto/Consejo], que mantendrá una lista actualizada de los mismos y de sus sistemas de seguridad.

Destrucción de registro.

Artículo 40. Los entes obligados que decidan destruir un registro o sistema de datos personales deberán solicitar autorización al [Instituto/Consejo]. En caso que proceda su destrucción se publicarán dos avisos en al menos dos diarios de mayor circulación nacional. Las personas interesadas en conservar sus datos personales que obren en dicho registro podrán acudir a la sede del ente obligado en un plazo de quince días hábiles contados a partir de la fecha de la última publicación.

Capítulo II

Procedimiento

Solicitud de datos personales

Artículo 41. Los titulares de los datos personales o sus representantes, previa acreditación, podrán solicitar a los entes obligados, ya sea mediante escrito libre, en los términos del artículo 70, o formulario expedido por el **[Instituto/Consejo]**, lo siguiente:

- a. Informe acerca de la información contenida en documentos o registros sobre su persona.
- b. Informe sobre la finalidad para la que se ha recabado tal información.
- c. La consulta directa de documentos, registros o archivos que contengan sus datos que obren en el registro o sistema bajo su control, en los términos del artículo 14.
- d. La rectificación, actualización, confidencialidad o supresión de la información que le concierna, según sea el caso.

Tratándose de los literales a, b y c, los entes obligados deberán entregar en un plazo de diez días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud, en formato comprensible para el solicitante, la información correspondiente; o bien, le comunicarán por escrito que ese registro o sistema de datos personales no contiene los requeridos por el solicitante.

En el caso del literal d, la solicitud deberá ser acompañada de la documentación que respalde lo pedido. El Oficial de Información deberá entregar al solicitante, en un plazo de treinta días hábiles desde la presentación de la solicitud, una comunicación que haga constar las modificaciones; o bien, le informará de manera motivada, la razón por la cual no procedieron las reformas.

Gratuidad de la entrega de datos personales

Artículo 42. La entrega de los datos personales será gratuita, debiendo cubrir el individuo únicamente los costos a que se refiere el artículo 12.

Recurso de apelación

Artículo 43. Contra la negativa de entrega de informes, de la consulta directa, rectificación, actualización, confidencialidad o supresión de datos personales, procederá la interposición del recurso de apelación ante el [Instituto/Consejo]. También procederá dicho recurso en el caso de falta de respuesta en los plazos a que se refiere el artículo 41.

Recurso de amparo

Artículo 44. En caso de denegatoria del recurso de apelación ante el [Instituto/Consejo], quedarán a salvo las demás acciones previstas en la ley.

TÍTULO IV

Administración de Archivos

Capítulo Único

Lineamientos para la administración de archivos

Artículo 45. Corresponderá al [Instituto/Consejo] elaborar y actualizar los lineamientos técnicos para la administración, catalogación, conservación y protección de información pública en poder de los entes obligados. Dichos criterios tomarán en cuenta las normas, estándares y prácticas internacionales en la materia y serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

Contenido de los lineamientos

Artículo 46. Los lineamientos que el [Instituto/Consejo] emita para la creación o generación de datos y archivos, así como para

- la conservación de los mismos, contendrán los siguientes aspectos:
- a. Disposiciones que indiquen la identificación y seguimiento a los datos y documentos desde el momento en que sean creados o recibidos.
 - b. Disposiciones que permitan la adecuada administración, catalogación, conservación y protección de la información de acuerdo con su naturaleza.
 - c. Mecanismos para la conservación y mantenimiento de la información que obedezca a estándares mínimos en materia de archivología.
 - d. La capacitación a funcionarios en técnicas de archivología.
 - e. La organización de la información, de manera que facilite la consulta directa de los particulares.
 - f. El uso de tecnologías que permitan el resguardo eficiente y eficaz de la información pública.

Funcionamiento de archivos

Artículo 47. Los entes obligados, de conformidad con las disposiciones aplicables, deberán asegurar el adecuado funcionamiento de los archivos, con tal fin:

- a. Crearán un sistema de archivo que permita localizar con prontitud y seguridad los datos que genere, procese o reciba con motivo del desempeño de su función, el cual deberá mantenerse actualizado.
- b. Establecerán programas de automatización de la consulta de archivos por medios electrónicos.
- c. Darán cumplimiento a los lineamientos y observaciones que sobre el particular emita el **[Instituto/Consejo.]**

Jefe de archivos

Artículo 48. Los titulares de los entes obligados designarán a un jefe de archivos en cada entidad, quien será responsable de la organización, catalogación, conservación y administración de los documentos de la entidad; además, elaborará y pondrá a disposición del público una guía de la organización del archivo y de los sistemas de clasificación y catalogación.

Características de los archivos

Artículo 49. La información en poder de las instituciones públicas deberá estar disponible en los archivos correspondientes, los que deberán satisfacer las siguientes características:

- a. Cuando se trate de información correspondiente al año que esté en curso, impresos en papel, digitalizados o en cualquier medio de soporte electrónico.
- b. La información oficiosa del año inmediato anterior al que se encuentre en curso deberá estar disponible de manera electrónica para su consulta y organizada de acuerdo con los principios archivológicos que establezca el [Instituto/Consejo] y hasta por el plazo que éste determine.
- c. Los archivos deberán estar clasificados por períodos, áreas o rubros, según lineamientos del [Instituto/Consejo].

Destrucción de archivos

Artículo 50. Ninguna entidad pública podrá destruir información bajo su poder. En caso que una entidad pública pretenda remover documentos de sus archivos, deberá solicitar autorización al [Instituto/Consejo] para que este determine si procede o no su destrucción, dentro de las competencias que la ley les establece.

TÍTULO V

Promoción de la Cultura de Transparencia

Capítulo único

Capacitación de los servidores públicos

Artículo 51. Con la finalidad de promover una cultura de transparencia en la administración pública, los entes obligados deberán capacitar periódicamente a todos sus servidores públicos en

materia del derecho de acceso a la información pública y el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, a través de cursos, seminarios, talleres y toda otra forma de enseñanza y entrenamiento que consideren pertinente. El **[Instituto/Consejo]** podrá cooperar en el diseño y ejecución de dichas capacitaciones, para lo cual podrá celebrar convenios con las distintas entidades públicas.

Promoción de cultura de transparencia en programas de estudio

Artículo 52. El Ministerio de Educación incluirá en los planes y programas de estudio de educación formal para los niveles inicial, parvulario, básico y medio, contenidos que versen sobre la importancia democratizadora de la transparencia, el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la participación ciudadana para la toma de decisiones y el control de la gestión pública y el derecho a la protección de datos personales. El **[Instituto/Consejo]** dará sugerencias para dichos planes de estudio y podrá celebrar convenios con instituciones públicas y privadas que presten servicios de educación formal a estos niveles. El Ministerio de Educación, con la cooperación del **[Instituto/Consejo]**, capacitará a los maestros que impartan dichos cursos.

Promoción de cultura de transparencia a nivel de educación superior

Artículo 53. El **[Instituto/Consejo]** promoverá en las instituciones públicas y privadas de educación superior la promoción de los temas de transparencia, acceso a la información pública, derecho a la participación ciudadana para la toma de decisiones y control de la gestión pública y la protección de datos personales, dentro de sus actividades académicas curriculares y extracurriculares. Con tal fin el **[Instituto/Consejo]** podrá celebrar convenios con dichas instituciones para compartir las experiencias en la materia y para la asistencia en el diseño de planes y programas de estudio.

Promoción de cultura de transparencia en la sociedad civil

Artículo 54. El [Instituto/Consejo] promoverá la cultura de transparencia en la sociedad civil con el objeto de que los beneficios de la presente ley puedan proyectarse efectivamente al servicio de todas las personas. Con tal fin, el [Instituto/Consejo] celebrará talleres, conferencias, seminarios y otras actividades similares para difundir los derechos y obligaciones que esta ley contempla, así como para capacitar a los integrantes de la sociedad civil en el ejercicio del derecho de acceso a la información, derecho a la participación ciudadana para la toma de decisiones y control de la gestión pública, la protección de datos personales y los demás que contempla la presente ley.

En tal sentido, el [Instituto/Consejo] podrá suscribir convenios con toda clase de organizaciones privadas y públicas.

TÍTULO VI

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

Capítulo I

Unidades de Acceso a la Información Pública y Oficiales de Información

Unidades de Acceso a la Información Pública

Artículo 55. Los entes obligados tendrán unidades de acceso a la información pública, las cuales serán creadas y organizadas según las características de cada entidad e institución para manejar las solicitudes de información. Se podrán establecer unidades auxiliares en razón de la estructura organizacional, bases presupuestarias, clases y volumen de operaciones.

El Oficial de Información será nombrado por el titular de la

entidad respectiva para dirigir la unidad.

El [Instituto/Consejo], mediante resolución motivada, podrá disponer la creación de Unidades de Acceso a la Información Pública adicionales con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública, tomando en consideración los criterios mencionados en el inciso primero de este artículo.

Si transcurridos tres meses a partir de la notificación de dicha resolución ésta no fuere atendida por el titular de la entidad estatal requerida, el [Instituto/Consejo] instruirá el procedimiento sancionatorio. Las municipalidades podrán crear conjuntamente una o más Unidades de Acceso a la Información Pública. Podrán estar conformadas por empleados o por miembros de los concejos municipales. Las municipalidades con un número de empleados menor de 10 personas y con un número de habitantes menor a 1,000, podrán tener Unidades de Acceso a la Información unipersonales integradas por el Oficial de Información.

Requisitos para ser Oficial de Información

Artículo 56. Para ser Oficial de Información se requiere:

- a. Ser salvadoreño con título universitario, de reconocida honorabilidad y con experiencia en la Administración Pública.
- b. No haber sido condenado por la comisión de algún delito, o sancionado por infringir la Ley de Ética Gubernamental.
- c. Estar solvente de responsabilidades administrativas en la Corte de Cuentas de la República, la Procuraduría General de la República y la Hacienda Pública. En caso de ser abogado, no tener denuncias abiertas ante la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia ni haber sido condenado por ésta.
- d. Tener cuando menos treinta años de edad el día de su designación.
- e. Participar en concurso transparente y abierto para acceder al cargo.
- f. Recibir un curso preparatorio creado por el [Instituto/Consejo] a más tardar 1 mes después de su nombramiento.

Funciones del Oficial de Información

Artículo 57. El Oficial de Información tendrá las funciones siguientes:

- a. Recabar y difundir la información oficiosa a que se refiere el Capítulo I del Título II y propiciar que las entidades responsables las actualicen periódicamente.
- b. Recibir y dar trámite a las solicitudes referentes a datos personales y de acceso a la información, referidas en los artículos 41 y 70.
- c. Auxiliar a los particulares en la elaboración de solicitudes y, en su caso, orientarlos sobre las dependencias o entidades que pudieran tener la información que solicitan.
- d. Realizar los trámites internos necesarios para localización y entrega de la información solicitada y notificar a los particulares.
- e. Instruir a los servidores de la dependencia o entidad que sean necesarios, para recibir y dar trámite a las solicitudes de acceso a la información.
- f. Llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información, sus resultados y costos.
- g. Las demás necesarias para garantizar y agilizar el flujo de información entre la dependencia o entidad y los particulares.
- h. Realizar las notificaciones correspondientes.
- i. Resolver sobre las solicitudes de información que se les sometan.
- j. Coordinar y supervisar las acciones de las dependencias o entidades correspondientes con el objeto de proporcionar la información prevista en esta ley.
- k. Someter al [Instituto/Consejo] la información que a su criterio debería ser clasificada como reservada.
- l. Establecer los procedimientos internos para asegurar la mayor eficiencia en la gestión de las solicitudes de acceso a la información.
- m. Elaborar un programa para facilitar la obtención de información de la dependencia o entidad, que deberá ser actualizado periódicamente.
- n. Elaborar el índice de la información clasificada como reservada.

o. Elaborar y enviar al [Instituto/Consejo], de conformidad con los lineamientos que éste expida, los datos necesarios para la elaboración del informe anual a que se refiere el Artículo 69.

Capítulo II

[Instituto de Transparencia y Acceso a la Información/Consejo Nacional para el Acceso a la Información Pública]

Creación del **[Instituto de Transparencia y Acceso a la Información/ Consejo Nacional para el Acceso a la Información Pública]**

Artículo 58. Créase el **[Propuesta GP: Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública] [Propuesta FMLN: Consejo Nacional para el Acceso a la Información Pública]** como entidad de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía operativa, presupuestaria y técnica, encargado de velar por la defensa y aplicación de esta ley, de resolver sobre las negativas a las solicitudes de información y proteger los datos personales en poder de las respectivas dependencias y entidades en los casos bajo su conocimiento.

El Instituto, para efecto de sus resoluciones, no estará subordinado a autoridad alguna, adoptará sus decisiones por mayoría simple con plena independencia y éstas serán definitivas. Contará con los recursos humanos y materiales necesarios para el desempeño de sus funciones.

Integración del [[Instituto/Consejo]]

[Propuesta GP:

Artículo 59. El Instituto estará integrado por cuatro comisionados, quienes serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia de los candidatos propuestos por las universidades acreditadas por la Comisión de Acreditación de la Calidad de la Educación Superior y la Univer-

sidad de El Salvador en conjunto, coordinadas por esta última, la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador (FEDAES), la Asociación de Periodistas de El Salvador (APES) y la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP).]

[Propuesta FMLN (Art. 24.): El Consejo estará integrado por cinco Consejales propietarios y sus respectivos suplentes. Los Consejales propietarios y suplentes serán de ternas propuestas así:

- a) Una terna propuesta por la Universidad de El Salvador y las Universidades privadas debidamente acreditadas que sirvan las carreras de periodismo y comunicaciones.
- b) Una terna propuesta por las asociaciones de periodistas debidamente inscritas.
- c) Dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia.
- d) Una terna propuesta por las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, debidamente inscritas, que tengan entre sus fines la promoción de la transparencia, el Estado de Derecho, la ética pública y la contraloría social.]

Procedimiento para elección

Art. 60.

[PropuestaGP: Para la elección de los comisionados Corte Suprema de Justicia emitirá una convocatoria pública, noventa días previos a la fecha del inicio de funciones, en la que se solicitará a las entidades mencionadas presentar una lista de cinco candidatos cada una de ellas, dentro de un plazo de treinta días a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria, la cual deberá hacerse en dos periódicos de mayor circulación a nivel nacional.]

[Propuesta FMLN: ver artículo siguiente, solo se regula elección en los sectores]

La Corte elegirá un comisionado y un suplente de cada lista. Los comisionados suplentes sustituirán a los propietarios en caso de muerte, renuncia, permiso, imposibilidad de concurrir, excusa cuando exista conflicto de intereses u otra razón válida.

[En caso que alguna de las entidades mencionadas no presentare la lista correspondiente en su debida oportunidad, la Corte Suprema de Justicia podrá nombrar a los comisionados entre las personas propuestas en las listas que hayan sido recibidas de las otras entidades convocadas. La Corte Suprema de Justicia dispondrá de treinta días para elegir a los comisionados, contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de candidatos.

La Corte Suprema de Justicia celebrará entrevistas públicas con las personas propuestas, previo a decidir sobre su nombramiento y en ningún caso podrá omitir este procedimiento. Los comisionados durarán en su nombramiento seis años, sin posibilidad de reelección inmediata y ejercerán sus funciones a tiempo completo.]

Si por cualquier motivo se atrasare la elección de los miembros del [Instituto/Consejo] continuarán en el cargo los titulares del período anterior hasta que se elijan los nuevos funcionarios.

Elección de ternas

Artículo 61. La elección de las ternas previstas en el artículo anterior será realizada por **[Propuesta GP: cada organización]** **[Propuesta FMLN: cada sector]** en Asamblea General convocada **[Propuesta FMLN: por el Ministro de Gobernación]** con quince días de anticipación por medio de aviso que se publicará en el Diario Oficial y en dos periódicos de circulación nacional. **[Propuesta FMLN: El Ministro de de Gobernación, además del aviso, enviará dentro del plazo de la convocatoria una circular a las entidades que deberán elegir las ternas, señalándoles el lugar y la fecha en que se celebrará la Asamblea General.]**

La Asamblea General se instalará válidamente en primera convocatoria si acude al menos el 50% de sus miembros **[Propuesta FMLN: y será presidida por el Ministro de Gobernación o su representante o quien haga sus veces]**. De no lograrse la instalación válida de la Asamblea General, deberá hacerse una nueva convocatoria en la forma señalada en el inciso anterior y en esta nueva convocatoria la Asamblea General se instalará válidamente cualquiera que sea el número de presentes. La terna deberá ser electa por mayoría simple en votación nominal y pública.

Requisitos para ser [comisionado/consejal]

Artículo 62. Para ser **[comisionado/consejal]** se requiere:

- a. Ser salvadoreño con título universitario, de reconocida honorabilidad y trayectoria cívica y haberse desempeñado destacadamente en actividades profesionales, de servicio público o académicas.
- b. No haber sido condenado por la comisión de algún delito, o sancionado por infringir la Ley de Ética Gubernamental.
- c. Estar solvente de responsabilidades administrativas en la Corte de Cuentas de la República, la Procuraduría General de la República y la Hacienda Pública. En caso de ser abogado, no tener denuncias abiertas ante la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia ni haber sido condenado por ésta.
- d. Tener cuando menos treinta y cinco años de edad el día de su designación.
- e. No haber sido Presidente o Vicepresidente de la República, Ministro o Viceministro de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Diputado, propietario o suplente, de la Asamblea Legislativa, Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscal General de la República, Magistrado de la Corte de Cuentas de la República, directivo de un partido político, Alcalde, Gobernador o directivo de una asociación profesional que participe en la elección de las ternas, durante los tres años previos al día de su nombramiento.

Incompatibilidades

Art. 63 El cargo de **[Comisionado/Consejal]** es incompatible con cualquier otra actividad remunerada, salvo el ejercicio de la docencia.

Causas de remoción

Artículo 64. Los **[comisionados]** podrán ser removidos de sus cargos por **[voto de las dos terceras partes de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia]** en los casos siguientes:

- a. Por graves actos que riñan notoriamente con la moral y las buenas costumbres.
- b. Por violaciones a la Constitución.
- c. Por violaciones graves a las leyes.
- d. Cuando hayan sido condenados por delito.
- e. Por actos u omisiones que afecten gravemente el buen funcionamiento del **[Instituto/Consejo]**.
- f. Por incapacidad o inhabilidad sobreviniente.

Presidente del **[Instituto/Consejo de Transparencia y Acceso a la Información]**

Artículo 65. El **[Instituto/Consejo]** será presidido por un comisionado quien tendrá la representación legal del mismo, con el cargo de Presidente. Durará en el cargo un período de tres años, renovable, y será elegido por los comisionados propietarios por mayoría de votos.

Atribuciones del **[Instituto/Consejo]**

Artículo 66. El **[Instituto/Consejo]** tendrá las siguientes atribuciones:

- a. Velar por la correcta interpretación y aplicación de la ley.
- b. Garantizar el debido ejercicio del derecho de acceso a la información pública y a la protección de la información personal.

- c. Promover una cultura de transparencia en la sociedad, entre los servidores públicos y los particulares.
- c. Conocer y resolver los recursos de apelación.
- d. Conocer y resolver del procedimiento sancionatorio y dictar sanciones administrativas.
- e. Dictar las medidas cautelares que fueren pertinentes mediante resolución motivada.
- f. Resolver controversias en relación a la clasificación y desclasificación.
- g. Conocer la información reservada o confidencial para determinar su debida clasificación, desclasificación o procedencia de otorgar el acceso solicitado.
- h. Supervisar la aplicación de las normas referentes a la información oficiosa en los términos de esta ley y de los lineamientos que expida.
- i. Resolver sobre la creación de Unidades de Acceso a la Información Pública según lo dispone el artículo 55.
- j. Orientar y asesorar a los particulares acerca de las solicitudes de acceso a la información y sus derechos en el marco de esta ley.
- k. Proporcionar apoyo técnico a los entes obligados en la elaboración y ejecución de sus programas de promoción de la transparencia y del derecho de acceso a la información.
- l. Elaborar los formularios para solicitudes de acceso a la información, solicitudes referentes a datos personales y solicitudes para interponer el recurso de apelación.
- m. Establecer los lineamientos para el manejo, mantenimiento, seguridad y protección de los datos personales y de la información pública, confidencial y reservada en posesión de las dependencias y entidades, los cuales serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento.
- n. Autorizar la destrucción de archivos.
- o. Elaborar la guía de procedimientos de acceso a la información a que se refiere el artículo 68.
- p. Evaluar el desempeño de los entes obligados sobre el cumplimiento de esta ley conforme a los indicadores que diseñe a tal efecto.

- q. Desarrollar cursos de capacitación a los servidores públicos en materia de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales y administración de archivos.
- r. Elaborar y publicar estudios e investigaciones sobre la materia de esta ley.
- s. Asesorar y cooperar con los entes obligados en el cumplimiento de esta ley.
- t. Elaborar su reglamento interno y demás normas de operación.
- u. Nombrar a sus funcionarios y empleados.
- v. Publicar la información pública en su posesión en los términos que se establece en el artículo 16, así como sus resoluciones.
- w. Elaborar su informe de labores.
- x. Preparar su proyecto de presupuesto anual y darle el trámite correspondiente.
- y. Las demás que le confieran esta ley y cualquier otra disposición aplicable.

Conflicto de intereses.

Artículo 67. Los comisionados estarán obligados a plantear ante el pleno cualquier conflicto de intereses que pudiera existir ante un caso que se presente al [Instituto/Consejo]. También podrá señalar dicho conflicto de intereses u otro impedimento legal la parte que se considere afectada por el mismo. Serán aplicables las causales de recusación del derecho común. El pleno, sin participación del comisionado señalado, resolverá si éste deberá de abstenerse de conocer y opinar sobre el caso. Si el pleno estima que existe conflicto de interés o impedimento legal de un comisionado, el suplente respectivo lo sustituirá temporalmente.

Guía de procedimientos

Artículo 68. El [Instituto/Consejo] elaborará una guía que describirá de manera clara y sencilla los procedimientos de acceso a la información de los entes obligados.

Informe anual

Artículo 69. El **[Instituto/Consejo]** rendirá anualmente un informe público a la Asamblea Legislativa sobre el acceso a la información, con base en los datos que le rindan las dependencias y entidades, según lo señala el artículo 57 literal f., que incluirá el número de solicitudes de acceso a la información presentadas ante cada ente obligado así como su resultado; su tiempo de respuesta; el número y resultado de los asuntos atendidos por el **[Instituto/Consejo]**; y las dificultades observadas en el cumplimiento de la ley.

390

TITULO VII PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ANTE LOS ENTES OBLIGADOS

Capítulo I

Del procedimiento de acceso

Solicitud de información

Artículo 70. Cualquier persona o su representante podrá presentar ante el Oficial de Información una solicitud en forma escrita, verbal, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio idóneo, de forma libre o en los formularios que apruebe el **[Instituto/Consejo]**. La solicitud deberá contener:

- a. El nombre del solicitante, lugar o medio para recibir notificaciones, fax o correo electrónico, y en su caso los datos del representante. No es obligatorio presentar documento de identificación alguno.
- b. La descripción clara y precisa de la información pública que solicita.
- c. Cualquier otro dato que propicie su localización con objeto de facilitar la búsqueda.
- d. Opcionalmente, la modalidad en la que prefiere se otorgue el acceso a la información, ya sea mediante consulta directa, o que se expidan copias simples, certificadas u otro tipo de medio pertinente.

Si los detalles proporcionados por el solicitante no bastasen para localizar la información pública o son erróneos, el Oficial de Información podrá requerir, por una vez y dentro de los tres días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, que indique otros elementos o corrija los datos.

Este requerimiento interrumpirá el plazo establecido en el artículo 73. El solicitante podrá autorizar que se le notifique por cartelera. Si la solicitud es presentada ante una unidad administrativa distinta, ésta tendrá la obligación de indicar al particular la ubicación física del Oficial de Información.

En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno.

Se deberá entregar al solicitante una constancia de que su solicitud ha sido interpuesta.

Enlace

Artículo 71. El Oficial de Información será el vínculo entre el ente obligado y el solicitante, ya que es el responsable de hacer las notificaciones a que se refiere esta ley. Además, deberá llevar a cabo todas las gestiones necesarias en la dependencia o entidad a fin de facilitar el acceso a la información.

Transmisión de solicitud a unidad administrativa

Artículo 72. El Oficial de Información transmitirá la solicitud a la unidad administrativa que tenga o pueda poseer la información, con objeto de que ésta la localice, verifique su clasificación y, en su caso, le comunique la manera en que se encuentra disponible.

Plazos de respuesta

Artículo 73. La respuesta a la solicitud deberá ser notificada al interesado en el menor tiempo posible, que no podrá ser mayor de veinte días hábiles, contados desde la presentación de aquélla.

Además, se precisará el costo y la modalidad en que será entregada la información, atendiendo en la medida de lo posible a los términos de la solicitud. Excepcionalmente este plazo podrá ampliarse hasta por un período de diez días hábiles, cuando existan razones que lo motiven, debiéndose informar al solicitante antes de que finalice el plazo inicial.

Plazo de entrega de la información

Artículo 74. Se remitirá la información solicitada junto con la resolución que admita la entrega de la misma. En caso excepcional, la información deberá entregarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se haya notificado la disponibilidad de la misma, cuando el solicitante deba comprobar haber cubierto el pago de los costos.

Remisión de solicitud al [[Instituto/Consejo]/consejo]

Artículo 75. En caso que el titular de la unidad administrativa o el Oficial de Información constate que la información solicitada ha sido previamente clasificada por el [Instituto/Consejo], este último emitirá resolución motivada y por escrito que lo consigne.

En caso que el titular de la unidad administrativa considere que la información debe estimarse como reservada o confidencial, deberá remitir la solicitud al Oficial de Información competente sin dilación alguna con oficio en el que explique los motivos y fundamentos para la restricción.

El Oficial de Información, con base en dicho oficio, decidirá si es procedente o no elevar la solicitud al [Instituto/Consejo] para que éste resuelva sobre la reserva de la información solicitada. Si el Oficial de Información decide que la información es de libre acceso, resolverá en este sentido y procederá a la entrega de la misma. Si el Oficial de Información considera que la información solicitada se encuentra en una de las causales de excepción al acceso, resolverá

elevant el asunto al [Instituto/Consejo], debiendo remitirle una resolución en la que exprese las razones por las que considera que éste debe reservarla, con base a los artículos 23 y 26, acompañada de la documentación pertinente, dentro de un plazo no mayor de diez días hábiles contados desde la fecha en que se presentó la solicitud.

El [Instituto/Consejo] resolverá conforme al artículo 26 y notificará lo resuelto al solicitante y al ente obligado en un plazo que no excederá de diez días.

Sobre la confidencialidad de la información resolverá el Oficial de Información.

Resolución del Oficial de Información

Artículo 76. El Oficial de Información deberá resolver:

- a. Si en base a una clasificación preexistente, niega el acceso a la información. No obstante, deberá darse acceso a una versión pública del documento que contenga la información solicitada cuando sea posible.
- b. Si la información solicitada es o no de carácter confidencial.
- c. Si eleva al [Instituto/Consejo] la solicitud de acceso a la información.
- d. Si concede el acceso a la información.

El Oficial de Información podrá tener acceso a la información que esté en la unidad administrativa para resolver.

La resolución del Oficial de Información deberá hacerse por escrito y será notificada al interesado en el plazo que establece el artículo 73. En caso de ser negativa por una clasificación preexistente, siempre, deberá fundar y motivar las razones de la denegatoria de la información e indicar al solicitante el recurso que podrá interponer ante el [Instituto/Consejo].

Información inexistente

Artículo 77. Cuando la información solicitada no se encuentre en los archivos de la unidad administrativa, ésta deberá retornar al Oficial de Información la solicitud de información, con oficio en donde lo haga constar. El Oficial de Información analizará el caso y tomará las medidas pertinentes para localizar en la dependencia o entidad la información solicitada y resolverá en consecuencia. En caso de no encontrarla, expedirá una resolución que confirme la inexistencia de la información. En caso de encontrar la información proseguirá con la tramitación.

Publicidad de las solicitudes y sus respuestas

Artículo 78. Serán públicas las solicitudes de acceso a la información y las respuestas que se les dé, incluyendo en su caso la información proporcionada.

Excepciones a la obligación de dar trámite a solicitudes de información

Artículo 79. Los Oficiales de Información no darán trámite a solicitudes de información:

- a. Cuando éstas sean ofensivas o indecorosas;
- b. Cuando la información se encuentre disponible públicamente. En este caso, deberán indicar al solicitante el lugar donde se encuentra la información.

Cuando la solicitud no cumpla con los requisitos indispensables para su procesamiento, una vez se haya hecho el requerimiento del artículo 48, si el interesado no hubiere subsanado las observaciones en un plazo de cinco días desde su notificación, deberá presentar nueva solicitud para reiniciar el trámite.

Efectos de la falta de respuesta

Artículo 80. La falta de respuesta a una solicitud de información en el plazo señalado en el artículo 73 habilitará al solici-

te para acudir ante [el Instituto/Consejo], dentro de los quince días siguientes, para que éste determine si la información solicitada es o no reservada o confidencial en un plazo de diez días hábiles. Si la información es de acceso público, [el Instituto/Consejo] ordenará conceder el acceso de la misma al interesado. De cerciorarse que hay indicios de una conducta infractora, iniciará el proceso correspondiente.

El ente obligado deberá dar acceso a la información solicitada en un período no mayor a tres días hábiles después de recibir la orden del [Instituto/Consejo]. El ente obligado cubrirá todos los costos generados por la reproducción del material informativo.

De persistir la negativa de entrega de la información, el interesado podrá denunciar el hecho ante [el Instituto/Consejo] para los efectos consiguientes.

TÍTULO VIII INFRACCIONES Y SANCIONES

Capítulo único Infracciones y sanciones

Infracciones

Artículo 81. Las infracciones a la presente ley se clasifican en muy graves, graves y leves.

a. Son infracciones muy graves:

- i. El incumplimiento de alguna de las obligaciones que esta ley prescribe, siempre que se haya causado daño grave.
- ii. Sustraer, destruir, ocultar, inutilizar o alterar, total o parcialmente, información que se encuentre bajo su custodia o a la que tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión.

- iii. Entregar o difundir información reservada o confidencial, siempre que sea de mala fe.
- iv. No proporcionar la información cuya entrega haya sido ordenada por el [Instituto/Consejo] o la Sala de lo Contencioso Administrativo.
- v. No atender a la resolución del [Instituto/Consejo] que disponga la creación de unidades a la que se refiere el artículo 55 de esta ley.
- vi. El incumplimiento por parte del funcionario competente de nombrar a los Oficiales de Información.
- vii. Negarse a entregar la información solicitada, sin la debida justificación.
- viii. Tener la información bajo su custodia de manera desactualizada, desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas establecidas en esta ley y por el [Instituto/Consejo].

b. Son infracciones graves:

- i. Actuar con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta ley.
- ii. Denegar información no clasificada como reservada o que no sea confidencial.
- iii. No proporcionar la información cuya entrega haya sido ordenada por un Oficial de Información.
- iv. Proporcionar parcialmente o de manera ininteligible la información cuya entrega haya sido ordenada por el [Instituto/Consejo] o la Sala de lo Contencioso Administrativo.
- v. Pedir justificación para la entrega de información.
- vi. No proporcionar la información en el plazo fijado por esta ley.
- vii. Elevar los costos de reproducción de la información sin justificación alguna.

- viii. Entregar o difundir información reservada o confidencial por negligencia.
- c. Son infracciones leves:
 - i. Invocar como reservada información que no cumple con las características señaladas en esta ley. La responsabilidad solo existirá cuando haya una resolución previa respecto del criterio de clasificación de esa información.
 - ii. Proporcionar parcialmente o de manera ininteligible la información cuya entrega haya sido ordenada por una Unidad de Acceso a la Información Pública.

Sanciones

Artículo 82. Por la comisión de las infracciones señaladas en el artículo anterior, se impondrán al funcionario público con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo las siguientes sanciones:

- a. Por la comisión de infracciones muy graves, se impondrá al infractor una multa de cien a doscientos salarios mínimos mensuales para el sector Comercio y Servicios.

La comisión de dos o más infracciones muy graves en el plazo de tres años, dará lugar, en función de los criterios de graduación del artículo siguiente, a la suspensión de funciones por el término de treinta días calendario ordenada por la autoridad superior correspondiente.

- b. Por la comisión de infracciones graves, se impondrá al infractor una multa de cincuenta a noventa y nueve salarios mínimos mensuales para el sector Comercio y Servicios.
- c. Por la comisión de infracciones leves, se impondrá al infractor una multa cuyo importe será de diez hasta cuarenta y nueve salarios mínimos mensuales para el sector Comercio y Servicios.

Las infracciones graves y muy graves podrán llevar aparejada, a costa del sancionado, la publicación de la resolución sancionadora en un periódico de circulación nacional, una vez que aquélla tenga carácter de firme. Asimismo, todas las sanciones impuestas serán publicadas en los medios electrónicos del [Instituto/Consejo] e incorporadas como anexos del informe anual.

Para la imposición de esta sanción, se considerará la repercusión social de la infracción cometida, el número de usuarios afectados y la gravedad del ilícito.

Graduación de la cuantía de las sanciones

Artículo 83. La cuantía de las multas que se impongan, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. La existencia de intencionalidad o de reiteración en el hecho.
- b. La reincidencia, por comisión de infracciones de la misma naturaleza, sancionadas mediante resolución firme.
- c. La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.
- d. La extensión del período durante el que se haya venido cometiendo la infracción.
- e. El perjuicio provocado por el infractor.

Prescripción

Artículo 84. Las acciones para interponer denuncias por las infracciones a la presente ley prescribirán en el plazo de tres años contados desde la fecha en que se hayan cometido.

Las sanciones impuestas por el [Instituto/Consejo] por dichas infracciones prescribirán en el término de tres años contados desde la fecha en que hubiere quedado firme la respectiva resolución.

Situación de los particulares

Artículo 85.- El [Instituto/Consejo] dará aviso al Fiscal General de la República, para los efectos legales pertinentes, cuando en el curso

de una investigación realizada conforme a la presente ley se hayan encontrado indicios que den lugar a presumir que personas particulares han colaborado con el servidor público en la comisión de actos de corrupción determinados por la ley.

Responsabilidad penal

Artículo 86. El funcionario público, servidor público o cualquier persona responsable de cumplir con la presente normativa, que en forma arbitraria e injustificada obstruya el acceso del solicitante a la información requerida, la suministre en forma incompleta o alterada, permita el acceso a información clasificada dentro de los casos de excepción de la presente ley u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de ésta, incurrirá en la responsabilidad penal establecida en el Código Penal concerniente a los delitos relativos a la administración pública u otros tipos penales aplicables.

Responsabilidad civil

Artículo 87. Habrá lugar a responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al particular por la acción u omisión realizada por un servidor público o cualquier persona obligada a cumplir la presente ley.

Responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento del funcionario

Art. 88. En caso de que el infractor no cumpla con las sanciones establecidas será el Estado quien responda en su totalidad por los daños ocasionados y tendrá derecho de repetición contra el que hubiese cometido la infracción.

TITULO IX
**PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
Y SANCIONATORIO ANTE EL [INSTITUTO DE
TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA/
CONSEJO NACIONAL DE TRANSPARENCIA]**

Capítulo Único

Interposición del recurso de apelación

Artículo 89. El solicitante a quien la Unidad de Acceso a la Información Pública haya notificado resolución que deniegue el acceso a la información, afirme la inexistencia de la misma o incurra en cualquiera de las causales enunciadas en el artículo siguiente, podrá interponer por sí mismo o a través de su representante el recurso de apelación ante el [Instituto/Consejo] o ante el Oficial de Información que haya conocido del asunto dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación.

Podrá presentarse el recurso en forma escrita, verbal, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio idóneo, de forma libre o en los formularios que apruebe el [Instituto/Consejo]. El Oficial de Información deberá remitir la petición y el expediente al [Instituto/Consejo] a más tardar el siguiente día hábil de haberla recibido.

Otras causales para interponer el recurso de apelación

Artículo 90. El recurso de apelación también procederá cuando:

- a. La dependencia o entidad no entregue al solicitante los datos personales solicitados, o lo haga en un formato defectuoso o incomprensible, tal como se dispone en el artículo 43.
- b. La dependencia o entidad se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales.
- c. El solicitante no esté conforme con el tiempo, el costo o la modalidad de entrega.

d. La información entregada sea incompleta o no corresponda a la información requerida en la solicitud.

Escrito de interposición del recurso de apelación

Artículo 91. El escrito de interposición del recurso de apelación deberá contener:

- a. La dependencia o entidad ante la cual se presentó la solicitud.
- b. El nombre del recurrente y el lugar o medio para recibir notificaciones, fax o correo electrónico.
- c. La fecha en que se notificó al recurrente.
- d. El acto recurrido y los puntos petitorios.

Medidas cautelares

Artículo 92. El [Instituto/Consejo] podrá adoptar las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales en cualquier momento del procedimiento, mediante resolución motivada. En particular podrán adoptarse las siguientes:

- a. Secuestro o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.
- b. Advertencia al superior jerárquico del infractor de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del recurso ante el [Instituto/Consejo].

Estas medidas se tomarán con resguardo de los derechos de los particulares a la protección de sus datos personales cuando éstos pudieran ser afectados.

Se respetará, en todo caso, el principio de proporcionalidad de la medida con los objetivos que se pretendan alcanzar en cada supuesto.

En casos de urgencia, las medidas provisionales previstas en este artículo podrán ser acordadas con anterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso de apelación y desde el nacimiento del plazo para interponerlo.

El escrito de interposición del recurso deberá presentarse dentro de los cinco días siguientes a la adopción de una medida de urgencia, caso contrario se levantará la misma.

Las medidas de urgencia deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la resolución mediante la cual se admita el recurso.

Admisión

Artículo 93. El [Instituto/Consejo] deberá subsanar las deficiencias de los escritos interpuestos por los particulares tanto para el recurso de apelación como en las denuncias y únicamente si esto no fuere posible requerirá al solicitante que subsane su escrito en un plazo de tres días hábiles. Se admitirá el recurso en un término de tres días hábiles desde su presentación o de la subsanación por el recurrente o denunciante.

Designación de un [comisionado]

Artículo 94. Admitido el recurso, el [Instituto/Consejo] someterá a uno de sus o denuncia comisionados el caso de manera rotativa. El comisionado designado deberá, dentro de los quince días hábiles siguientes a la admisión del recurso o denuncia, dar trámite a la solicitud, formar el expediente, recabar pruebas y elaborar un proyecto de resolución que someterá al pleno del [Instituto/Consejo]. Este comisionado no participará en las decisiones del pleno referentes al caso.

Notificación de la admisión e informe de la entidad

Artículo 95. La admisión del recurso de apelación será comunicada al interesado y al ente obligado, el que deberá rendir informe

dentro de un plazo de siete días hábiles a partir de la notificación. En caso de denuncia o si en el escrito de interposición del recurso se hiciera denuncia de una infracción por parte de un servidor público, éste también será notificado inmediatamente y podrá justificar su actuación y alegar su defensa en el mismo plazo de siete días hábiles.

Imputación de una infracción

Artículo 96. Si el [comisionado] designado encontrare los elementos necesarios para atribuir a un servidor público la presunta comisión de una infracción, dentro de los tres días hábiles posteriores a su designación, lo remitirá al pleno del [Instituto/Consejo] para que resuelva sobre la imputación dentro de un plazo no mayor de tres días hábiles. El servidor público dispondrá de siete días hábiles contados a partir de la notificación para rendir su defensa.

También podrá iniciarse el procedimiento de aplicación de sanciones mediante denuncia escrita de cualquier persona, de acuerdo al artículo 95, en la cual se expondrá en detalle los hechos constitutivos de la infracción a la presente ley y anexará las pruebas que tenga cuando las tuviera.

Prueba

Artículo 97. Las partes podrán ofrecer pruebas hasta el día de la celebración de la audiencia oral. Serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común, en lo que fueren aplicables, incluyendo los medios científicos idóneos. Las pruebas aportadas en el proceso serán apreciadas según las reglas de la sana crítica.

Audiencia oral

Artículo 98. El [Instituto/Consejo] celebrará una audiencia oral con las partes en la cual conocerá la prueba y el [comisionado] designado presentará el proyecto de resolución al pleno dentro del plazo señalado en el artículo 94.

Ampliación del plazo para celebrar audiencia

Artículo 99. Cuando haya causa justificada, el pleno del [Instituto/Consejo] podrá ampliar, por una vez y hasta por un período de diez días hábiles el plazo para celebrar la audiencia. La resolución motivada en la que se determine nueva fecha para la audiencia será notificada a las partes inmediatamente.

Solicitud de información para mejor proveer

Artículo 100. La información reservada o confidencial que sea solicitada por el [Instituto/Consejo] por estimarla indispensable para resolver el asunto, deberá ser mantenida con ese carácter y no estará disponible en el expediente.

Motivación de resoluciones

Artículo 101. Las resoluciones expedidas por el [Instituto/Consejo] deberán ser fundamentadas en los hechos probados y las razones legales procedentes, bajo pena de nulidad.

Revocatoria

Artículo 102. Las partes podrán solicitar la revocatoria según las reglas del derecho común administrativo.

Resoluciones definitivas

Artículo 103. El pleno resolverá, en definitiva, dentro de los tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia. Las resoluciones del pleno serán públicas. Las resoluciones definitivas del [Instituto/Consejo] podrán:

- a. Desestimar el recurso por improcedente o sobreseerlo.
- b. Confirmar la decisión impugnada del Oficial de Información.
- c. Confirmar la inexistencia de la información pública solicitada.
- d. Revocar o modificar las decisiones del Oficial de Información y ordenar a la dependencia o entidad que permita al particular el acceso

a la información solicitada o a los datos personales, que reclasifique la información, o bien, que modifique tales datos.

e. Establecer sanciones y/o requerir el trámite de imposición de las mismas a las autoridades respectivas.

Las resoluciones deberán ser emitidas por escrito, establecerán los plazos para su cumplimiento y los procedimientos para asegurar su ejecución. La resolución definitiva que emita el [Instituto/Consejo] tendrá fuerza ejecutiva.

Improcedencia

Artículo 104. El recurso será desestimado por improcedente cuando:

- a. Sea incoado en forma extemporánea.
- b. El [Instituto/Consejo] haya conocido anteriormente del mismo caso.
- c. Se recurra de una resolución que no haya sido emitida por el Oficial de Información.

Sobreseimiento

Artículo 105. El recurso será sobreseído cuando:

- a. El recurrente desista expresamente del mismo.
- b. El recurrente fallezca o tratándose de personas jurídicas, se disuelvan.
- c. Admitido el recurso de apelación, aparezca alguna causal de improcedencia en los términos de la presente ley.
- d. La dependencia o entidad responsable del acto o resolución impugnada lo modifique o revoque, de tal manera que se extinga el objeto de la impugnación.

Silencio del [Instituto/Consejo].

Artículo 106. Si el [Instituto/Consejo] no hubiere resuelto el recurso de acceso a la información en el plazo establecido, la resolución que se recurrió se entenderá revocada por ministerio de ley.

Notificación de presunta responsabilidad penal

Artículo 107. Cuando el [Instituto/Consejo] determine durante la sustanciación del procedimiento que algún servidor público pudo haber incurrido en responsabilidad penal, deberá hacerlo del conocimiento del titular de la dependencia o entidad responsable y de la Fiscalía General de la República, en su caso, para que inicien el procedimiento de responsabilidad que corresponda. Asimismo, dará inicio el incidente sancionatorio ante el mismo [Instituto/Consejo].

406

Imposibilidad de recurrir por entes obligados

Artículo 108. Las resoluciones definitivas del [Instituto/Consejo], en cuanto se refieran al acceso a la información, no podrán ser recurridas por los entes obligados.

Impugnación por particulares

Artículo 109. Los particulares podrán impugnar las resoluciones negativas a sus pretensiones ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala de lo Contencioso Administrativo tendrá acceso a la información reservada o confidencial cuando la considere indispensable para resolver el asunto sometido a su conocimiento. Dicha información deberá ser mantenida con ese carácter y no será agregada en el expediente judicial.

Respeto al debido proceso

Artículo 110. El procedimiento deberá respetar las garantías del debido proceso. Las actuaciones se sujetarán a los principios de legalidad, igualdad de las partes, economía, gratuidad, celeridad, eficacia y oficiosidad, entre otros. En lo referente al procedimiento, supletoriamente se sujetará a lo dispuesto por el derecho común.

TÍTULO X

DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

Inclusión de entes obligados regulados en leyes orgánicas o especiales

Artículo 111. Se entienden obligadas por esta ley las instituciones públicas cuyas leyes orgánicas o especiales estipulen que para adquirir obligaciones mediante otra ley deben ser nombradas expresamente, tales como la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Prevalencia del Criterio de Máxima Publicidad

Artículo 112. En caso de duda sobre si una información es de carácter público o está sujeta a una de las excepciones, deberá prevalecer el criterio de publicidad.

Plazo para Publicación de Información Oficiosa

Artículo 113. La publicación de la información oficiosa a que se refiere el Título II, Capítulo I, deberá realizarse, a más tardar, un año después de la entrada en vigor de la ley. En caso de incumplimiento, el [[Instituto/Consejo]] podrá requerirla públicamente antes de iniciar el procedimiento correspondiente a la infracción.

Nombramiento del Oficial de Información

Artículo 114. Los titulares de los entes obligados designarán al Oficial de Información, a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de este ordenamiento, y de inmediato serán juramentados, se instalarán e iniciarán funciones. Los Oficiales de Información establecidos en la presente ley se nombrarán de los empleados existentes dentro de las entidades obligadas. Posteriormente, se notificarán los nombramientos al [Instituto/Consejo], el que deberá publicar la lista de Oficiales de Información en el Diario

Oficial. De no cumplir con esta disposición los titulares de los entes obligados podrán ser sancionados por la infracción del artículo 80 literal a., numeral v.

Nombramiento de los [Comisionados/Consejales]

Artículo 115. La designación de los **[cuatro]** primeros **[comisionados]** será realizada por la Corte Suprema de Justicia a más tardar tres meses después de la entrada en vigencia de la ley. En el primer período de ejercicio, dos comisionados concluirán su encargo en tres años y los dos restantes en seis años.

408

Plazo para interponer solicitudes de información pública y datos personales

Artículo 116. Los particulares podrán presentar las solicitudes de acceso a la información y concernientes a datos personales según los procedimientos establecidos en la presente ley una vez que se informe públicamente que la estructura institucional correspondiente se ha establecido, a más tardar un año después de la entrada en vigor de la misma. La guía de procedimientos que se menciona en el artículo 68 deberá publicarse en dos periódicos de circulación nacional tres meses antes del vencimiento del plazo anterior y estar disponible en todas las Unidades de Acceso a la Información Pública y páginas web institucionales.

Publicidad y Funcionamiento de Archivos Públicos

Artículo 117. Los entes obligados deberán dentro de un plazo de dos años completar la organización y funcionamiento de sus archivos, así como publicar la guía a que se refiere el artículo 48.

Partida Presupuestaria para el [Instituto/Consejo]

Artículo 118. El Presupuesto General de la Nación deberá establecer la partida presupuestaria correspondiente para la instalación, integración y funcionamiento óptimo del **[Instituto/Consejo]**.

Transferencia inicial de fondos

Art. 119. Queda facultado el Órgano Ejecutivo para hacer las transferencias presupuestarias a efecto de garantizar el financiamiento inicial del [Instituto/ Consejo] en los dos meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley.

Aplicabilidad de la Ley

Artículo 120. La presente ley se aplicará a toda la información que se encuentre en poder de los entes obligados; por tanto, quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que la contraríen, incluyendo las que regulen el régimen de tal información en la Ley del Seguro Social y la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa. No se derogan las siguientes disposiciones:

- a. Artículo 6 de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos.
- b. Los artículos 324, 355 y 356 del Código Penal.
- c. Las contenidas en la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos;
- d. Las que se refieren a la actuación de los agentes encubiertos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas;
- e. Artículo 9 del Código Procesal Civil y Mercantil;
- f. Las normas contenidas en leyes procesales, en cuanto al acceso a expedientes durante el período de su tramitación, así como las destinadas a preservar la intimidad de las personas o la identidad de menores de edad en materia procesal de familia, violencia intrafamiliar o de menores.
- g. Los artículos 305 y 400 de la Ordenanza del Ejército;
- h. Los artículos 64, 124, 125, 126 y 145 del Código de Justicia Militar;

- i. Las contenidas en leyes tributarias relativas a la confidencialidad de la información contenida en declaraciones hechas con fines impositivos.
- j. El artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos;
- k. Las contenidas en las distintas leyes que prohíban a los servidores públicos el uso de información privilegiada para fines personales.
- l. Artículo 675 del Código Civil.
- m. Artículo 3 de la Ley transitoria del registro del estado familiar y de regímenes patrimoniales del matrimonio.
- n. Artículo 461 del Código de Comercio.
- o. Artículo 4 de la Ley de Registro de Comercio.
- p. Artículo 46 de la Corte de Cuentas de la República;
- q. Las contenidas en la Ley del Archivo General de la Nación.
- r. Artículo 21 del Reglamento general de la Ley de Educación Superior.

Artículo 121. La presente ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

VII

Jurisprudencia

SENTENCIA POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL PERDÓN DE LAS ESQUELAS A LOS PROPIETARIOS DE BUSES

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las diez horas y quince minutos del día dos de septiembre de dos mil nueve.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por los ciudadanos Crisabel Vidal Sánchez, Karla Patricia Meléndez Rodríguez, Sandra Yanira Jiménez García y Ana María del Tránsito Martínez de Blanco, a fin que este tribunal declare la inconstitucionalidad, por vicio en su contenido, del *art. 120-A* del D. L. n° 1220, de 11-IV-2003, publicado en el D. O. n° 94, tomo 359, correspondiente al 26-V-2003, que contiene la *Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LTTTSV)*, por la supuesta violación al *art. 232* de la Constitución.

La disposición impugnada prescribe:

“*Art. 120-A. Las multas impuestas por infracciones de tránsito y seguridad vial, serán válidas únicamente a partir de la vigencia de este Decreto, su monto tendrá un recargo del 4 % anual de interés posterior a los treinta días de haber sido impuesta. --- El monto de la multa y los intereses indicados en el inciso anterior, deberán ser canceladas para poder obtener la renovación de la tarjeta de circulación. --- Las personas que tuvieren problemas para renovar su tarjeta de circulación, por no encontrarse al día con los pagos y quisieran hacerlo a plazo, solicitarán autorización a la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, la cual deberá resolver en un plazo máximo de tres días hábiles*”.

Han intervenido en el proceso, además del mencionado ciudadano, la Asamblea Legislativa, y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos, y considerando:

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los demandantes, en la formulación de su pretensión de inconstitucionalidad señalaron que, de conformidad al art. 14 Cn., corresponde de manera excepcional a la Administración Pública la aplicación de multas por el incumplimiento de las respectivas normas infraconstitucionales.

Sobre el tema, siguieron afirmando, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de robustecer el planteamiento del constituyente, cuando sostiene que sin la intervención de la potestad sancionadora de la Administración, se dificultaría el cumplimiento de su finalidad última que es garantizar el mantenimiento del propio ordenamiento jurídico, el de la sociedad en su conjunto, y el de la misma administración.

En la LTTTSV -dijeron- aparece claramente determinada la obligación de cumplir con el pago de la sanción de multa correspondiente, para el particular que ha infringido alguna disposición de la misma. Dicho acto consiste en un depósito de una cantidad de dinero en el Ministerio de Hacienda, el cual a su vez será posteriormente remitido al Fondo General de la Nación y por tanto constituye patrimonio del Estado.

Sostienen -además- que la multa inequívocamente representa un acto jurídico desfavorable, intimándolo al pago de una cantidad cierta, aplicable como consecuencia jurídica de la infracción. Así, desde un punto de vista económico, una vez impuesta la multa y adquirido el estado de firmeza de la misma, producto de la ausencia o fallida impugnación realizada, se constituye en una obligación de pagar a favor del Estado, como acreedor y receptor final.

Al respecto manifiestan que, de acuerdo a lo que sostiene Ignacio Verdugo en la *Teoría de las Obligaciones*, éstas tienen diferentes orígenes, entre las cuales vale destacar las que surgen en virtud de la imposición de cargas que se han derivado del incumplimiento de normas jurídicas que establecen un conjunto de parámetros de obligatorio cumplimiento, y cuya violación acarrea consecuencias jurídicas, como pagar una determinada cantidad de dinero.

Basándose en lo que menciona García Trevijano en su *Tratado de Derecho Administrativo*, sostienen que el hecho de la previsión normativa y el carácter heterónomo de la norma en sí misma, generan el efecto de transformar la cantidad determinada como consecuencia jurídica del incumplimiento, en un mandato de pago, que funciona como consecuencia de exigibilidad estatal, en virtud del carácter ejecutivo y ejecutorio de todo acto administrativo.

Entonces —continuaron—, la mera imposición como acto de autoridad imprime en el contenido de dicho acto un carácter vinculante, que habilita al Estado a su cobro inclusive por vías coercitivas, ante la falta de su aporte por el administrado infractor. El efecto vinculante es el que transforma una decisión administrativa en un cargo cuyo cumplimiento debe ser entendido como la satisfacción de la voluntad administrativa, para efecto de conseguir la perfecta aplicación de la norma.

Continuaron su argumentación acotando que según apunta Roberto Dromi en *Las Finanzas del Estado*, los cargos o montos derivados de la aplicación de toda suerte de sanciones que aparezcan configuradas en normas jurídicas independientemente de su naturaleza, se reputan como hechos generadores de obligaciones a favor del Estado, quien se convierte por ese mismo hecho, en acreedor e interesado de su conocimiento, ya que representan —como dicho autor lo denomina en términos presupuestarios—, lícitos “hechos generadores de recargo” sobre el patrimonio conminado a su pago.

Siendo el Estado en quien descansa la potestad de ejercitar el *ius puniendi*, y a quien corresponde la aplicación de las mismas, en la relación que se transforma en un vínculo patrimonial, el Estado se convierte en el único acreedor de dichas cantidades. Por todo lo anterior, concluyen que es inequívoco considerar que el monto de una multa constituye una deuda a favor del Estado.

A lo anterior agregaron que son dos los aspectos característicos de la obligación del particular que involucra el monto determinado en concepto de sanción a favor del Estado: (i) el dato que por disposición legal establece que las cantidades originalmente impuestas devengan intereses (características que solo le es atribuible a las obligaciones de pago vencidas); y por otro, (ii) el hecho cierto que corresponde a la Fiscalía General de la República diligenciar su cobro inclusive de manera coercitiva, ya que representan independiente de su origen sancionatorio, monto de dinero cuya propiedad y disposición es propia del Estado.

Al igual que las deudas de origen tributario o las que se originan en los incumplimientos contractuales, representan sin lugar a dudas haberes que deben ser honrados, en vista que representan obligaciones económicas.

Los demandantes señalan que al realizar un análisis literal de la disposición que constituye objeto de este proceso de inconstitucionalidad, la misma comporta el efecto jurídico de eliminación de las multas impuestas con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo que contiene la reforma, lo cual constituye inequívocamente condonación o perdón de las mismas. Es decir, una vez entrado en vigencia el art. 120-A de la LTTTSV, se estaría privando al Estado de una cantidad acumulada de dinero que debió ingresar a las arcas estatales.

Ahora bien, el art. 232 Cn. permite determinar que está expresamente vedado tanto al Órgano Legislativo como al Órgano Ejecutivo, la potestad de emitir actos —sea de índole legislativa

como administrativa—, en virtud de los cuales se pretenda afectar negativamente la Hacienda Pública revocando el efecto de pago, el cual como se ha definido es el único resultado de la firmeza de las multas que han sido impuestas con anterioridad a la norma impugnada de inconstitucional.

La disposición en comento erige dos supuestos distintos a saber: (i) la dispensa del pago de cantidades reparadas a los funcionarios y empleados que manejan fondos fiscales o municipales; y (ii) la dispensa de cantidades que representan deudas a favor del fisco o de los municipios. Por ello, sostienen que el art. 120-A relacionado, atenta contra la disposición constitucional señalada, en virtud que su emisión pretende el efecto que el constituyente prohibió.

Bajo el principio de legalidad consignado en el art. 86 Cn. —siguieron—, es correcto concluir sin ningún esfuerzo que los poderes, inclusive los de la Asamblea Legislativa deben verse acotados o restringidos a las preconfiguraciones normativas, dentro de las cuales no escapa el ámbito constitucional. Los poderes normativos, como ejercicio de las potestades regladas por el ordenamiento normativo encabezado por la Constitución, proscriben la emisión de actos como el impugnado, lo que se traduce en una clara transgresión al principio de legalidad que vincula al Órgano Legislativo. Entonces no existe poder legítimo que habilite a la Asamblea Legislativa la condonación de las deudas a favor del Estado; de acuerdo al criterio de los ciudadanos demandantes, lo que ha existido es un apoderamiento de facultades y por tanto se ha transgredido el esquema de legalidad que rige el ejercicio de las funciones legislativas en virtud de las cuales se ha producido la disposición impugnada.

A lo anterior agregaron que los poderes de condonación o perdón que asisten a la Asamblea en aplicación del ordenamiento jurídico vigente se restringen a las penas penales. Según los demandantes, aunque de forma material lo actuado por la Asamblea Legislativa representa una forma de amnistía o indulto respecto de

los pagos ya definidos como obligatorios, se encuentra ejecutada fuera de todo contexto o posibilidad otorgada o predefinida por las leyes de la República.

Respecto a las facultades que le competen a la Asamblea Legislativa, los demandantes citaron la jurisprudencia de esta Sala suscrita en la Sentencia de 31-VIII-2001, Inc. 33-2000, en la que dice: “Las competencias de la Asamblea Legislativa, no tienen origen en la ley sino que vienen dadas directamente por la Constitución de modo que, ésta no tiene más atribuciones que las que le confieren las disposiciones constitucionales”. En relación a la potestad de condonar o perdonar sanciones –siguieron–, en el art. 131 n° 26, se menciona como facultad propia de este órgano del estado, de condonación pero estrictamente en el ámbito de las penas, y jamás podría extenderse –a su consideración– a las penas administrativas o sanciones administrativas, que aunque son una forma especial del mismo poder punitivo del Estado, no comportan verdaderas sanciones penales, que son respecto de las únicas que se ha atribuido el poder de perdón para la Asamblea Legislativa.

La Sala admitió la demanda de los ciudadanos Crisabel Vidal Sánchez, Karla Patricia Meléndez Rodríguez, Sandra Yanira Jiménez García y Ana María del Tránsito Martínez de Blanco, respecto del art. 120-A de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, por la supuesta violación al art. 232 de la Constitución.

2. Se libró oficio a la Asamblea Legislativa para que, de conformidad al art. 7 L. Pr. Cn., rindiera el informe en el cual justificara la constitucionalidad de la disposición impugnada. Dicha autoridad manifestó en su informe que considera no existe violación alguna al principio mencionado en el art. 232 Cn. Respecto de ello, dicha autoridad manifiesta que ha dado cumplimiento a lo que dispone el constituyente en el art. 131 ord. 5° Cn., en vista que, primero, mediante D. L. n° 1188, corrigió un error, ya que las multas se encontra-

ban establecidas en el Reglamento General de Tránsito y no en una ley secundaria, por lo que se violaba el art. 8 Cn. Posteriormente en virtud del art. 131 ord. 6º Cn., se consideró pertinente reformar la LTTTSV, mediante D. L. n° 1220, pues de conformidad a dicha disposición, la Asamblea Legislativa goza de potestad exclusiva para emitir esa clase de tributos, y en ningún momento ha dispensado deudas a favor del fisco.

3. El Fiscal General de la República, al contestar el traslado prescrito por el art. 8 L. Pr. Cn., manifestó lo siguiente: que la actividad financiera del Estado se encuentra encaminada a la determinación de las diferentes formas de recaudación de los ingresos, los cuales son orientados a la satisfacción de las necesidades de la colectividad; esa obtención de fondos el Estado no sólo los adquiere por la vía coactiva –impuestos–, sino también por la vía contractual (empréstitos, y precios). Todos los ingresos del Estado tienen la característica de constituir recursos públicos, es decir, que son las fuentes de los medios financieros del Estado para proveer al sostenimiento de los servicios públicos; así la Constitución estipula que conforman la hacienda pública, los fondos y valores líquidos, los créditos activos, los bienes muebles y raíces, los derechos derivados de la aplicación de las leyes relativas a impuestos, tasas y demás contribuciones, así como los que por cualquier otro título le correspondan; y que son obligaciones a cargo de la Hacienda Pública, las deudas reconocidas y las que tengan origen en los gastos públicos debidamente autorizados. Por lo cual, todos los ingresos correspondientes a la Hacienda Pública formarán un solo fondo que estará afecto de manera general a las necesidades y obligaciones del Estado; todo el dinero que adquiera el Estado por cualquier medio, se agrupa en el llamado Fondo General de la Nación, este dinero debe servir exclusivamente para satisfacer necesidades del Estado o de la población.

420

Para apoyar más sus argumentos, el Fiscal citó lo que al respecto señala Alejandro Ramírez Cardona: “independientemente que el Estado utilice su poder coactivo para lograrlos, los recursos obtenidos por él son públicos por su destinación expresa a satisfacer necesidades colectivas asumidas como públicas en forma inmediata (impuestos, tasas, multas) o en forma mediata (precios)”. Continúa el autor citado: “esa finalidad caracteriza y da fisonomía al medio financiero empleado: con los primeros se financian necesidades colectivas asumidas como públicas generales, y con las otras, se financian inmediatamente necesidades individuales o colectivas indirectas asumidas como privadas”.

Dicha autoridad es del criterio que es necesario precisar la naturaleza jurídica de la multa, entendida ésta como un producto de la infracción cometida por los gobernados, las cuales se encuentran contenidas en el texto de las reformas a la LTTTSV, emitido en el D. L. 1220/2003; en ese orden de ideas, señaló que la *Enciclopedia Jurídica Omeba* define a la multa como el pago de dinero en concepto de retribución del ilícito o de la infracción cometida. De dicho concepto, el Fiscal General menciona que la pena pecuniaria afecta el patrimonio del infractor, y pasa a ingresar los fondos de la nación.

Tal autoridad comparte la idea de la doctrina en cuanto a que existen infracciones que se incorporan al Código Penal para destacar la especial gravedad que se les atribuye, y otras como las multas quedan subsumidas en el cuadro de la legislación administrativa por reputarse inferiores en gravedad para el cuerpo social; pero entre unas y otras lo común es que representan un patrimonio para el Estado.

La multa parte de un supuesto distinto, aparte de tener un carácter pecuniario, tiene una función disciplinaria y correctiva, pues se impone al infractor de la norma por incumplimiento de sus obligaciones, aunque su incumplimiento no cause daño; en suma, la multa tiene un carácter patrimonial y es, por ese mismo hecho, que

su contenido o pago ingresa al Fondo General de la Nación y consecuentemente ingresa al patrimonio del Estado. Por ello –señaló–, la determinación y monto de la multa, tiene su vinculación directa con el aspecto correctivo sancionador de la administración y con la necesidad compulsiva de su cumplimiento obligatorio por parte de los ciudadanos infractores.

Después de lo expuesto anteriormente, el Fiscal General de la República hizo una breve reseña respecto de la normativa que ha dado origen al art. 120-A que ha sido impugnado, manifestando que el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, fue emitido por el Presidente de la República, por medio de D. E. n° 23, de 25-II-1998, publicado en el D. O. n° 41, tomo 338, correspondiente al 2-III-1998, habiéndose derogado el referido reglamento mediante D. E. n° 30, de 8-II-2002, publicado en el D. O. n° 28, tomo 354, de 11-II-2002; emitiéndose el nuevo reglamento, por medio de D. E. n°35, de 14-II-2002, publicado en el D. O. n°32, tomo 353, de 15-II-2002.

Por D. L. n° 447, de 19-X-1995, publicado en el D. O. n°212, tomo 329, de 16-XI-1995, se emitió la LTTTSV, la cual fue reformada mediante Decretos Legislativos números 1034/1997, 283/2001, 739/2002 y 740/2002. Dicho funcionario señala que el D. L. n° 1188/2003, incorpora las infracciones de tránsito y seguridad vial; es decir, que se establecieron las diferentes clases de infracciones así como el cuadro de multas de tránsito por infracciones leves, graves y muy graves. Ahora bien, por medio del decreto legislativo impugnado se adicionó el art. 120-A a la LTTTSV.

Si bien por facultad constitucional le corresponde a la Asamblea Legislativa la función de decretar las leyes, así como interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias, su actuación deberá estar siempre enmarcada dentro de las esferas de limitación que la misma Constitución le impone; en otros términos, si bien su actuación lo es en el ámbito de sus facultades legisla-

tivas, su competencia está delimitada por los principios constitucionales.

En ese orden de ideas –continuó–, la Constitución de la República está revestida de supremacía, pues no solo es la norma suprema del sistema normativo interno, sino que es la ley fundamental del Estado, en cuanto representa la base sobre el cual se asienta toda su estructura política y jurídica.

Así pues, sus funcionarios y los órganos ejercerán sus funciones y competencias dentro los límites que expresamente les fija la Constitución. Como opina Adolfo Gabino Ziulu, en su *Derecho Constitucional*: “La supremacía de la Constitución ampara tanto los contenidos materiales como los contenidos formales de la Constitución. Los primeros tienen que ver con el resguardo de los principios sustanciales, que generalmente aparecen referidos en la parte dogmática de ella. Los segundos tienden a garantizar que la producción del ordenamiento jurídico infraconstitucional tenga lugar por medio de los órganos y procedimientos expresados en la parte orgánica, teniendo como único límite el respeto del resto del orden constitucional”.

Asimismo, el Fiscal General citó a German J. Bidart Campos, quien en *La interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional* sostiene que: “La doctrina de la supremacía constitucional tiene bastante que ver –a nuestro juicio– con la validez y vigencia de la norma; dentro del mundo jurídico positivo, la validez del mismo tiene como único y último techo positivo a la Constitución: el mundo jurídico infraconstitucional goza de validez positiva en cuanto se adecua a la Constitución”.

Para el Fiscal General se desprende, entonces, del contenido del inc. 1º del art. 120-A de la LTTTSV, lo que la Asamblea Legislativa ha expresado en una invalidación o anulación de todas las multas, impuestas por las infracciones cometidas en la referida ley, las cuales configuran por su naturaleza una deuda a favor del

Estado; lo que no solo ha afectado el patrimonio del Estado sino que ha vulnerado el principio constitucional, en el cual inhibe tanto al Legislativo como al Ejecutivo a dispensar –invalidar, anular– las deudas a favor del fisco, contraviniendo en su contenido el art. 232 Cn.

II. En esencia, los ciudadanos han demandado que esta Sala declare inconstitucional el art. 120-A de la LTTTSV, en la parte que respecta a la exoneración de las multas, por supuestamente contradecir el art. 232 Cn. De manera que, luego de haber expuesto la solicitud de los demandantes en el sentido antes señalado, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa y la opinión del Fiscal General de la República sobre la confrontación internormativa planteada, se señala, a continuación, el orden que seguirá la argumentación de la presente decisión.

Para efecto de decidir los puntos que integran la pretensión de los demandantes se expondrá, en primer lugar, el contexto normativo en el que se ha suscitado la supuesta violación constitucional por ellos alegada; para tal efecto se hará referencia a algunas consideraciones que identifican al Derecho Financiero como rama autónoma del Derecho, y dentro de ellas, la actividad financiera como parte del ámbito de regulación de aquél, así como sus principales componentes (III); tomando en cuenta lo anterior y a fin de determinar en qué sentido puede considerarse a la sanción patrimonial como ingreso público, se hará referencia al tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia constitucional ha establecido en relación con los ingresos públicos (IV). Una vez configurada la premisa anterior, procede hacer referencia en qué momento puede constituir la sanción patrimonial una obligación jurídica de pago a cargo del sujeto infractor, para efecto de determinar, posteriormente, si la misma puede ser exonerada (V); para, finalmente, emitir el fallo que corresponda según la Constitución (VI).

III. Atendiendo a la pretensión formulada por los demandantes, se hará referencia brevemente al contexto o ámbito normativo de la actividad que desarrollan los entes públicos con el fin de procurar la recaudación de todos aquellos medios para la satisfacción de las necesidades inherentes a la colectividad.

En el estadio actual de la evolución del quehacer estatal, la especialidad de la Administración Financiera frente a otras ramas de la Administración Pública, se debe fundamentalmente a que su organización y sus actuaciones están pensadas, estructuradas y reguladas para la obtención de los medios dinerarios. De manera que las entregas de dinero que los particulares u otros entes hacen a la Administración, por ejemplo, para extinguir sus obligaciones tributarias se diferencian de otro tipo de actuaciones que estos mismos deben realizar en otras situaciones.

Existe -pues- una rama autónoma del Derecho, el Derecho Financiero, que tiene como propósito procurar los medios dinerarios que el Estado necesita para dar cumplimiento a sus fines, y exige para ello unos procedimientos, unas técnicas, unos órganos especializados, una actividad, en fin, especializada y diferenciada que da origen a normas e instituciones diferentes.

Desde esta perspectiva, el conjunto de actos y relaciones jurídicas que dicha rama del Derecho regula y organiza se identifica con el ámbito de la actividad financiera, y ésta, con el conjunto del Estado y de los demás entes públicos que tienen por objeto la realización de ingresos públicos, su administración y gastos.

Ingresos y gastos públicos determinan el ámbito material de referencia de las normas de Derecho Financiero, configuran el contenido de la misma y constituyen, en su regulación jurídica, el objeto propio y característico de la disciplina.

En el *Derecho Financiero y Tributario* la actividad financiera es entendida como toda aquella diligencia del Estado encaminada a la obtención de los ingresos y la realización de los gastos, con los

que pueda sufragar a la satisfacción de determinadas necesidades colectivas. En ese sentido, y conforme a lo señalado, pueden señalarse como notas definidoras de dicha actividad las siguientes: (i) se trata de una actividad de *naturaleza pública*; lo es tanto por el sujeto (el Estado u otro ente público) como por el objeto que se relaciona con la satisfacción de las necesidades colectivas, sometida a normas y principios jurídicos; (ii) se trata de una *actividad medial o instrumental*.

Sobre este último aspecto, como es sabido, las actividades públicas pueden ser clasificadas en finales o instrumentales, según satisfagan de manera inmediata una necesidad de naturaleza pública; así, por ejemplo, las actividades relativas a la enseñanza tienen carácter final, al igual sucede, en general con el conjunto de servicios públicos. En cambio, la actividad relacionada con el régimen de los funcionarios públicos tiene carácter instrumental: con ella no se da la satisfacción inmediata de ninguna necesidad de tipo colectivo, sino que simplemente se atiende a uno de los instrumentos necesarios para el desarrollo de las funciones sustantivas o finales.

Se trata de una actividad que tiene por objeto los medios financieros o dinerarios para el desarrollo de las restantes funciones públicas. Por tanto, la actividad financiera no constituye, en efecto, un fin en si misma. Este elemento suele destacarse como el rasgo diferencial con otras actividades o funciones públicas. En ese orden de ideas, puede concluirse que, en la actividad financiera, se pueden distinguir dos vertientes o ámbitos de actuación: el ingreso y el gasto público.

IV. 1. A fin de determinar en qué sentido puede considerarse a la sanción patrimonial como ingreso público, se hará referencia al tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia constitucional ha establecido en relación a los ingresos públicos.

De conformidad con la primera, ingreso público es toda cantidad de dinero percibida por el Estado y demás entes de naturaleza

pública, cuyo objetivo primordial es financiar los gastos públicos. La finalidad a la cual responde la existencia de dichos ingresos se encuentra asociada a la tradicional concepción de la actividad financiera como una actividad instrumental, dirigida a poner al servicio de la Administración unos ingresos con los que ésta pudiera realizar directamente la satisfacción de los fines públicos.

Si el objetivo básico del ingreso es propiciar la cobertura del gasto, sólo habrá ingreso público cuando el ente que recibe aquél tenga sobre el mismo plena disponibilidad, esto es, cuando ostente título jurídico suficiente para afectarlo al cumplimiento de sus fines. Los ingresos del Estado, al igual que los de los municipios, se pueden clasificar en ingresos tributarios e ingresos no tributarios; ejemplos de estos últimos desde la perspectiva estatal son los ingresos monopolísticos, los ingresos crediticios, los ingresos patrimoniales y los precios públicos.

2. Según la jurisprudencia de esta Sala, los ingresos monopolísticos son aquellos que percibe el Estado en virtud de la creación por ley de un monopolio de derecho a favor de una determinada entidad estatal, para la prestación de un servicio no inherente a la soberanía estatal o para la producción o venta de ciertos productos, en forma exclusiva; los ingresos crediticios -por su parte- son las cantidades de dinero que recibe el Estado en concepto de Deuda Pública; los ingresos patrimoniales son los que proceden de la explotación y enajenación de los bienes que constituyen el patrimonio de los entes públicos, entendiendo como tales aquellos que no son considerados como bienes de dominio o uso público, es decir, los ingresos que el ente público obtiene en su condición de propietario de bienes de su patrimonio o de accionistas de empresas públicas o privadas; y -finalmente- los precios públicos son los ingresos que percibe un ente público o municipal, en virtud de una actividad requerida por el interesado en forma libre y espontánea, que se presta tanto en el sector público como en el sector privado, y que permite

obtener un margen de utilidad, existiendo una relación de libre competencia entre los precios de uno y otro sector.

A pesar de lo expuesto, aún habría que delimitar como una *categoría impropia*, el producto de las sanciones pecuniarias. La denominación de categoría impropia obedece a que *la función de estas instituciones no es precisamente la de obtener ingresos, sino la de corregir conductas, lo que repercute sobre su régimen jurídico*.

V. 1. Para una mejor claridad y para los efectos de la presente sentencia, interesa desarrollar lo concerniente a los ingresos obtenidos como producto de las sanciones pecuniarias, independientemente de la naturaleza de la infracción.

A. En una primera aproximación habría que distinguir entre reacciones indemnizatorias que lesionan un derecho y reacciones represivas ante lesiones de derechos; las primeras tratarían de reparar el daño causado a la víctima por el incumplimiento de la norma y las segundas prevén una sanción para el autor e intiman a los posibles y futuros infractores de la norma.

Lo que ha motivado al nacimiento de las infracciones administrativas es la irregularidad en el cumplimiento del deber jurídico. Es entonces la índole del tipo de reacción prevista por el ordenamiento jurídico, lo que caracteriza a los diferentes tipos de ilícitos. En el caso de las sanciones administrativas, tanto por su estructura y finalidad, como por la forma de su aplicación, constituyen medidas asimilables a las penas, aun cuando no sean pronunciadas por una autoridad jurisdiccional -Art. 14 Cn.-.

El carácter represivo de las sanciones pecuniarias implica que el interés protegido no es solamente el interés recaudatorio de la Administración, sino también el interés colectivo a que se cumpla el ordenamiento jurídico-administrativo. La Administración posee suficientes mecanismos de autoprotección como consecuencia de la posición que ocupa en la relación jurídico-administrativa, mecanismos que son independientes, aunque pueden nacer de los

mismos supuestos de hecho, de la potestad sancionadora de la Administración.

B. Ahora bien, independientemente de la naturaleza de la infracción que motiva la adopción de una sanción de tipo patrimonial, una vez impuesta ésta en la esfera jurídica del sujeto que no cumplió con el supuesto hipotético previsto en la disposición, aquella se transforma automáticamente en una obligación jurídica de pago a favor del Estado. En consecuencia cuando la misma se hace efectiva determina, de forma indudable, un ingreso público. En este sentido puede manifestarse que tal obligación funciona como un mecanismo de exigibilidad estatal, en virtud del carácter ejecutorio del acto administrativo.

La esencia de toda obligación se centra en el concepto de *vínculo*. Éste constituye un vínculo abstracto que liga al deudor con el acreedor, del cual el primero no puede desligarse de forma arbitraria; en este sentido, se puede decir que constituye un nexo que limita la libertad del deudor y confiere al acreedor una facultad ejercitable contra el obligado, en virtud de la cual éste resulta constreñido a determinada actividad.

Entonces, el principal efecto de una obligación consiste en que *el deudor queda sometido a cumplir la prestación que constituye su objeto*. Si se niega a cumplirla, el acreedor tiene derecho de forzarle a ello apelando a la fuerza pública.

C. Siendo entonces la sanción patrimonial, una medida que adquiere la modalidad de una obligación jurídica de pago, en el momento antes referido, el Estado adquiere la calidad de acreedor respecto de la suma de dinero debida por el sujeto infractor, para el solo efecto que la misma ingrese a las arcas correspondientes y poderla utilizar en los gastos públicos.

En ese sentido se afirma que, una vez hecha efectiva tal obligación, el producto de lo recaudado, adquiere la calidad de ingreso público. De manera que cualquier sanción que produzca un ingreso

en las arcas del Estado, se convierte, desde el momento mismo en que tal ingreso se produce, en un ingreso de Derecho Público, regulado por las normas de Derecho Financiero que disciplinan todos los ingresos públicos.

En concordancia con lo anterior, puede manifestarse que la sanción patrimonial no constituye en sí mismo un concepto jurídico financiero, pues su existencia no obedece esencialmente a la financiación de los gastos públicos, es decir, no obedece directamente a ello su razón de ser, sino más bien a la corrección de ciertas conductas.

De manera que la diferencia del producto de la sanción como categoría impropia de ingreso público con el resto de los mismos deriva principalmente de su objetivo o finalidad específica. Este fin requiere, en términos generales, un régimen jurídico diferente al que corresponde al resto de los ingresos públicos y de los institutos que dan lugar a ellos (tributos, deuda pública, dominio público, etc). Régimen jurídico que forma el objeto de una rama jurídica, el Derecho Administrativo Sancionador, que parte del tronco común o general al cual pertenecen todas aquellas disposiciones que configuran penas o sanciones pecuniarias.

Ello responde, por una parte, a que el Derecho Penal en sentido estricto se asiste de una tendencia a la “despenalización”, y como consecuencia, los cuerpos normativos se van descargando de figuras o tipos de injusto que pasan a diferente tratamiento, como simples ilícitos administrativos. Y, por otra, se va produciendo la progresiva introducción de las garantías propias de dicha rama en el ámbito de las infracciones administrativas y las correspondientes sanciones o más sencillamente, el sometimiento a límites jurídicos precisos del ejercicio de la acción punitiva por parte de la autoridad administrativa.

2. Habiéndose determinado que la sanción patrimonial comporta una deuda para el sujeto que infringió una disposición jurídi-

ca, y un derecho de crédito a favor del ente estatal, es pertinente determinar si la Asamblea Legislativa, como órgano que representa la voluntad popular, ostenta la competencia de poder exonerar o perdonar el efecto de tal obligación jurídica. Para tal efecto -y con fines comparativos-, se partirá de las nociones de la exención en el ámbito de los tributos.

A. La exención constituye un efecto de ciertos supuestos incluidos en el ámbito del hecho generador, cuya realización y no obstante ella, no da lugar al surgimiento de la obligación tributaria de pago, constituyendo, pues, una excepción a los efectos normales derivados de la realización de aquél. Para que tal efecto ocurra deben concurrir dos normas jurídicas en sentido contrapuesto: la primera que haga referencia al hecho imponible y le asocie el efecto de nacimiento de una obligación tributaria; la segunda, la norma de exención, que enerva los efectos de la anterior disponiendo que no se desarrollen respecto a determinados sujetos que realicen justamente el hecho imponible, es decir se bloquea el nacimiento de la obligación de pago del tributo. Se trata, pues, de hipótesis en las que se verifica el hecho imponible del tributo, debiendo nacer en principio la obligación anexa a su realización, pero, sin embargo, no llega a producirse esta circunstancia al evitarlo la norma de exención.

Dados el significado y la función de la exención, puede decirse que los supuestos de la misma definen el hecho imponible y sus consecuencias. Dicho de otra manera, el mismo determina el alcance y contenido del deber de contribución en esos supuestos concretos. Ahora bien, en cuanto a la formulación de tal decisión, puede manifestarse que según la Constitución, le corresponde al legislador la competencia exclusiva de creación de los impuestos, y relativamente respecto de la creación de tasas y contribuciones especiales; y por tanto también le corresponde en todo caso la fijación de los supuestos específicos de exención de los efectos jurídicos de la obligación tributaria, atendiendo a una finalidad razonable.

De esta manera, y siendo que el surgimiento de la obligación tributaria resulta bloqueada por la exención, está si es permitida por la Constitución -art. 131 ord. 11° Cn.- y no genera la consecuente aplicación de los parámetros de “condonación” a los que se refiere el art. 232 Cn.,

B. Por su parte, en el caso de la sanción patrimonial como obligación jurídica de pago, *que nace como producto o consecuencia jurídica de la materialización de una infracción administrativa tipificada por el legislador*, no puede ser exonerada ni por el Legislativo ni por el Ejecutivo, tal como está consagrado en el art. 232 Cn. De acuerdo con esta disposición constitucional la sanción pecuniaria como una categoría impropia de ingreso público representa una deuda a favor del Estado, en virtud de la finalidad que define su existencia.

VI. Habiéndose determinado que los ingresos por sanciones pecuniarias representa una deuda a favor del Estado, tal como lo han manifestado los peticionarios en su escrito de demanda, habrá que analizar la constitucionalidad del art. 120-A del D. L. n° 1220/2003 respecto de los parámetros analizados.

De lo prescrito en la disposición impugnada deriva que las multas de tránsito establecidas como consecuencia jurídica del mismo tipo de infracciones, impuestas con anterioridad a la vigencia del mismo Decreto quedan sin efecto jurídico alguno. De manera que todos aquellos sujetos que a la fecha de emisión del mismo se encontraban en condición de efectuar sus pagos, ya no tendrán la obligación de hacerlo, pues el Órgano Legislativo, a través de dicha disposición, ha revertido el ámbito temporal de aplicabilidad de las sanciones prescritas desde la reforma impugnada hacia futuros casos. Lo que implicaría que únicamente deberán hacer efectivos sus pagos, todos aquellos sujetos que cometan infracciones administrativas sancionadas con multa, dentro de la vigencia de dicho Decreto, extinguiendo las ya impuestas.

De acuerdo a lo expuesto, el artículo impugnado sustrae del acervo patrimonial del Estado los ingresos sobre los que tenía posición de acreedor, en tanto titular de las acciones de cobro de las obligaciones generadas por las multas de tránsito.

En ese sentido, al generar la exoneración de las multas impuestas con anterioridad a la reforma, debe declararse que el art. 120-A LTTTSV es inconstitucional por contradecir el artículo 232 de la Constitución.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala Falla:

1. *Declárase* inconstitucional el artículo 120-A del D. L. n° 1220, de 11-IV-2003, publicado en el D. O. n° 94, tomo 359, correspondiente al 26-V-2003, por quebrantar lo dispuesto en el artículo 232 de la Constitución.

2. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.

3. Publíquese esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial. ---**J. B. JAIME--F. MELÉNDEZ---J. N. CASTANEDA S.---E. S. BLANCO R.--R. E. GONZÁLEZ B.---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---E. SOCORRO C.---RUBRICADAS.**

VIII

**Instrucciones
para autores
colaboradores**

INSTRUCCIONES PARA AUTORES COLABORADORES

Si desea participar como Autor de nuestras publicaciones periódicas, (anuario y revista) debe enviar el trabajo al correo electrónico institucional investigacionjuridica@ujmd.edu.sv Si su trabajo es aceptado, se le comunicará vía correo electrónico.

Se publicarán los siguientes tipos de trabajos en idioma español:

Científicos, de investigación, de revisión, tesis, tesinas, tesis doctorales, conferencias magistrales o ponencias, trabajos de revisión, comunicaciones cortas, casos o expedientes judiciales, artículos de análisis, divulgativos, de opinión, técnicos u otros de cualquier especialidad o rama en el campo de las Ciencias Jurídicas a nivel regional, nacional e internacional.

Se publicarán trabajos que no tengan una extensión mayor a 30 páginas, que sean originales e inéditos. Sin embargo excepcionalmente se aceptarán trabajos que ya hubieran sido presentados en forma escrita u oral y que versen sobre cualquier aspecto del Derecho; en caso de su publicación anterior el autor citará claramente su procedencia.

A continuación se presenta una descripción de aspectos formales de presentación del trabajo:

1) Título del artículo:

El título del artículo debe estar escrito en español y, entre paréntesis, puede también incluirse el título en el idioma inglés o francés (esto para efectos posteriores de publicación a nivel internacional). Así por ejemplo podrá estar traducido al inglés y será: Título (Title)

2) Autor/es y lugar de trabajo del autor/es:

Se colocará primero los apellidos y después el nombre, separados por una coma. Se debe poner como mínimo el lugar de trabajo del autor y su actual profesión, su correo electrónico o en su defecto el correo postal, separados con punto y coma (;). Como puede haber varios autores se debe utilizar un elemento "separador" como una barra vertical (|) la puede insertarse como un símbolo o puede escribirse tecla ALT 124; para distinguir a los diferentes autores. Ejemplo: Hernández, Manuel: Abogado y Notario; Profesor de Derecho Procesal Civil; hern0189@yao.com | Morales Urrutia, Sandra: Sicóloga; Coordinadora de la Clínica Estudiantil.

3) Palabras claves:

Se enviarán las palabras claves que serán de 3 a 10 y que ayuden a la confección del artículo. Las palabras claves son el conjunto de términos que servirán para registrar el artículo en determinadas bases de datos. Así, cuando un investigador esté interesado en un tema, si introduce determinadas palabras en la página de búsqueda de base de datos, el artículo aparecerá entre la bibliografía relevante. Se escribirán las palabras clave en español o en el idioma escogido para el título, separadas por la barra vertical (|) la que puede insertarse como un símbolo o puede escribirse tecla ALT 124, y deberá aparecer de esta forma: palabra 1 | palabra 2 | palabra 3 | palabra 4 |....

4) Resumen:

Se escribirá en español y podrá escribirse también en un segundo idioma (el que fue escogido para el título), poniéndose primero el resumen en español y después en el siguiente párrafo el resumen traducido al inglés o francés; esto para efectos de futuras publicaciones internacionales, si el autor así lo deseara. El texto del re-

sumen se recomienda no exceda de 250 palabras. Debe dar una idea de la totalidad del trabajo. Incluirá los resultados más destacables y las principales conclusiones. El resumen debe ser lo más informativo posible para orientar al lector a identificar el contenido básico del artículo de forma rápida y exacta y a determinar la relevancia del contenido del artículo. Debe expresar de forma clara y breve los objetivos y el alcance del estudio, los procedimientos básicos, los métodos analíticos, los principales hallazgos y las conclusiones; debe situarse la investigación en tiempo y lugar; presentar resultados precisos e indicar los límites de validez de las conclusiones. Debe redactarse en tercera persona, tiempo pasado, excepto la frase concluyente; se deben excluir abreviaturas y referencias bibliográficas.

5) Tipo de Trabajo:

Se debe explicar el tipo de trabajo del que se trata:

Artículo original de investigación, Tesina, Tesis doctoral, Artículo de revisión bibliográfica, Monografía, Conferencia, Ponencia, Comunicación corta, Poster, mural o cartel, Caso o expediente judicial, Artículo de opinión-profesión, Artículo de análisis, Artículo de educación, Artículo técnico, Artículo divulgativo, Crónica, Carta al director, a los lectores, etc. Otros (especificar)

Si el trabajo no es original e inédito, el autor o la persona autorizada para ello, deberán citar claramente la procedencia del trabajo, la revista, el congreso o la dirección URL (publicado en Internet) en la cual haya sido publicado anteriormente.

6) Fecha de Finalización del trabajo:

Debe incluirse la fecha real en la cual se haya finalizado el trabajo o llevado a cabo la ponencia o el tipo de trabajo de que se trate.

7) Referencias Bibliográficas:

Los trabajos deben contener al menos 5 referencias bibliográficas, las cuales podrán ser presentadas en el trabajo, de preferencia, insertas en el texto justo al final del texto citado o en pie de página. Todas las referencias deben aparecer alfabéticamente ordenadas luego al final del trabajo en el capítulo reservado para "Referencias Bibliográficas".

Estas normas en cuanto a forma del trabajo, son únicamente una guía a modo de recomendaciones, ya que se aceptarán trabajos con otras estructuras, para beneficiar el intercambio de información entre profesionales del derecho y favorecer la comunicación entre autores y lectores.

Forma de envío del trabajo:

- 1) Enviar el trabajo en formato de texto Microsoft Word, configuradas las hojas tamaño carta con 2.5 cm de márgenes a los cuatro lados.
- 2) El tipo de letra debe ser Arial Normal con tamaño de 12 puntos y el párrafo debe estar interlineado a una y media línea.
- 3) Las tablas deben realizarse con la herramienta -Tabla- (no con el uso de tabuladores y líneas de dibujo o cuadros de texto). No deben incluirse macros.
- 4) Las referencias bibliográficas pueden ser las tradicionales (libros) o referencias a páginas de Internet.
- 5) Si desea agregar imágenes al trabajo, éstas deben enviarse aparte en formato digital TIFF (.TIF), JPEG (.JPG) o BMP. En el caso de archivos JPEG, la compresión deberá ser mínima (máxima calidad). Los nombres de los archivos gráficos deberán ser los numerales indicativos del número de figura (es decir, 1.tif, 2.tif, etc.). Las imágenes se enviarán con nombre y numeración correlativa (Figura 1, Figura 2, etc.). Cada imagen deberá incluir un texto que sirva de pie de figura.

¿Conocéis esta frase de berryer, uno de los más famosos abogados de hace cien años? En un proceso en que se jugaban grandes intereses de dinero, aquel hombre de una rigurosa probidad, se negó a defender una causa que no le parecía justa. Hubo quien extrañó su intransigencia: “No tenía usted –le dijo– más que inclinarse para recoger millones”. “Es verdad –respondió Berryer– “pero hubiera tenido que inclinarme”.-

“Las bienaventuranzas”

Georges Chevrot

