

Jornadas de Justicia y Derecho Constitucional



Santo Domingo • Barahona • La Romana
Puerto Plata • Santiago



Título de la obra:
Jornadas de Justicia y Derecho Constitucional

Primera edición:
Julio, 2021

Esta es una publicación de:



Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Avenida 27 de Febrero esquina avenida Gregorio Luperón,
Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,
Santo Domingo Oeste, República Dominicana,
Teléfonos 809-274-4445 y 809-274-4446
www.tc.gob.do

Cuidado de la edición: Leonor Tejada

Corrección de estilo: Eduardo Díaz Guerra

Diagramación: Yissel Casado

Diseño de portada: Enrique Read

ISBN: 978-9945-610-45-1 (digital)

Impreso en República Dominicana
Todos los derechos reservados

CONTENIDO

Presentación9

JORNADA PROVINCIA PUERTO PLATA | 14 de agosto de 2017

Palabras de Apertura | *Mag. Milton Ray Guevara* 15

Algunos desafíos del control de constitucionalidad y la justicia
constitucional en latinoamérica | *Victor Bazán*21

PANEL

Desafío del control de constitucionalidad
Claudio Aníbal Medrano 91

La justiciabilidad de casos o controversias en el control de
constitucionalidad: Las cuestiones políticas y la carencia de objeto
Amaury Reyes..... 109

JORNADA PROVINCIA LA ROMANA | 1 de septiembre de 2017

Palabras de Apertura | *Mag. Milton Ray Guevara* 145

PANEL

La tutela de los derechos económicos
Jimena M. Conde Jiminián 151

JORNADA PROVINCIA BARAHONA | 11 de octubre de 2017

Palabras de Apertura | *Mag. Milton Ray Guevara* 169

La protección jurídica de la mujer en el Estado Social
Patricia Tatiana Ordeñana 173

PANEL**El debido proceso como garantías de protección de los derechos fundamentales***Manuel Ramírez Suzaña* 193**La protección de los derechos de a mujer y el Tribunal Constitucional: Algunos casos***Laia Rojas* 199**JORNADA PROVINCIA SANTIAGO DE LOS CABALLEROS**

25 de octubre de 2017

Palabras de Apertura | *Mag. Milton Ray Guevara* 213**El amparo en Iberoamérica***Gerardo Eto Cruz* 219**Amparo en la jurisdicción constitucional ecuatoriana***Pamela Martínez Loaysa* 233**PANEL****El amparo en Latinoamérica***Lic. Juan Fernando Durán Alba* 251**JORNADA PROVINCIA SANTO DOMINGO | 1 de diciembre de 2017****Palabras de Apertura** | *Mag. Milton Ray Guevara* 273**Democracia y Justicia Constitucional***Manuel Aragón Reyes* 277**El control de constitucionalidad de la reforma laboral: Principales cánones de enjuiciamiento***Francisco Pérez de los Cobos Oribuel* 301**PANEL****Experiencias del Tribunal Constitucional Español***Pascual Salas Sánchez* 325**El control constitucional de la ley y algunas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional de amparo***Lic. María Emilia Casas Baamonde* 345**CONFERENCIA DE CLAUSURA****Generación constitucional y el futuro dominicano***Mag. Milton Ray Guevara* 365

PRESENTACIÓN

Cuando el jurista alemán, Peter Haberle, se refiere a la jurisdicción constitucional como un “tribunal ciudadano” lo hace ponderando ese rol jurisprudencial que empodera y reivindica al ciudadano como actor relevante en la protección de la supremacía constitucional. No obstante, la Constitución no sólo se protege a “golpe de malleté”, mediante sentencias constitucionales. Hay además otro modo preventivo de protegerla: la educación constitucional.

He dicho en múltiples ocasiones, que *“la educación constitucional es obligación ineludible del Tribunal Constitucional, habida cuenta del déficit tradicional en conocimiento de la Constitución que ha tenido nuestro pueblo. Indudablemente, en razón de que el árbol de la constitucionalidad sólo crece en democracia, en libertad y en el Estado de Derecho. El tribunal continuará propiciando todos los eventos académicos, culturales, históricos y científicos que confluyan en la formación de una generación constitucional.”* Es por ello, que este Tribunal Constitucional se ha empeñado en una cruzada por la cultura constitucional, porque la Constitución más que una norma jurídica suprema es, sobre todo, el catecismo ciudadano que debe guiar la vida de cada dominicano que aspire a vivir en un régimen democrático.

Cuando el constituyente dominicano, materializó en la reforma constitucional del 2010, ese viejo y noble anhelo de la clase jurídica

dominicana de tener una jurisdicción constitucional, no sólo pensó en un tribunal constitucional que funja como un *guardián* de la Constitución; quiso además que este órgano extrapoder fuese también el *apóstol* de ella. Un apóstol tiene la noble y sagrada misión de propagar, de inculcar un evangelio, en este caso, se trata de una especie de “evangelio constitucional” que contiene un conjunto de valores y principios constitucionales que nos garantizan como sociedad vivir en paz, igualdad, libertad, justicia social y prosperidad económica entre otros importantísimos valores que conforman el sustrato de nuestra democracia constitucional.

El Tribunal Constitucional, motivado por el deseo de transformar a los juristas dominicanos en misioneros de este “evangelio constitucional”, organizó para el año 2017 (en el marco del 5to aniversario del Tribunal), cinco (5) grandes jornadas de justicia y derecho constitucional que se celebraron en las ciudades de Santo Domingo, Barahona, La Romana, Puerto Plata y Santiago de los Caballeros. Jornadas que devinieron en gratificantes espacios de diálogo entre renombrados juristas dominicanos e internacionales, entre los que podemos citar el Mag. Claudio Aníbal Medrano, Juez Coordinador del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís y Juez Presidente de la Sala Penal de la Corte de Apelación del mismo Departamento Judicial; la Mag. Tatiana Ordeñana, ex Jueza de la Corte Constitucional de Ecuador; el Mag. Gerardo Eto Cruz, ex Juez de la Corte Constitucional de Perú; la Mag. Pamela Martínez Loaysa, ex Jueza de la Corte Constitucional de Perú; el Lic. Juan Fernando Durán Alba, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Valladolid, España y ex Letrado del Tribunal Constitucional del mismo país; el Mag. Manuel Aragón Reyes, catedrático de derecho constitucional y Juez Emérito del Tribunal Constitucional de España; el Mag. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad Complutense de Madrid y ex Juez Presidente del Tribunal Constitucional de España; el Mag. Pascual Salas Sánchez, ex

Juez Presidente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España; así como la Mag. María Emilia Casas Baamonde, catedrática de derecho del trabajo y seguridad social y ex Jueza Presidente del Tribunal Constitucional de España.

En cada jornada se abordaron y se discutieron temas de interés y de actualidad atinentes al derecho y la justicia constitucional. Entre los temas debatidos podemos mencionar, a saber: “Desafío del Control de Constitucionalidad”, “Mujer, Género y Desarrollo”, “El Amparo en Iberoamérica”, “Amparo en la Jurisdicción Constitucional Ecuatoriana”, “La tutela de los derechos sociales y el control de constitucionalidad de las leyes”, “Democracia y Justicia Constitucional”, entre otros. En fin, las jornadas fueron un gran espacio para el debate y la exposición de temas de gran provecho para la comunidad jurídica dominicana e internacional. Hemos compilado las ponencias de cada uno de nuestros prestigiosos panelistas y las ofrecemos a la clase jurídica en general por medio de esta publicación para que la misma enriquezca su acervo jurídico y de ese modo estar aptos para seguir contribuyendo con la educación constitucional.

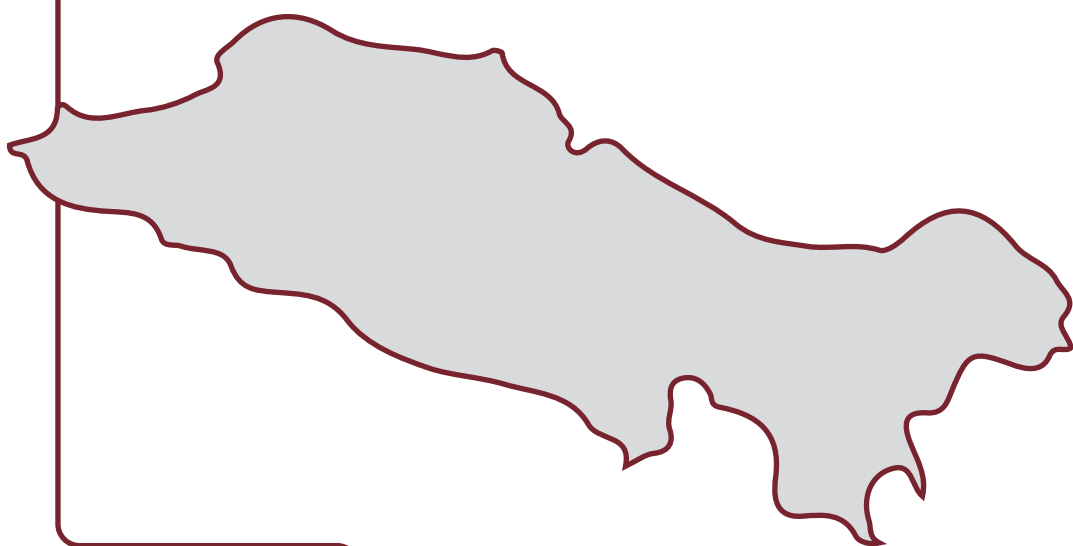
Sin dudas que hacer de la Constitución, más que una norma, una cultura; ha sido una de las grandes misiones que encara este Tribunal Constitucional. En casi una década de funcionamiento institucional, este Tribunal ha logrado consolidar una sólida jurisprudencia constitucional que empodera cada día a los ciudadanos, transformándolos en agentes activos de la supremacía constitucional. Además, las actividades educativas que organiza este Tribunal anualmente para contribuir con la educación constitucional, despiertan el interés de los abogados y demás actores del sistema de justicia y las publicaciones que difunde esta institución, ocupan un lugar privilegiado en las bibliotecas personales de los abogados dominicanos.

La Constitución dominicana, hoy en día y gracias a los ingentes esfuerzos de la jurisdicción constitucional en el país, ha dejado de ser aquel “pedazo de papel” o documento de letras muertas del pasado, para transformarse en una verdadera “Constitución viviente” situada

en un pedestal sagrado del templo de la Democracia dominicana, y que además pervive y mantiene plena vigencia en un lugar no menos importante: en el corazón de cada noble dominicano.

Milton Ray Guevara
Presidente del Tribunal Constitucional

Jornada de Justicia y Derecho Constitucional



Provincia Puerto Plata

14 de agosto de 2017

PALABRAS DE APERTURA

MAG. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Amigas y amigos todos:

El 22 de abril de 2015, en ocasión de la presentación del Pleno del Tribunal Constitucional en esta provincia y en este recinto de la Universidad Autónoma de Santo Domingo Primada de América, pronuncié una conferencia titulada “El Legado Constitucional de Puerto Plata”, y refiriéndome a la misma expresé: “Puerto Plata tiene, además, el mérito histórico de haber sido el lugar donde se fundó la ciudad de La Isabela, asiento del primer gobierno europeo en las tierras americanas, donde se celebrara la primera misa del nuevo mundo. Allí funcionó el primer tribunal de justicia y se fundó el primer ayuntamiento del nuevo mundo.”

En esta tierra de defensores de la patria, el insigne Gregorio Luperón, el guerrero de la libertad, la vibrante espada de la Restauración de la Independencia recibió el 30 de mayo de 1875 al Padre del Derecho Constitucional dominicano y antillano, Eugenio María de Hostos.

El pasado viernes 11 celebramos un nuevo aniversario del fallecimiento en 1903 del inmortal maestro. Hostos, creador del sistema de escuelas normales para la República fue el fundador de la Sociedad-Escuela La Educadora que procuraba popularizar las ideas de derecho individual y público, el conocimiento de las constituciones: dominicana,

norteamericana, latinoamericanas, así como los principios económico-sociales. En resumen: educar el pueblo.

En esta última expresión “educar el pueblo”, está la raíz de lo que Hostos afirma en sus “Lecciones de Derecho Constitucional” publicada en Santo Domingo en 1887 y en París en 1908: *“La instrucción gratuita, aunque meramente convencional, debe incluirse entre los derechos absolutos, no sólo por ser uno de los medios de consagrar de un modo efectivo el derecho de igualdad, sino por ser también el medio por excelencia apropiado para distribuir entre la muchedumbre el conocimiento del Derecho. Tan clara es esta relación entre la difusión de los conocimientos generales y la del conocimiento particular del Derecho, que ya no se concibe la posibilidad de establecer el orden jurídico, sino por medio de una educación pública que lo dé a conocer a los integrantes todos del cuerpo social.”*

El profesor dominico-chileno Don Alejandro Angulo Guridi, refiriéndose a la referida obra de Hostos señaló: “...Es el mejor tratado de Derecho Constitucional que conozco...” El constituyente dominicano de 2010 se inspiró en el pensamiento hostosiano al establecer en el Artículo 63 numeral 13, relativo al Derecho de la Educación **“Con la finalidad de formar ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes, en todas las instituciones de educación pública y privada, serán obligatorias la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica.”**

En consonancia con ese principio, el legislador consagró en el Artículo 35 de la Ley Orgánica 137-11 y su modificación, del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales: “En el cumplimiento de sus objetivos, el Tribunal Constitucional podrá apoyarse en las universidades, centros técnicos y académicos de investigación, así como promover iniciativas de estudios relativas al Derecho Constitucional y a los derechos fundamentales.” El TC ha sido ejecutor fiel de esa voluntad del legislador y hemos organizado junto a universidades,



colegios profesionales, poderes públicos, grupos populares, sociedad civil, entidades religiosas, numerosos diplomados, talleres, seminarios, encuentros y conversatorios sobre temas constitucionales.

Destacadas menciones merecen los tres congresos internacionales que hemos celebrado:

- (i) el primero “Tribunal Constitucional en la Democracia Contemporánea”, los días 29, 30 y 31 de enero de 2013;
- (ii) los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2014 se llevó a cabo el segundo “Los Derechos Económicos y Sociales y su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho”;
- (iii) y el tercero efectuado los días 12, 13 y 14 de octubre de 2016, con el tema “Carácter Vinculante del Precedente Constitucional”.

De igual manera señalaremos el Segundo Encuentro Internacional de Justicia Constitucional con Perspectiva de Género, celebrado el 18 de marzo de 2015 y el Taller Internacional Periodismo con Perspectiva de Género realizado los días 6 y 7 de julio de este año.

En la Audiencia Solemne de Rendición de Cuentas del Tribunal Constitucional del pasado 25 de enero anuncié la celebración de un amplio programa para conmemorar el V Aniversario del Tribunal, con la finalidad de que amplios sectores sociales y diversas regiones del país se beneficien de dichas actividades.

Dentro de ese amplio programa hemos organizado cinco jornadas: Puerto Plata, La Romana, Barahona, Santiago y Santo Domingo, dirigidas a la comunidad jurídica y estudiantil, con el objetivo de analizar temas de interés en el ámbito de la Justicia Constitucional, a través de conferencias y paneles en los que participarán magistrados y destacados juristas nacionales e internacionales.

El maestro Lucio Pegoraro en la obra “Derecho Constitucional Comparado” de autoría compartida con los maestros Diego López Garrido y Marcos Massó Garrote, página 158, nos dice que los modelos constitucionales pueden agruparse en tres:

1. **Constituciones con constitucionalismo;**
2. **Constituciones sin constitucionalismo;**



3. Constitucionalismo sin Constitución formal.

En mi opinión, antes de la creación del Tribunal Constitucional, la República Dominicana era un país con constitución sin constitucionalismo. Tras la creación del TC, estamosevolucionando hacia una Constitución con constitucionalismo, sustentado en la jurisprudencia constitucional que hemos segregado y en la riqueza de la pujante doctrina constitucional dominicana.

Para muchos autores, “el constitucionalismo moderno nace -en una época lejana- el 12 de junio de 1776, con la promulgación de la Declaración de Derechos de Virginia (estado de la Unión)”.

Para el profesor Horst Dippel, la especial trascendencia de este documento reside en diez principios fundamentales: “la soberanía del pueblo, los principios universales, los derechos del hombre, el gobierno representativo, la Constitución como ley suprema, la separación de poderes, el gobierno limitado, la independencia e imparcialidad del Poder Judicial y el derecho del pueblo a enmendar y revisar la Constitución.”

La vida dominicana sometida a través de la historia al embate de regímenes autoritarios, tiránicos, dictatoriales ha generado una cultura que no ha privilegiado la supremacía de la Constitución ni el imperio de la ley.

En la República Dominicana ha primado la Constitución semántica, la Constitución literaria, la Constitución pedazo de papel. A nuestro juicio, el pueblo dominicano y el Tribunal Constitucional constituyen el núcleo del desarrollo constitucional para vivir en Constitución. Aquí quiero recordar lo expresado por el juez Holmes en su obra “The Common Law”: “El derecho contiene la historia del desarrollo de la Nación a lo largo de muchos siglos y no puede ser tratado como si tan sólo contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas.” Para saber lo que es, debemos saber lo que ha sido, y en qué tiende a convertirse...

La Constitución Dominicana de 1844 reformada 39 veces, es la raíz de un Proyecto de Nación. Ese Proyecto de Nación se esboza en el



artículo 7 de la Constitución vigente que consagra el Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Siendo la Constitución un Proyecto de Nación, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado, necesita ser defendida, sobretodo del poder público, pero también de los poderes salvajes. ¿A quién le corresponde la defensa suprema de la Constitución? Al Tribunal Constitucional, quien además debe defender el orden constitucional y proteger los derechos fundamentales.

El procedimiento constitucional más relevante para la defensa de la Constitución es la acción directa de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.

Esta primera jornada abarcará ese tema desde una perspectiva plural, con la destacada participación de nuestro invitado internacional, el magistrado presidente de la Cámara de Apelaciones, de Paz Letrada en Argentina, Dr. Víctor Bazán, quien tendrá a su cargo la conferencia con el tema “Desafíos del Control del Control de Constitucionalidad” y la intervención de los panelistas dominicanos: los magistrados Claudio Aníbal Medrano y Bernabel Moricete, y el distinguido investigador, letrado de adscripción temporal del Tribunal Constitucional, licenciado Amaury Reyes.

Estoy seguro que la calidad de los ponentes y el entusiasmo y talento de los concurrentes garantiza el pleno éxito de este esfuerzo pedagógico y participativo del Tribunal Constitucional.

A cuatro días del aniversario de la ida al más allá de Hostos, invoco su espíritu y patriotismo constitucional que influyeron en el alma de los restauradores de la Independencia y en el Padre de la Patria, Juan Pablo Duarte.

¡Estamos recorriendo los caminos de la Patria anunciando la gran verdad!

Los dominicanos queremos: ¡Vivir en Constitución!

Les deseo el mayor de los éxitos y declaro abierta esta Jornada de Derecho y Justicia Constitucional.

ALGUNOS DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

DR. VÍCTOR BAZÁN
Juez y Presidente de la Cámara de Apelación de Paz, Argentina

I. Introducción

Examinaremos aquí algunos desafíos de la justicia constitucional y el control de constitucionalidad en América Latina, que ponen a prueba las posibilidades de robustecimiento de su faena defensiva de la Constitución, último reducto protectorio de derechos fundamentales en el ámbito interno y mecanismo relevante de sostén de la institucionalidad democrática, en su rol de armonización de los poderes estatales.

El foco estará puesto entonces en ciertos retos temáticos de tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia, en el escenario de desarrollo de sus labores jurisdiccionales en el *Estado Constitucional y Convencional* que caracteriza nuestra época.

El propósito de estas líneas es abordar, sucesivamente: *i)* la mayor demanda y exigencia cuantitativa y cualitativa de argumentación jurídica en los pronunciamientos judiciales; *ii)* la utilidad del empleo de sentencias “atípicas” o “intermedias”; *iii)* las posibilidades de sustentación del control respecto de las omisiones

inconstitucionales; *iv*) la conveniencia de implementar un sistema de control de constitucionalidad preventivo y obligatorio de los tratados internacionales o conservarlo indemne por vía jurisprudencial, en caso de que dicha tipología ya estuviera plasmada en el texto constitucional correspondiente; *v*) la utilidad de reforzar los mecanismos internos (también los de la dimensión interamericana) en aras de ensanchar los espacios de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA); y por último, *vi*) la búsqueda de una armónica interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales, para vigorizar la protección de los derechos fundamentales, que encuentra actualmente en el control de convencionalidad uno de sus puntos más relevantes.

Se trata solamente de algunos de los aspectos temáticos que el “catálogo” del siglo XXI demanda de la justicia constitucional y, por extensión, de la inspección de constitucionalidad en la región latinoamericana.

II. Ciertos retos temáticos que enfrenta la justicia constitucional de América Latina

Sin pretensiones de taxatividad, nos limitaremos a compartir algunas ideas acerca de institutos, instrumentos o herramientas que pueden resultar provechosos para maximizar cualitativamente el desarrollo de la eminente labor a cargo de la justicia constitucional en los ámbitos de la defensa y la realización de la Constitución, la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de su papel de moderadora de la institucionalidad democrática.

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



1. Mayor exigencia cuantitativa y cualitativa de argumentación en los pronunciamientos de la justicia constitucional

Según ATIENZA el *constitucionalismo* [neoconstitucionalismo(s), para algunos] supone *una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho*, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, lo que –a su criterio– “lleva también a que *el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento ‘insular’*: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política”¹ –énfasis nuestro–.

De acuerdo con un significativo párrafo de ALEXY, con el que abre el “Prefacio” a su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, donde alude a una resolución de la Sala Primera del *Bundesverfassungsgericht (BverfG)*, de 14 de febrero de 1973 (*BverfG*, 34, 269 [287]), las resoluciones de los jueces deben “basarse en argumentaciones racionales”².

A partir de tal premisa, el autor alemán sintetizó en buena medida el núcleo de la búsqueda que intentaría en el referido libro, en un pasaje que bien vale para graficar la *especial importancia de la argumentación jurídica*: “Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar solo a los teóricos del derecho o a los filósofos del derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. *De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no solo el carácter científico de*

1 ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 29-30.

2 ALEXY, Robert, “Prefacio”, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., 1ª reimpres., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, p. 19.



la jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales”³ –énfasis agregado–.

Por su parte, la vigorización de la justicia constitucional como instrumento de defensa y realización de la Constitución es un correlato de la visualización de esta como una *norma*, consecuentemente dotada de fuerza jurídica y poblada –entre otros componentes– de valores y principios. Dicho de otro modo, ha dejado de ser *percibida* (o de *pasar desapercibida*) como un mero plan, proyecto o programa políticos, para convertirse en realidad operativa directamente eficaz. Es suprema y ostenta fuerza normativa.

Ligada a tal cuestión aparece la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, estudiada pormenorizadamente –v. gr.– por Guastini, quien ha reconocido que para forjar dicha expresión se ha servido de alguna sugerencia de Favoreu. Aquel autor concibe a la mentada problemática como *un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual este resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que *un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (“pervasiva”, “invadente” en el texto italiano), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*⁴.

Es digna de reflexión la posición de Prieto Sanchís, en cuanto concluye que la *teoría de la argumentación jurídica* “reposa en una teoría de la interpretación que tanto puede calificarse de moderadamente escéptica como de moderadamente cognitivista”. Aquello, por cuanto parte de la relativa indeterminación del Derecho y asume que este deja espacios de decisión en los que se desarrolla la discrecio-

3 Ídem.

4 GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ de la UNAM), Madrid, 2003, p. 49.



nalidad judicial, es decir, parte de la tesis de que la interpretación no es un mero *descubrimiento* del significado de un texto normativo, significado que precedería a la actividad interpretativa. Es cognitivista por cuanto confía en que una teoría de la argumentación puede proporcionar al sistema normativo un grado de determinación que este por sí mismo no posee; esto es, quiere ver en la interpretación no una desnuda decisión o acto de voluntad, sino una fuente generadora de racionalidad⁵. En esa línea, el autor citado entiende que *basta con que la teoría de la argumentación pueda ayudar a conseguir una mayor racionalidad en un mundo como el del Derecho, dominado por la voluntad y el decisionismo*⁶.

Los jueces y magistrados deben exponer, de la manera más clara posible, el modo en que argumentan para llegar a su decisión. Ello *aumenta la persuasión, contribuye a la transparencia y fortalece el debate democrático*⁷. *Mutatis mutandis*, desde esta perspectiva, semejante *debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad*. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que generará como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público afectando las decisiones que se tomen de manera colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en *precondición del sistema democrático*⁸.

5 PRIETO SANCHÍS, Luis, “La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 70-71.

6 *Ibid.*, p. 71.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia argentina, *Fallos*, 336:1774, de 29 de octubre de 2013. En el consid. 16 de lo que en definitiva fue el voto *mayoritario* en la causa “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Acción meramente declarativa”, los ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco afirmaron que harían referencia al esquema que seguiría la decisión judicial a pesar de las complejidades técnicas y argumentativas del caso que resolvían.

El voto que encabezó el acuerdo fue firmado por los citados ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco. Por sus respectivos votos concurrentes sufragaron los jueces Petracchi y Zaffaroni; en disidencias parciales individuales lo hicieron los ministros Maqueda y Argibay; y en disidencia se expidió el juez Fayt.

8 Consid. 22 de la mayoría en el fallo individualizado en la nota anterior.



Para Fiss, en la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. – fuente del art. 32 de la Constitución Nacional argentina– “la discusión libre y abierta de los asuntos públicos es una precondition esencial para ejercer el poder de autogobierno de una manera inteligente y reflexiva; la libertad de expresión y de prensa, pues, son protegidas por esta razón. Bajo esta teoría, la Primera Enmienda *protege el derecho de los individuos de participar en el debate público –de expresar sus puntos de vista libremente– con el fin de mantener y fortalecer el poder de autodeterminación colectiva ...*”⁹ –cursivas nuestras–.

La búsqueda de la transparencia argumental es medular, puesto que buena parte de la legitimidad de los jueces y magistrados reposa en la racionalidad de sus decisiones.

De su lado, la intervención de *amicus curiae* en procesos complejos o dilemáticos¹⁰, la celebración de audiencias públicas en casos institucional y constitucionalmente sensibles que exceden largamente el mero interés de las partes¹¹, las sentencias estructurales¹², los litigios estratégicos en materia de derechos fundamentales, etc., son espacios interesantes que permiten a la ciudadanía tomar parte del debate público. Naturalmente, no es esta la ocasión para profundizar en estos mecanismos o herramientas participativas, pero entendemos que vale la pena al menos dejarlos enunciados.

Por su parte, es hoy innegable el alto grado de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, la magnitud de los

9 Fiss, Owen M., *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 27 y ss.

10 Ver, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Derecho del Estado*, N° 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, Bogotá, pp. 3-34.

11 Cftar, además de otros artículos de BAZÁN, Víctor, “Justicia y transparencia: panorama y cuestiones conflictivas en el orden federal”, en AA.VV., *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano*, XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, ConTexto, Chaco (Argentina), 2017, pp. 19-63, en esp. 52-57.

12 Sobre el particular, puede verse OSUNA, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en BAZÁN, Víctor (ed. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pp. 91-116.



instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho interno y el valor que receptan los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a cuyos repertorios de precedentes y jurisprudencia deben adecuarse –en lo pertinente– las respuestas jurisdiccionales deparadas en el ámbito judicial interno.

Los tribunales constitucionales, las salas constitucionales de las cortes de justicia y por supuesto las propias cortes supremas de justicia, están obligadas a fundar sus fallos de acuerdo con los parámetros antes individualizados, teniendo en cuenta en sus argumentaciones las normas, valores y principios constitucionales y por supuesto, en el marco del necesario control de convencionalidad¹³, lo dispuesto por la CADH y los restantes instrumentos que hacen parte del *corpus iuris interamericano*, además de la interpretación que respecto de los mismos haya realizado la Corte IDH, tanto en sede contenciosa como en la esfera consultiva. También, por supuesto, deberán tener en consideración las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales, por ejemplo, el sistema de Comités de Naciones Unidas.

Por razones de transparencia argumental e imperatividad jurídica, estos insumos analíticos no pueden estar ausentes en los pronunciamientos de los máximos tribunales de justicia de los pertinentes espacios jurídicos latinoamericanos, ya que al tiempo de legitimar a dichos cuerpos jurisdiccionales, también fortalecen el debate democrático y solidifican la protección de los derechos humanos.

Es que, precisamente, la garantía de los derechos básicos legitima y justifica al Estado Constitucional y Convencional actual, como al sistema tuitivo regional, este encarnado sustancialmente por la Comisión y la Corte Interamericanas.

13 Sobre el tema, ver entre otros trabajos de Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, CEPC, Madrid, 2015, pp. 25-70.



Vale subrayar que el principio *pro persona* activa la necesidad de efectivizar la *protección integral del ser humano*, alimentada por la premisa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos esenciales forman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico: la preservación de la *dignidad humana*, que es un valor fundante.

2. Recorrido por las denominadas sentencias “atípicas” o “intermedias”

A) Insuficiencia del modelo ‘kelseniano’

Muy útil en otro momento histórico, el esquema que Kelsen inicialmente diseñara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al Tribunal Constitucional como un “legislador negativo” cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de Derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se ha visto desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional¹⁴ y Convencional.

Se constata, así, que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad se revela exigua para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que ante aquellos se presentan, lo que ha propiciado el advenimiento de posiciones jurisdiccionales activistas para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir¹⁵.

14 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, CEPC, Madrid, 2002, pp. 1844-1845.

15 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.



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, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia argentina y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), fue concretándose la construcción jurisprudencial de “sentencias atípicas o intermedias” que reconocen una génesis primordialmente práctica, como válvula de escape al rígido molde que primigeniamente pensara Kelsen para los tribunales constitucionales.

Es preciso reconocer, no obstante, que no en todas las latitudes de Latinoamérica han sido recibidas estas modalidades sentenciales, observándose en algunas de aquellas solo muestras esporádicas que lejos están de dar cuerpo a una doctrina sistemática y uniforme del respectivo órgano de cierre de la justicia constitucional de que se trate.

B) Acercamiento taxonómico

Acerca de 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.

Sin embargo y cuando menos, existe algún consenso en torno a que la problemática de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* en la terminología alemana) 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»¹⁶.

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 interpretación¹⁷.

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 *i) 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; *ii) 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 *iii) las “aditivas”*, asociadas a la *inconstitucionalidad por omisión relativa* (problemática que abordaremos más adelante), consisten en una interpretación

16 GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tº I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, 2003, p. 355.

17 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 (CEC), Madrid, 1997, p. 484.



extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*¹⁸.

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*¹⁹.

Las primeras remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada anticonstitucional, o sea, el tribunal, corte o sala constitucionales actuarían como legisladores positivos, 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 órgano de cúpula de la justicia constitucional, el poder legislativo y/o la magistratura ordinaria (incluso podrían denominarse *multilaterales* si involucran a otro u otros órganos públicos además del congreso o parlamento). Entre aquellas se pueden 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”²⁰.

Faceta funcional importante de la cuestión que tratamos, es la de la modulación de los efectos de los pronunciamientos por los órganos de justicia constitucional. *Mutatis mutandis*, y en referencia al contexto español (pero –creemos– con valencia exógena), se ha afirmado que,

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

19 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.

20 Ver DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 61, Año 21, enero/abril 2001, CEPC, Madrid, pp. 85-86.



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 declaración de inconstitucionalidad, cuando esta 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 temporales²¹.

En torno a semejante actividad jurisdiccional moduladora, pueden contabilizarse 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 vs. Walker”, de 1965²², “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*’”²³.

21 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.

22 381 U.S. 618 (1965).

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpres., Civitas, Madrid, 1991, p. 181, nota 124.



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 ella conducirse con prudencia y mostrarse consciente de sus límites, previsor de las consecuencias de sus pronunciamientos y respetuosa del reparto de competencias y funciones que a los distintos órganos del Estado se les asigna para operar en la respectiva dinámica institucional.

Desde otro perfil, el importante y polifacético asunto que tratamos nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación: las posibilidades de sustentación del control sobre las omisiones inconstitucionales (e inconvencionales) en el Estado Constitucional (y Convencional).

3. Control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales²⁴

A) Consideraciones previas

Se ha sostenido que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificando que la infracción a lo dispuesto en la misma es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de esta serán constitucionales solo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infrin-

24 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.



gida lícitamente *no es una norma*. Añadiéndose 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 suprema²⁵ (énfasis del original).

Impregnado de ese espíritu, que enraíza en el Estado Constitucional (y Convencional), se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley Fundamental, en orden a amparar la primacía y el vigor normativo de esta.

En una interesante aportación, se ha sostenido que la fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío, y la normatividad constitucional “presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la Política y el Derecho –política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político– *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*”²⁶ –remarcado añadido–.

Tal como se enfatizara hace ya mucho tiempo con relación a las normas que el legislador ordinario debía dictar para otorgar plena ejecución a la Constitución, cuando este se inhibe de estatuir, por ese camino viola gravemente la Constitución²⁷.

Dicho de otra manera, la Constitución puede ser vulnerada no solo por *acción* sino también por *omisión*. Concretamente en este último caso, cuando no se actúa pese a la expresa previsión constitucional diri-

25 DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17-18.

26 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, N° 22, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2010, p. 40.

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



gida 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 condiciones o circunstancias, acuerda a otros (tema sobre el que volveremos).

Activar la fiscalización sobre la indolencia inconstitucional busca entre otros propósitos recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la inacción 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 dado²⁸.

Aunque reiterativo, es conveniente recordar que el Estado Contemporáneo es Estado Constitucional y Convencional, en cuyo marco, la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico²⁹ (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a ella en los sistemas jurídicos que así lo hayan determinado³⁰) y ostenta

28 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, M^cGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

29 Ver sobre el punto, BAZÁN, Víctor, “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2007, Bogotá, pp. 121-144.

30 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 originaria*: 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido a la *Ley Fundamental ex post*, con *alcurnia constitucional derivada*, los siguientes: 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; 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 septiembre de 2003, y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, a la que se ha otorgado semejante magnitud por la Ley Nac. N° 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

Sobre la cuestión en Argentina, véase de BAZÁN, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina



fuerza 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*.

B) Variantes tipológicas

Inserto en aquella lógica, y adscripto al Estado Constitucional, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad aplicable a las omisiones lesivas de la Carta Básica, desde que la vigencia sociológica de esta es presupuesto de intangibilidad de los mencionados caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

Sobre el particular, vale evocar a Wessel³¹ cuando de enfrentar el tema de 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 total 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 (aunque puede involucrar otros principios o valores

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 del mismo autor, por ejemplo, “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.

31 WESSEL, Franz, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.



como el *debido proceso*) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.

Profundizando esa línea argumental, con un punto de contacto con la problemática que estudiamos, 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, resultaría idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional. La doctrina alemana ha destacado la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en *mejorar o corregir* tales normas. La preterición no se centraría ya en la ausencia total o parcial de la norma, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento de la existente, como propone Gomes Canotilho³².

C) *El campo de acción de la magistratura constitucional*

Desde luego, siempre es conveniente cuando menos delimitar el perímetro y la superficie con que cuenta la magistratura jurisdiccional para examinar el cuadro situacional que le permita descubrir la presencia de pretericiones inconstitucionales y producir los remedios para superarlas. Semejante tarea demanda dosis importantes de sensatez y rigor para sortear el riesgo de deslizarse hacia una *banalización* de las declaraciones de inconstitucionalidad al compás de la imprudencia o el apresuramiento.

En el marco de esta lógica reflexiva con que debe conducirse el magistrado constitucional para descifrar si concurren o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión, no debería pres-

32 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Almedina, Coimbra, 1993, p. 1091.

cindir de un balance pormenorizado 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.

Ese ejercicio jurisdiccional obviamente implica tomar siempre en consideración la obligación de generar una solución equilibrada, que ni conduzca a una temeraria invasión de sectores de atribuciones propios de otros poderes estatales ni obstruya la actuación judicial si el órgano competente anula arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional, al preterir *sine die* el cumplimiento de los mandatos constitucionales o, ya en faena de desarrollo constitucional, excluye, infundada y discriminatoriamente a algunos de lo que adjudica a otros en igualdad o equivalencia de circunstancias, violando la plataforma isonómica u otros valores y principios constitucionales.

D) Sumario recorrido por el derecho comparado

Para ilustrar esta aproximación al tema, emprenderemos una visita panorámica por el derecho comparado para poner de resalto que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión ha sido institucionalizada o generada por³³:

33 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 de la UNAM, México, 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*, Tº I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, pp. 475-506.



- a) las *Constituciones Nacionales*, por ejemplo en Portugal y Hungría, en dominios europeos; en Brasil, Venezuela y Ecuador³⁴, ya en Latinoamérica; o en Angola y Timor, en latitudes africana y asiática, respectivamente;
- b) 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 legislativo³⁵. Más recientemente, el 13 de junio de 2011,

34 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 “*declarar 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).

Es preciso hacer notar que el desborde normativo que algunos autores percibieron en tal cláusula constitucional en punto a que la Corte Constitucional vendría a actuar directamente como un *legislador suplente*, ha quedado sentido morigerado, esencialmente respecto de las omisiones normativas absolutas, por la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), cuyo art. 129.1, dispone: “En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia” –bastardillas agregadas–.

35 Sobre el último aserto vertido en el texto (control mediato del poder legislativo), se ha expresado: “El 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 la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso,...” –cursivas añadidas– (“Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, “XIV Conferencia de Tribunales



- en República Dominicana se promulgó la Ley Orgánica N° 137/11 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCP), que en el art. 47, párr. II, prefigura la posibilidad del dictado de sentencias interpretativas aditivas para conjurar las *omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto*;
- c) las *Constituciones locales* en países con estructura federal, como Brasil, México y Argentina; y
 - d) el *despliegue jurisprudencial* de los Tribunales Constitucionales de *Alemania* y *España* y la Corte Constitucional de *Italia*, en Europa; y de la Corte Constitucional de *Colombia* (por ejemplo, Sentencias N°s. 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), el Tribunal Constitucional del *Perú* (Exptes. N°s. 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.”, y 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva –AIDSESP–), el hoy extinto Tribunal Constitucional de *Bolivia* (en la Declaración Constitucional N° 06/2000 y las Sentencias Constitucionales 0009/2004 y 0018/2004), la Corte de Constitucionalidad de *Guatemala* (Expte. N° 266-2012, de 14 de febrero de 2013), las Supremas Cortes de Justicia de *República Dominicana* (*in re* “Productos Avon S.A.”, de 24 de febrero de 1999); la Corte Suprema de Justicia de *Argentina* (v. gr., en los casos “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios” I³⁶, de 8 de agosto de 2006, y II³⁷, de 26 de noviembre de 2007, y “Halabi,

Constitucionales Europeos”, Vilna, Lituania, mayo de 2008; www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc).

36 C.S.J.N., *Fallos*, 329:3089. El decisorio lleva la firma de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

37 C.S.J.N., *Fallos*, 330:4866. Votaron de manera coincidente los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986³⁸, de 24 de febrero de 2009; por enumerar algunos decisorios); y, en tiempos más recientes y siempre en tierras latinoamericanas (con algún antecedente en 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 relevantes: 9, 10 y 11 de 2006³⁹), la Suprema Corte de Justicia de México cuya Primera Sala concedió el amparo a favor de ‘Artículo 19’ surgente de la omisión legislativa en la que incurrió el Congreso de la Unión desde el 30 de abril de 2014 para regular el gasto público en comunicación social. Al respecto, y como se sostuviera, “la omisión legislativa implicaba reformular de manera absoluta los alcances del juicio de amparo. Sin embargo, la Primera Sala estuvo a la altura de las circunstancias. No cedió ante un formalismo paralizante que hubiera esgrimido el principio de relatividad de las sentencias de amparo (fórmula Otero) para evitar el estudio de fondo. Al contrario, bajo una interpretación progresiva y *pro persona*, que dotó de efectividad al juicio de amparo frente a cualquier violación a derechos humanos, encontró la solución jurídica a un problema político: la falta de voluntad del legislador para legislar⁴⁰. La citada Sala, por mayoría de cuatro votos, falló a favor de ‘Artículo 19’⁴¹ el

38 C.S.J.N., *Fallos*, 332:111. La mayoría estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

39 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*, 9ª Época, Pleno, T. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527, respectivamente.

40 Ver, respecto del caso mexicano, MALDONADO, Leopoldo y ROJAS PRUNEDA, Alejandro, “Amparo por omisión legislativa: algunas reflexiones para el futuro”, en *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, 23 de noviembre de 2017; disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7073>.

41 Para evitar confusiones, debe aclararse que ‘Article 19 México y Centroamérica’ es una organización independiente y apartidista que promueve y defiende el avance progresivo de los derechos de libertad de expresión y acceso a la información pública de todas las personas, de acuerdo con los más altos estándares internacionales de derechos humanos, contribuyendo al fortalecimiento de la democracia.

aludido juicio de amparo por la omisión legislativa en emanar la legislación secundaria del art. 134 de la Constitución Federal, para lo cual estableció que el Congreso de la Unión debía elaborar tal legislación en materia de publicidad gubernamental antes del 30 de abril de 2018.

E) Epílogo

Para comenzar a cerrar este señalamiento acudimos 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 de 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 Estado⁴².

La reflexión precedente nos autoriza a 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, tribunal constitucional-parlamento* o, en otras palabras, de la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación⁴³.

Vale recordar que ‘Article 19’ se creó en Londres, Reino Unido, en 1987, y toma su nombre del art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

La información ha sido extraída de: <https://articulo19.org/sobre-a19/>.

42 CARRILLO, Marc, “La jurisdicción constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, T° II, UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1472.

43 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 rela-



Las relaciones tensionales entre la justicia 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 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 jurisdicción constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Carta Magna, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y la libertad de configuración política que este ostenta⁴⁴.

En esta dinámica interactiva es relevante que la magistratura constitucional actúe impulsada por un *activismo prudente*, como que el congreso o el parlamento asuman la cardinal trascendencia de su misión institucional y se conduzcan de acuerdo con las exigencias que les impone el Estado Constitucional y Convencional.

La temática es conflictiva, ya que implica ingresar a espacios *incómodos* del control de constitucionalidad, se conecta con asuntos complejos como los de *la eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos sensibles al procurar enmendar inercias fundamentalmente (aunque no de modo exclusivo) del legislador, que puede considerarse *invadido* en espacios que juzga propios, o bien, *limitado antidemocráticamente*.

ción entre jurisdicción y legislación” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 152).

44 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 AA.VV., *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.



4. Fiscalización constitucional de los tratados internacionales⁴⁵

A) Inspección constitucional previa y obligatoria

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, honorabilidad 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.

El tópico no tiene precisamente una importancia menor o secundaria. Si bien el tema es complejo, entendemos que una vez que el documento internacional 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.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (CVDT), de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980, es un instrumento de importancia capital e insoslayable. Contiene principios fundamentales en materia de tratados internacionales (las cursivas que se introducirán en las líneas siguientes nos corresponden):

45 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, 2003, *passim*.



- art. 26, *pacta sunt servanda* y *bona fide*, lo que se traduce en que “todo tratado en vigor *obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”;
- art. 31.1, en cuanto a que “un tratado deberá *interpretarse de buena fe* conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*”; y
- art. 27, que estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, norma que se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46, *ibid.*⁴⁶, en cuanto a que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (inc. 1); aclarándose en el inc. 2 que “una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”⁴⁷.

46 Esta solución normativa, que según se ha aseverado supuso la aprobación de dos artículos de la CVDT cuando debió ser una norma única, ha sido criticada porque no solo que ambos tratan sobre un mismo tema sino que el art. 27 plantea un problema cuya solución está en el art. 46 (DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 196).

47 Esta última premisa ya contaba con gran predicamento de la doctrina y la jurisprudencia. Nótese que por ejemplo Verdross señalaba: “*Ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su derecho interno*” –cursivas nuestras– (VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed. alemana en colaboración con Karl Zemanek, trad. por Antonio Truyol y Serra, Biblioteca Jurídica Aguilar, edición española, 5ª ed., 4ª reimpres., Madrid, 1974, p. 66). El aludido autor cita, por ejemplo, al Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en el ‘Asunto de las Zonas Francas’, A/B, 46 (1932), 167: “France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations”; y en el ‘Asunto de los Súbditos polacos en Danzig’, A/B, 44 (1932), 24: “A State cannot adduce as against another State its own constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law” (*ibid*, nota 12 a pie de página).

Verdross sostuvo que lo afirmado “*vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al derecho internacional*” –las cursivas no son del original–, apoyándose en sentencias arbitrales en los asuntos

B) Señalamiento ius comparado

En Latinoamérica no existe uniformidad en materia de control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Las variantes son numerosas.

a) En el ordenamiento argentino: *i)* no se encuentra formalmente positivado el *control preventivo* de constitucionalidad de los tratados internacionales; *ii)* a nuestro criterio, no es procedente la fiscalización constitucional *posterior o sucesiva* de los instrumentos internacionales válidamente receptados por el derecho interno, por cuanto aquélla colisionaría con acendradas pautas internacionales de la CVDT, pudiendo desembocar en la responsabilidad internacional estatal; *iii)* si el Estado así lo decide, se encuentra a su alcance la posibilidad de acudir a las rutas existentes en el campo internacional, por caso, *denunciar el tratado o retirarse de él*; y, entre otras cuestiones, *iv)* no es viable efectuar contralor constitucional de instrumentos internacionales que ostenten *jerarquía constitucional originaria o derivada*, según corresponda.

b) Algunos Estados, como Perú y México, sí optan acentuadamente por una tipología fiscalizatoria *represiva, posterior, correctiva*.

c) Otros, tienen solamente *control previo o preventivo*. Así acaece en Colombia y Bolivia que adoptan esa modalidad siendo la fiscalización *obligatoria o mandatoria*.

A su tiempo, Ecuador luce el siguiente esquema: fiscalización *previa y obligatoria* cuando el tratado en cuestión requiera aprobación legislativa; mientras que el que no la exija se somete a control *represivo o a posteriori*, con el solo fin de obligar a su denuncia en el supuesto de ser inconstitucional.

Por su parte, República Dominicana consagra también la tipología *previa y obligatoria*. Si el Tribunal Constitucional reputa constitucional

‘Montijo’, de 26 de julio de 1875 (Moore: *Arb.*, 1440) y ‘G. Pinson’, de 19 de octubre de 1928, R.S.A., V (1952), 393 (*ibid.*, nota 11 a pie de página).



al tratado, ello impide que posteriormente el mismo sea cuestionado por inconstitucionalidad ante ese Máximo Tribunal o cualquier juez u otro órgano jurisdiccional *por los motivos que aquél valoró*. En consecuencia, al parecer, podría realizarse control *posterior* de constitucionalidad del tratado en cuestión *por otras razones no ponderadas o examinadas por el citado Alto Tribunal*. Cabe recordar que la Ley N° 145-11 modifica el considerando decimotercero y los arts. 12, 13, 50 y 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, N° 137-11 de 13 de junio de 2011 (G.O. N° 10.625 de 11 de julio de 2011). Por medio del art. 1 de la ley nombrada en primer término, se modificó el considerando decimotercero quedando redactado del siguiente modo: “Que dentro de los procedimientos constitucionales a ser regulados se encuentra el *control preventivo de los tratados internacionales*” –énfasis agregado–.

Ciertos Estados, como Venezuela, consagran una modalidad *previa y facultativa o potestativa*. Por su parte, en Chile el control presenta dos tipos de examen *preventivo*, ya que este puede ser *obligatorio o facultativo*.

Por su parte, Costa Rica brinda una vertiente de contralor *previo o preventivo* a través de la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad, existiendo paralelamente un control *posterior o represivo* por medio de la acción de inconstitucionalidad. Ese esquema es similar en Guatemala, donde la fiscalización constitucional de los tratados es *previa y facultativa*, al tiempo que también existe una senda de control constitucional *posterior o represiva* a través de la acción de inconstitucionalidad.

d) En suma, y como puede apreciarse, el menú de opciones está lejos de ser lineal. Más bien, se presenta multiforme aunque con ciertos rasgos comunes.

C) Uno de los retos que recae sobre la jurisdicción constitucional en el presente tópico

Nos pronunciamos a favor del control *preventivo, previo o a priori* de constitucionalidad de los tratados internacionales, por su-



puesto, en los países que admiten constitucionalmente esa tipología fiscalizatoria.

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 normativos *ad intra* e intensificar, así, la búsqueda de la preservación de la supremacía constitucional, coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes normativas, y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes, en su caso, a aprobarlo con reservas, a desistir de su aprobación o, en última instancia, a reformar la Constitución.

Inter alia, uno de los puntos clave que interpela a la justicia 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 *forzadas o heterodoxas* para canalizar el control *a posteriori*. Evidentemente, esto último podría hacer caer al Estado en responsabilidad internacional.

5. Acerca de la protección y realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

A) Consideraciones previas

Entre los derechos civiles y políticos y los DESCAs 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*⁴⁸.

Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas, solo 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, culturales y ambientales. No es un secreto que los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace a la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁹ en la dimensión fáctica.

Al menos, podríamos convenir en que tal estereotipada fórmula no puede ser aceptada a-criticamente, sino que, como alternativa de “mínima”, debe ser repensada, verificando si en definitiva es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria⁵⁰.

Prestigiosa visión autoral formula serias objeciones a la tesis de la escisión generacional de los derechos. En efecto, y solo por citar algunos ejemplos, Cançado Trindade alude a la “fantasía de las generaciones de derechos”⁵¹; 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

48 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio/diciembre de 2003, IIJ de la UNAM, México, p. 131.

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

50 RABOSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y Ensayos*, N°s. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 41 y ss.

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



o una distinción esencial⁵²; por su parte, y entre otros cuestionamientos, Pinto enfatiza que la elección de la variable en que se sustenta dicha tesis es “caprichosa”⁵³ 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 derechos⁵⁴.

Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que –como anticipábamos– la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional⁵⁵.

B) Desterrar prejuicios

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de tales supuestas disimilitudes orgánicas (que negamos) y otros preconcep- tos en torno a los derechos sociales (todos aquellos con una pátina de anacronismo), mencionaremos las siguientes tres a simple modo de muestra⁵⁶, advirtiendo que en cada uno de los primeros enunciados hacemos referencia a los derechos civiles y políticos y en los segundos a

52 RABOSI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 49-50.

53 PINTO, Mónica, *op. cit.*, p. 56.

54 *Ibid.*, p. 57.

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

56 Por supuesto, hay muchos más prejuicios, objeciones y minimizaciones respecto de los derechos sociales. Por ejemplo, Rossetti identifica los siguientes “doce mitos” en torno a estos derechos, explicando por qué resultan incorrectos: *i*) No son derechos humanos (o no son “verdaderos” derechos humanos); *ii*) son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); *iii*) son “solamente” derechos de prestación; *iv*) son mucho más costosos que aquellos; *v*) no son universales; *vi*) son programáticos; *vii*) no pueden ser asegurados por la legislación; *viii*) no son exigibles; *ix*) comportan “mandatos” para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; *x*) en ellos la “conducta debida” no es claramente determinable; *xi*) son incompatibles con el libre mercado; y *xii*) no deben ser constitucionalizados (ROSSETTI, Andrés, “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 112 y ss.).



los DESC: **i)** derechos perfectos vs. derechos imperfectos; **ii)** derechos que solo demandan del Estado una conducta de abstención vs. derechos que reclaman acciones positivas; y **iii)** derechos que no requieren erogaciones del Estado vs. derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las categorizaciones diferenciales que se han empleado son muy numerosas y aquí nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas⁵⁷. Ninguna es consistente ni decisiva.

a) En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que los tornan insusceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe al menos una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión, para evitar que se diluya su núcleo elemental.

Desde luego, con ser importante la vía procesal para procurar la tutela de los DESC, ella no es la única opción tuitiva.

Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan derechos como los civiles y políticos, reconducibles ambos en última instancia a la dignidad humana que es solo una también.

b) Del mismo modo, carece de fundamento predicar que únicamente los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que éstos quedaran abastecidos, lo que lejos está de ser razonable y suficiente *vis-à-vis* las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional y los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.

57 Solo por citar algún autor que trata ciertos elementos diferenciales, y bajo el título de “Taking Economic Rights Seriously” (capítulo 6), Wellman se refiere a determinadas dificultades interrelacionadas en la teoría de los derechos económicos, aludiendo a: la de escasez de recursos (“scarce resources”), la de especificación de su contenido (“specifying content”), la de identificación de los segundos obligados (“identifying second parties”) y la de localización del título que confiere el derecho (“locating the title”) [WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 105 y ss.].



c) En punto a la tercera cuestión, ligada a la segunda, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los *derechos civiles*: la efectividad del *derecho a la vida*.

Como ha puesto en evidencia Ansuátegui Roig, la eficacia protectoria de tal derecho no solo exige la ausencia de agresiones, sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”⁵⁸.

De su lado, por lo que toca a los *derechos sociales*, no todos ellos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Resumiendo, los tipos de derechos civiles y políticos, de una parte, y de DESCAs por la otra, no son respectivamente intercambiables por los de derechos de abstención y derechos de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja.

A esta altura de la indagación, cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos, por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio⁵⁹.

58 ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés (eds.), cit., p. 56.

59 Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, Alexy identifica tres grupos: *i*) derechos a protección; *ii*) derechos a organización y procedimiento; y *iii*) derechos a prestaciones en sentido estricto (ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 430 y ss.). Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (*ibid.*, pp. 482 y ss.).



Según Sunstein y Holmes, “[e]l costo de los derechos no solo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”⁶⁰.

En síntesis, siguiendo a Hierro, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*⁶¹. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado Constitucional, también lo son.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan –en mayor o menor medida y tenor de exigencia– todos los derechos, con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales, culturales y ambientales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, y para cerrar este breve apartado, traemos a colación a Comanducci, quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, “la democracia, más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia”⁶² –cursivas del original–.

60 HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011, p. 246.

61 HIERRO, Liborio L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

62 COMANDUCCI, Paolo, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, p. 40.



C) La justiciabilidad de los DESC

La canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que éstos sean derechos genuinos y por tanto cuenten con materialidad jurídica, y no que sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Al menos, corresponde reconocer que los derechos sociales *ofrecen alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto este que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁶³.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Inter-*

63 Nos referimos a lo sostenido en el párr. 10 *in fine* de tal O.G. (sobre *justiciabilidad*).



nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquél⁶⁴, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC(A) en el ámbito universal, debe resaltarse que el 10 de diciembre de 2008 se aprobó por unanimidad el Protocolo Facultativo al PIDESC mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU, firmado por 35 Estados y que entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Ha sido un importante paso adelante, ya que abrió las puertas para la presentación de *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC, otrora no autorizadas.

D) La “precondicionalidad” de ciertos derechos sociales

La relevancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica. De hecho, muchos de ellos son *prerrequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de papel”, tema al que regresaremos en el punto siguiente.

64 CRAVEN, Matthew, *The Internacional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

Se ha señalado que “los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información*”⁶⁵ –remarcado agregado–.

En su hora, Nino ha puntualizado que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”⁶⁶.

Coincidimos con Prieto Sanchís desde que refuta la supuesta consistencia de la *teoría de los “dos mundos”* con que en ocasiones se ha pretendido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, por una parte se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, por la otra, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir⁶⁷.

El autor español citado en el párrafo precedente añade que no es justamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y

65 FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006, p. 19.

66 NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

67 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2001, pp. 66-67.



flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social⁶⁸.

E) Los DESCAs no son “derechos de papel”

En torno a los “derechos de papel”, y más allá de las referencias a la posición de Ferrajoli⁶⁹ que formuláramos *supra* –y cuya visión compartimos–, exploraremos seguidamente otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que en ciertos aspectos discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más abarcativa posible.

En ese sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Sostiene, según nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”⁷⁰ –cursivas agregadas–.

Por su parte, Guastini alude a «‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’». Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: *i)* son susceptibles de tutela jurisdiccional; *ii)* pueden ser

68 *Ibid.*, p. 67.

69 FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, cit., pp. 15-31.

70 WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”.

Allí dice: “..., I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘*paper rights*’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” –énfasis añadido–.



ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y *iii*) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor sostiene que *los derechos sociales (como los derechos morales) son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador*, aunque este –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que *el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción*⁷¹ –énfasis añadidos–.

Por nuestra parte, tomamos distancia de estas y otras propuestas doctrinarias que califican a los DESCAs como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque por supuesto, entendemos las diferencias que en la materia existen entre algunos contextos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Complementariamente, y acerca de la posición del autor italiano citado en último término en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia, y siempre teniendo en cuenta las diferencias jurídicas contextuales, por nuestra parte pensamos que al menos en la dimensión latinoamericana el órgano de justicia constitucional competente *sí tiene a su alcance ciertas*

71 GUASTINI, Riccardo, “Derechos: una contribución analítica”, *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, trad. de Andrea Greppi, México, 2003, pp. 220-221 y 223-224.



*herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales*⁷².

Ello porque, de un lado, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. Dicho de otro modo, es susceptible de ser violada por acción o *por omisión*, de manera que quedan obturadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos medulares del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que solo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) sería fragmentario e insuficiente.

Por su parte, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su *objeto y fin*; la *especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales: *pacta sunt servanda*, *bona fide* e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ccds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷³); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*; y fundamentalmente en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades en cuanto a realizar *control de convencionalidad*⁷⁴ por mandato jurisdiccional de la Corte IDH; da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no

72 Ver al respecto, BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, ed. actualiz., Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017, *passim*.

73 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

74 Sobre el tema del control de convencionalidad ver, entre otros trabajos de Bazán, Víctor: “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, CEPC, Madrid, 2015, pp. 25-70.

solo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sino también en torno a *omisiones o inercias*⁷⁵ que impidan o mediaten la efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

Pese al riesgo de caer en repeticiones, es preciso enfatizar que no cabría por un lado predicar pomposamente la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de [todos] los derechos humanos*, y por el otro consentir que solo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *holística*, con independencia de que se trate de DCP o de DESCA.

F) Novedades en materia de protección de los DESCA

A propósito de los DESCA, y particularmente en referencia a los derechos ambientales, la Corte IDH ha emitido la Opinión Consultiva OC-23/17, de 5 de noviembre de 2017, solicitada por Colombia y titulada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”⁷⁶.

Entre otros puntos salientes, acentuamos algunas consideraciones interesantes de la Corte IDH sobre el particular y la importancia del citado pronunciamiento consultivo:

75 El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u *omisión* de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” –cursivas añadidas– (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

76 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, N° 23, “Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH)”; solicitada por Colombia.



- destacó “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”;
- *por primera vez la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano*, que en el ámbito interamericano se encuentra regulado, tanto por lo dispuesto en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, como en el art. 26 de la CADH, que *contiene los derechos económicos, sociales y culturales*, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que esta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el art. 29 de la misma;
- remarcó la *relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible*;
- reiteró la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello;
- *determinó las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente*. Enfatizó, *inter alia*, que los Estados están obligados a *respetar y garantizar* los derechos humanos de todas las personas y que esto puede incluir, según el caso en concreto y de manera excepcional, *situaciones que van más allá de sus límites territoriales*. Puntualizó también que los Estados tienen la *obligación de evitar los daños transfronterizos*; y
- además, estableció las *obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente*. En particular, determinó que los Estados

deben: *i) prevenir los daños ambientales significativos*, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos; *ii) actuar conforme al principio de precaución* frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aun en ausencia de certeza científica; *iii) cooperar* con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos; *iv) garantizar el acceso a la información* sobre posibles afectaciones al medio ambiente; *v) garantizar el derecho a la participación pública de las personas*, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y *vi) garantizar el acceso a la justicia*, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

Por lo demás, un importante avance de la Corte IDH en materia de DESCAs es su *justiciabilidad directa por vía del art. 26 de la CADH*, tema respecto del cual venimos bregando desde hace muchos años, ya que normalmente en sus sentencias en materia de derechos sociales el Tribunal Interamericano optaba por aplicar el argumento por conexidad y condenar al Estado en cuestión por violación al art. 5 de la CADH y no directamente por medio del art. 26, *ibid.*, que –en puridad– es el que corresponde activar y aplicar.

Fundamentalmente a partir del “Caso Lagos del Campo vs. Perú”⁷⁷ se abre una brecha que ya estaba contenida en votos razonados minoritarios de algunos magistrados que disentían de esa conexidad aplicativa y sostenían que debía aplicarse directamente el art. 26 de la CADH. Lo que en un momento fue minoritario, hoy ha pasado a ser mayoritario en la Corte IDH (en principio, actualmente solo dos

77 Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017, Serie C, N° 340.



de los siete jueces siguen mostrándose refractarios a dicha aplicación directa del aludido art. 26).

El caso en cuestión es singularmente importante al liberar el paso hacia la justiciabilidad directa y plena de los DESCAs, en distintos aspectos: *i*) con referencia a la violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en ámbitos laborales; *ii*) declarándose por vez primera la vulneración del art. 26 de la CADH en relación con el art. 1.1 por la vulneración de la estabilidad laboral del actor; y *iii*) al aplicar la protección del art. 16 en relación con el art. 26 de la CADH, por la vulneración del derecho de asociación en contextos laborales.

Al “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, en *materia laboral*, le siguieron otros, como:

- el “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”⁷⁸, sobre la *misma temática*;
- el “Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”⁷⁹, que también supone una contribución muy relevante para la construcción de la jurisprudencia interamericana en torno a los DESCAs, particularmente respecto de la protección de las personas en ámbitos laborales;
- el “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile”⁸⁰, de gran magnitud puesto que por primera vez se aborda el *derecho a la salud* como derecho autónomo y justiciable por medio del art. 26 de la CADH;
- el “Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”⁸¹, que refrenda la puntualización de la Corte IDH en cuanto a la consideración del

78 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2017, Serie C, N° 344.

79 Corte IDH, “Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de febrero de 2018, Serie C, N° 348.

80 Corte IDH, “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, Serie C, N° 349.

81 Corte IDH, “Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2018, Serie C, N° 359.

- derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable; y, más recientemente,*
- el “Caso Muelle Flores vs. Perú”⁸², de gran significación porque, por un lado, ratifica la competencia de la Corte IDH para examinar violaciones autónomas del art. 26 de la CADH y, paralelamente, afronta de modo directo el *derecho a la seguridad social*, como autónomo y justiciable precisamente por medio del multicitado art. 26 de la Convención, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes dado que la víctima es *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*.

En síntesis, la Corte IDH suma una aportación muy importante a la protección de derechos fundamentales por conducto del art. 26 de la CADH, lo que supone un relevante avance jurisprudencial, un reconocimiento de la justiciabilidad y efectividad de los DESCAs y una contribución tuitiva a derechos que antes quedaban mediatizados y hoy son directamente exigibles por vía jurisdiccional en el sistema interamericano, lo que no es sino un justo logro pues tales derechos son fundamentales, varios de ellos son precondiciones para el goce de derechos civiles y políticos y, en definitiva, enaltecen la dignidad de la persona, sobre todo de los individuos y grupos hiposuficientes y marginados.

G) Progresividad, prohibición de regresividad y otras cuestiones

a) Existe un nexo muy intenso entre los DESCAs, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho económico, social, cultural o ambiental no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que

82 Corte IDH, “Caso Muelle Flores vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019, Serie C, N° 375.



en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en tal escenario la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –solo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

b) Tema de gran relevancia e importante desafío para la protección y realización de los DESCAs y que los Estados de América Latina deben tomar en consideración, es el de tender puentes de diálogo entre aquellos derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional y Convencional, de un lado, y la racionalidad y prudencia al establecer pautas de estabilidad o sostenibilidad fiscal, como han implementado varios países latinoamericanos, por caso, Colombia con su marco de razonabilidad fiscal y la posibilidad de articular un incidente de impacto fiscal.

En ese sentido y por medio del Acto Legislativo 3, de 1 de julio de 2011⁸³, se modificó el art. 334, párr. 1º, de la Constitución Política (entre otras normas) estableciendo que el Estado “intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, *en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de*

83 *Diario Oficial*, N° 48.117, de la fecha indicada en el texto principal.

manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario” (remarcado agregado).

Hemos citado el caso colombiano a modo de muestra ejemplificativa. De todas maneras, anhelamos que en los Estados de la región que tomen medidas en el sentido expuesto, primen la prudencia y el sentido común para evitar que tales políticas se conviertan en severos obstáculos que impidan o mediaten la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. No es recomendable instaurar una visión pura y fríamente fiscal, financiera y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tenga la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESCAs con el riesgo latente de perjudicar aún más a las personas y grupos vulnerables.

c) En punto al alcance y el grado de operatividad de los DESCAs, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”⁸⁴.

La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.

Ese mandato de *desarrollo progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquellas serían

84 Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el párr. 3 del voto concurrente razonado del juez García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98.



revisables judicialmente, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas sustentables.

Otra vía fiscalizatoria del tenor de cumplimiento de los DESCAs se localiza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

d) Resulta imprescindible también que el Estado adecue sus políticas públicas a los compromisos adquiridos por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, es preciso tener en cuenta que las obligaciones asumidas extramuros en la esfera de los DESCAs *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que éstos pueden provocar en las comunidades más rezagadas e hiposuficientes⁸⁵.

En esa línea, un factor tuitivo sustancial es la *justicia social*, que apunta centralmente a la exigencia de generar condiciones de vida mediante las cuales a la persona humana le sea posible desarrollarse de manera *digna*, para mitigar la postergación y la desigualdad.

La justicia social se encumbra como uno de los pilares cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo mostrara en 1919 la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), varias veces modificada; y ya en la era del derecho internacional contemporáneo (post 1945) lo reafirman la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el PIDESC, la Carta de la OEA, la CADH, el Protocolo de San Salvador en materia de DESC, e *inter alia*, documentos de *soft law* como la Declaración Sociolaboral del Mercosur

85 Ver para ampliar BAZÁN, Víctor, “Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, Edición 2016, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 571-600.



o la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008), que precisamente apunta a fortalecer la dimensión social en la globalización para obtener mejores resultados y que éstos se repartan de manera más equitativa entre todos.

Pero la varias veces aludida justicia social es también la base jurídica y axiológica de principios, valores y derechos fundamentales, como subyace –v. gr.– en el texto de la Constitución argentina cuando en el apuntado art. 75, inc. 19, exhorta al Congreso a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Por supuesto, en el Estado de que se trate debe existir una genuina *voluntad política* de forjar un sistema estructurado y consistente de políticas públicas en materia social.

e) *Mutatis mutandis*, y para concluir con este punto, la Corte IDH⁸⁶ ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos⁸⁷; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*⁸⁸.

86 Sobre este y otros aspectos de la temática, ver BAZÁN, Víctor por ejemplo en: “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167; y “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en BAZÁN, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257-300.

87 Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

88 Ídem.

En línea convergente con las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las



6. La interacción de la justicia constitucional y la jurisdicción interamericana para fortalecer los derechos humanos e incentivar su desarrollo. El rol del control de convencionalidad

A) Prefacio

Debe subrayarse el significativo papel que los magistrados constitucionales están llamados a jugar en el Estado Constitucional y Convencional, principalmente en contextos cuyos paisajes jurídicos han sido impactados fuertemente por el derecho internacional de los derechos humanos, como –por citar solo un ejemplo– el argentino, al influjo de la reforma constitucional operada en 1994, sobre la que *supra* se anticiparan algunas consideraciones.

La delicada misión que la judicatura constitucional ostenta como último reducto para la defensa y la 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* (*inter alia*, 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, de acuerdo con la valencia que en la propia Constitución se les asigne *vis-à-vis* el derecho doméstico, como cánones para fiscalizar la adecuación a ellas de las leyes y normas infralegales.

particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional* –cursivas añadidas– (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81).



Omitir efectuarlo de esa manera podría significar –más allá de una censurable 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 la CADH genera tanto un deber de *respeto* a los derechos humanos como un deber de *garantía* de éstos, además de la obligación de *acomodamiento de la normativa interna* a los estándares internacionales (tema sobre el que volveremos).

B) En torno al control de convencionalidad⁸⁹

a) Marco analítico

Primeramente, deben enunciarse algunos factores jurídica y axiológicamente relevantes para contextualizar la temática del contralor convencional.

Es hoy innegable el alto grado de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, la magnitud de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho doméstico y el valor que receptan los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (fundamentalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas), a cuyos repertorios de precedentes y jurisprudencia *deben adecuarse las respuestas jurisdiccionales (al igual que las legislativas y administrativas) deparadas en los esquemas judiciales vernáculos.*

Para justificar el incumplimiento de las obligaciones emergentes de los instrumentos internacionales de los que los Estados sean Partes

89 Para compulsar diversos aspectos de la cuestión *vid.* BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15-44; y “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *La Ley. Actualidad*, Año LXXV, N° 22, Buenos Aires, 1 de febrero de 2011, pp. 1-4.



o de las sentencias de condena de la Corte IDH, no tienen mayor valor pretextos basados en el argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, más allá de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo (e incluso ya Bodino⁹⁰ admitía como límite al “derecho de gentes”), basta recordar a los Estados reticentes que es justamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido (según corresponda) a los instrumentos internacionales y reconocido la jurisdicción contenciosa de dicho Tribunal Interamericano.

Tal vez sea sobreabundante evocar al respecto que la doctrina de los propios actos o *estoppel* (paralelamente a los principios fundamentales que surgen de los arts. 26, 27 y 31.1 de la CVDT), se encargaría de descartar un intento argumentativo de tal tenor.

En síntesis, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH desborda el marco meramente especulativo, y se conecta con asuntos concretos y demandas pragmáticas que pone sobre la mesa el Estado Constitucional y Convencional en el marco de la garantía de cobertura tutelar integral de la persona humana, una de sus bases axiológicas legitimantes.

90 El aludido teórico francés admitió explícitamente que el *poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes*; y nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose solo a sostener que constituye la *potestas* suprema, esto es, la instancia temporal superior con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Sobre el particular, Carpizo puntualiza que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República*, de Juan Bodino, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, el autor mexicano advierte que Bodino tuvo en claro que “el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (intergentes)” (CARPIZO, Jorge, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 28, julio-agosto de 1982, CEC, Madrid, pp. 196-198).

Por su parte, Flores Olea ha indicado que “la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al derecho de gentes*. Bodino distingue, nitidamente, entre *derecho y ley*, entre *principio y precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la ley, aunque *sí al derecho divino, natural y de gentes*” [cursivas del original] (FLORES OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, UNAM, México, 1969, pp. 64-65; aludido por CARPIZO, Jorge, cit. en párrafo anterior, p. 197 y nota 4 a pie de página).



b) La vertiente de la fiscalización convencional que importa enfocar aquí

La modalidad de inspección convencional que nos interesa investigar aquí es la que se desenvuelve en el *marco interno de los Estados*, que en definitiva es la que hoy aporta insumos novedosos y dignos de explorar.

Es que la vertiente de la fiscalización convencional que se desarrolla en el *contexto internacional*, es decir, la que lleva adelante la Corte IDH particularmente en ejercicio de su competencia contenciosa, viene realizándola desde el dictado de su primera sentencia de condena internacional contra un Estado –pese a no haberla designado específicamente como “control de convencionalidad”–, con lo cual poco se puede agregar al respecto.

Un interrogante retórico asociado a lo mencionado en el párrafo anterior lleva a plantearse: *¿Qué es sino control de convencionalidad determinar jurisdiccionalmente que un Estado violó la CADH, por acción u omisión, incurriendo en responsabilidad internacional?*

Tal vez haga falta recordar que la responsabilidad internacional puede provenir *por acción o por omisión*. Es decir, tanto por dictar normas contrarias a las cláusulas y los estándares interamericanos en materia de derechos humanos, como por abstenerse de emitir las medidas del tenor correspondiente para posibilitar el desarrollo, goce y realización de los derechos fundamentales pertinentes.

Por tanto, nuestra línea de enfoque se concentrará en el formato de contralor convencional que se desarrolla en *sede nacional* (que algunos denominan control *difuso*), a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y que consiste en la obligación de constatar el acomodamiento de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales que conforman el *corpus iuris* interamericano) y a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha venido labrando en el despliegue de su labor contenciosa (también en la consultiva).

Al menos en lo relativo a la faceta jurisdiccional, la dimensión interamericana tiene una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria*.



taria de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2°). En esa dirección, el requisito de agotamiento de los recursos internos ha sido diseñado para otorgar al Estado la posibilidad de subsanar o reparar internamente las posibles violaciones de derechos humanos ocurridas en su espacio geográfico, sin necesidad de verse expuesto a un proceso extramuros del que justamente puede derivar su responsabilidad internacional.

No es recomendable que la protección internacional *suplante* a la interna, sino que debe *complementarla* y bregar por su mayor efectividad.

La mecánica de funcionamiento implica una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de aquel cuerpo jurídico medular en materia de derechos humanos, respecto del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia *rationae materiae*.

Visto así, y al menos *a priori*, la inspección convencional es un mecanismo que, en la medida que sea razonablemente utilizado, puede coadyuvar a la aplicación ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Por cierto, su cabal cumplimiento requiere que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el reservorio jurisprudencial de la Corte IDH y que lo lleven a la práctica. La idea es superar el deficitario conocimiento de la dinámica del derecho internacional y del funcionamiento de sus fuentes que exhiben numerosas judicaturas en la región latinoamericana. Uno de los propósitos más significativos de la Corte IDH al generar la vertiente interna del control de convencionalidad radica en que el Tribunal Interamericano genera estándares interpretativos que luego deben ser replicados en el ámbito interno, fundamentalmente (pero no exclusivamente) por la magistratura judicial actuando como *jueces y magistrados interamericanos*.

A propósito de lo anterior, acertadamente se ha puntualizado que “queda fuera de toda duda que un presupuesto básico para el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la jurisdicción nacional consiste en *una mejor formación y perfeccionamiento jurídicos*, no solo de la judicatura, sino igualmente de quienes ejercen la abogacía u otra

profesión con impacto en el desarrollo del proceso judicial y tienen el importante cometido de ofrecer un *input* normativo y jurisprudencial pertinente (en este caso, de base internacional) para la resolución del caso, es decir, para la obtención de un *output* coherente y sólido”⁹¹.

c) *Fundamentos*

La matriz fundante del control de convencionalidad debe buscarse, enunciativa y no taxativamente, en los arts. 1, 2, 25 y 29 de la CADH y 26, 27 (y su conexión con el art. 46), 31.1 y ccds. de la CVDT. Además, y aunque tal vez redundante, cumple resaltar el papel decisivo que al efecto juega el principio *pro persona*.

Corresponde evocar que en la O.C.-14/94 la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las *obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁹² —énfasis agregado—.

Siguiendo las trazas de tal O.C.-14/94, es posible entresacar algunas pautas útiles para abonar lo mencionado en cuanto a la plataforma de apoyo del examen convencional, aun cuando —obviamente— no se haya referido de modo expreso a esa modalidad fiscalizatoria tal como luego fuera delineada paulatinamente por la doctrina jurisdiccional del Tribunal Interamericano. Allí, este sostuvo:

91 JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013, p. 145.

92 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-14/94, 9 de diciembre de 1994, Serie A, N° 14, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, CADH)”;



- los arts. 1 y 2 de la CADH establecen el compromiso de los Estados de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción (párr. 32);
- también, el de *adoptar*, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (id. párr.); y
- si se ha contraído la obligación de *adoptar* las medidas aludidas, con mayor razón lo ha sido la de *no adoptar* aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención (párr. 33); por lo que la *obligación de dictar las medidas* que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades (párr. 36).

Es igualmente útil traer a colación el criterio que la Corte IDH transfundiera a su O.C.-13/93, en la que sostuvo, refiriéndose a la CADH: “*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*”⁹³ –remarcado añadido–.

Subrayamos nuevamente que la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH implica que sus Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado

93 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-13/93, 16 de julio de 1993, Serie A, N° 13, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, CADH)”;



por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades.

En ese contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de “otro carácter”*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella *adecuación* implica la adopción de medidas en dos vertientes: “*i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”⁹⁴.

Por tanto, es innegable que la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un “*principe allant de soi*” (un principio evidente), en palabras que hace varias décadas profiriera la hoy desaparecida CPJI⁹⁵.

Debe añadirse que el Estado Parte de la CADH no solo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que estas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. En otras palabras, la eficacia de ellas se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad,

94 Cfr. Corte IDH, *inter alia*, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr. 122.

95 CPJI, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Serie B, N° 10, p. 20.



o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención⁹⁶. Semejante eficacia de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*⁹⁷.

De esa manera las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

La propia Corte IDH se ha encargado de poner en claro que quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local “debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”⁹⁸.

d) Objetivos

La inspección de convencionalidad se conecta con la fijación por parte de la Corte IDH de criterios hermenéuticos generales que deben ser respetados por los tribunales (y demás autoridades) internos para que sus normas y actos se adecuen a los compromisos internacionalmente contraídos por el Estado y *evitar que este incurra en responsabilidad internacional*.

96 Cfr. Corte IDH, entre otros, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, sentencia de reparaciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párr. 69.

97 *Ibid.*, párr. 70.

98 Ver Corte IDH, v. gr., “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180. También, lo que ya había sido puntualizado en “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.



Asimismo, elementales motivos de economía procesal, de activación del principio de humanidad y hasta de conservación de la sustentabilidad del propio esquema protectorio interamericano (que cuenta con escaso financiamiento para operar) así lo imponen.

Sobre el punto, en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, García Ramírez ha proclamado (apropiadamente a nuestro juicio) que dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operatividad de la Corte IDH, “no cabría esperar que esta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”⁹⁹.

Agregó que “[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida (...) merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”¹⁰⁰ –énfasis nuestro–.

e) Despliegue jurisprudencial

En el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”¹⁰¹, de 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos

99 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

100 Ídem.

101 Se trata del primer caso de la Corte IDH en el que formal y plenariamente el Tribunal se expidió respecto de la obligación de los jueces internos de realizar una “especie” de control de convencionalidad (año 2006). Sin embargo, cabe aclarar que ya desde 2003 el juez García Ramírez aludía a la citada expresión ‘control de convencionalidad’ en sus votos razonados.



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)¹⁰².

Dicho de otro modo, en tal fallo el Tribunal Interamericano fija a los poderes judiciares de los Estados (ordinarios y/o constitucionales, según corresponda) la misión de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos frente a la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado la Corte, que –como se sabe– es la intérprete última 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.

Aquel Tribunal ha avanzado más aún, estableciendo que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, puso de manifiesto que “... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidente-

102 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.



mente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”¹⁰³.

Entre otros fundamentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad –que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional– puede explicarse –utilizando *mutatis mutandis* las palabras de Jimena Quesada– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”¹⁰⁴.

Al panorama someramente descrito deben aún agregarse algunos ingredientes significativos.

En esa línea, en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. Así, precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respec-*

103 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit., párr. 128.

104 JIMENA QUESADA, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en CONFORTI, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 9; y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, cit., pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).

tivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –cursivas añadidas– (párr. 225)¹⁰⁵.

Más adelante, el 24 de febrero de 2011, la Corte IDH se pronunció en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, expandiendo fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad, para colocar a la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en tal ocasión que “... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial*”¹⁰⁶ –remarcado agregado–.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado en la obligación de realizar control de convencionalidad a “*cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial*” –destacado agregado–, lo que supone un mandato con un nivel de generalidad tal que muy probablemente genere ciertas dificultades operativas.

En un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los casos “López Mendoza vs. Venezuela”¹⁰⁷ y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”¹⁰⁸ que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

105 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

106 Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239.

107 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

108 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.



Por último, consideramos de utilidad evocar lo indicado por la Corte IDH en el “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y el “Caso Gelman vs. Uruguay”, específicamente en la Resolución de 20 de marzo de 2013, de Supervisión de cumplimiento de sentencia¹⁰⁹) en punto a la “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad” —énfasis agregado—.

C) Diálogo jurisdiccional

Para clausurar este ensayo (y dejar paso a las apreciaciones de cierre del trabajo), desde un plano general de análisis corresponde insistir en la exigencia que pesa sobre las autoridades internas competentes en punto a llevar adelante el control de convencionalidad, no obstante lo cual, estamos igualmente persuadidos de la conveniencia de que se desarrolle un *diálogo jurisprudencial* de los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano entre sí y de ellos con la Corte IDH.

En esa dinámica, si bien aquellos están obligados a receptor los postulados hermenéuticos sentados por el Tribunal Interamericano en

109 Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párr. 144; y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.



sus sentencias y opiniones consultivas: a su vez, este no puede mostrarse indiferente frente a los valores y principios constitucionales del Estado involucrado, además de ser conveniente que realice un análisis ponderativo de la situación jurídica, social, política e institucional imperante al momento de la violación de derechos humanos que se esgrima en cada caso concreto.

Debe ponerse empeño en instaurar o incrementar una mutua deferencia que permita una convivencia institucional sustentable, lo que coadyuvaría a la solidificación del modelo tuitivo de los derechos humanos en nuestra dimensión regional¹¹⁰.

En otras palabras, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de estas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”¹¹¹.

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*¹¹²) de ambas instancias en la línea de su re-orientación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

110 Remitimos a BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

111 GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, IJ de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 429.

112 Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo, *mutatis mutandis*, de lo explicado por DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.



III. Aportaciones finales

1. La lucha que se configura en la región latinoamericana por parte de los tribunales o cortes constitucionales, salas constitucionales emplazadas en el seno de cortes supremas de justicia e incluso en cortes supremas que en algún caso no se dividen en salas (como sucede en Argentina), por legitimarse social y democráticamente, pugnar por su independencia funcional y económica, superar las carencias presupuestarias, erigirse en eficaz instrumento de defensa y realización de la Constitución y garante final de los derechos humanos en los correspondientes ámbitos internos; son –en general– problemáticas comunes que recorren los respectivos espacios donde actúan los órganos de la magistratura constitucional pertinente en distintas latitudes del contexto jurídico regional¹¹³.

2. El Estado Contemporáneo es Estado Constitucional y Convencional. En orden a abastecer sus propósitos, es indispensable que la justicia constitucional sea valiente, fuerte, activa e independiente; pero paralelamente, también debe ser prudente, equilibrada, consciente de sus límites y respetuosa de la autoridad democrática del legislador.

3. La tensión democracia y constitucionalismo, que se traduce en fricciones entre el congreso, asamblea nacional o parlamento y el tribunal, corte o sala constitucionales o el poder judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos sistemas de contralor de constitucionalidad), deben recanalizarse en términos de diálogo y convivencia institucional reflexivos y no ser concebidos desde un prisma confrontativo o de lucha de poder. Ello, en el marco de una deseable dinámica armónica en la que, sin que la magistratura constitucional abdique de su insoslayable tarea de preservar la vigencia normativa su-

113 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.



prema de la Constitución, al mismo tiempo se muestre respetuosa de la división de poderes.

4. El neoconstitucionalismo o constitucionalismo del Estado Constitucional de Derecho impone una mayor demanda de justificación y de argumentación en el Derecho, tanto en el plano cuantitativo como en la dimensión cualitativa, lo que –entre numerosas implicancias– supone que el razonamiento jurídico no puede ser “insular”. Las sentencias de los jueces y magistrados deben apoyarse en argumentaciones jurídicas racionales y transparentes que incumben e involucran no solamente a las partes de un proceso o a los filósofos o teóricos del derecho a los fines especulativos o académicos, sino también a los abogados litigantes, a los demás operadores jurídicos y a la propia ciudadanía que participa de la cosa pública, por la capital importancia que para todo el ecosistema jurídico reviste la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales.

5. La intensificación de una mayor demanda cuantitativa y cualitativa de argumentación en los pronunciamientos jurisdiccionales; el adecuado y equilibrado empleo de sentencias “atípicas” o “intermedias”, que pueden resultar provechosas en la lógica del modelo constitucional; la incursión en áreas *inhóspitas* del control de constitucionalidad como el de la fiscalización respecto de las omisiones inconstitucionales e inconventionales; el mantenimiento del esquema de contralor de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales (si así viniera estatuido en las respectivas constituciones); la consolidación de los mecanismos internos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; y la búsqueda de una fructífera interacción de la jurisdicción constitucional interna con la Corte IDH para fortalecer la protección y realización de los derechos fundamentales, no son sino algunos de los retos que el siglo XXI impone a la justicia constitucional y al propio Estado Constitucional y Convencional en América Latina.

6. Una indagación de las prácticas normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales europeas y latinoamericanas (estas por medio de las citadas vertientes sentenciales “atípicas” o “intermedias”), demuestra interés en institucionalizar o aplicar pretoriana-



mente dispositivos para desactivar las omisiones anticonstitucionales. La doctrina de la inconstitucionalidad por preterición (también de la inconventionalidad omisiva –como anticipábamos–) ofrece potencialidades evolutivas idóneas para fluidificar el tránsito de la supremacía constitucional, canalizar la fuerza normativa de la Ley Fundamental, poner en valor la eficacia de los derechos fundamentales y aportar al afianzamiento del Estado Constitucional y Convencional.

7. En torno a la progresiva relevancia (*anche* potencial conflictividad) de los pronunciamientos jurisprudenciales contentivos de sentencias interpretativas, refiriéndose al caso español pero con utilidad argumental general, Revenga Sánchez advierte que ha terminado por depositarse en manos de la justicia constitucional una función que denomina “*reconstructiva* de los contenidos posibles cobijados bajo el ‘signo sensible’ del lenguaje legal. Se trata de un control de baja intensidad con consecuencias tan variables como impredecibles. Puede producir racionalidad e ‘inyectar’ seguridad jurídica a un magma de normas des-ordenado. Pero puede hacer las cosas aún más confusas, cuando el producto del control consiste en vaporosas directrices interpretativas que el legislador toma como coartada para persistir en sus silencios”¹¹⁴ –bastardilla del original–.

8. En un ámbito de perceptible crecimiento de la circulación de reglas iusinternacionales y de profundización de la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de convencionalidad de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional *vis-à-vis* el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus*

114 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Al hilo de los 25 años de control (en abstracto) de la constitucionalidad de la ley: la declinante fuerza del recurso de inconstitucionalidad”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, PAJARES MONTOLIO, Emilio y RODRÍGUEZ-DINCOURT, Juan, “50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años de Tribunal Constitucional español”, ‘IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional’, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 2007, pp. 28-29.



juris interamericano) y los patrones hermenéuticos que viene forjando la Corte IDH en su labor interpretativa, tanto contenciosa como consultiva.

Sin embargo, ello no debe darse en el contexto de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar aperturas dialógicas entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos, propiciando una fertilización cruzada provechosa para todos los actores del sistema.

9. La búsqueda isonómica resulta justa e imprescindible en el Estado Constitucional y Convencional, puesto que la democracia, además de método y procedimiento de adopción de decisiones colectivas, es también un prototipo igualitario.

En esa línea, y luego de reenviar a Bobbio, cuando afirma que el problema político más relevante en la actualidad no es encontrar el fundamento de los *derechos fundamentales*, sino *garantizarlos*, Comanducci ha puntualizado –ya de su propia cosecha– que el problema de la *democracia* no es justificarla sino *fortalecerla y ampliarla*¹¹⁵. En esa línea, pensamos que si bien es sumamente importante fundamentar los derechos humanos y brindar una sustentable justificación de la democracia, resulta también de inevitable relevancia *buscar fórmulas de efectivización práctica de los DESCAs en una atmósfera democrática propicia y sostenible*.

10. En la senda argumental que hemos discurrido, que muestra una lógica interactiva de las fuentes jurídicas internas e internacionales, no debe perderse de vista que la Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –v. gr.– en la CADH y las pautas hermenéuticos que a su respecto modela la Corte IDH, dan vida a un bloque jurídico que dirige

115 COMANDUCCI, Paolo, “Democracia y derechos fundamentales”, cit., p. 56.

sus movimientos y esfuerzos hacia una idéntica dimensión jurídica y axiológica: *la protección y la realización de los derechos humanos, como genuina expresión de la dignidad intrínseca de la persona*, punto absolutamente innegociable.

DESAFÍO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

PANELISTA

Claudio Aníbal Medrano

Juez Presidente de la Cámara Penal de la Corte de Apelación
de San Francisco de Macorís, República Dominicana

Amaury A. Reyes-Torres

Letrado de Adscripción Temporal del Tribunal
Constitucional de la República Dominicana

DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

MAG. CLAUDIO ANÍBAL MEDRANO
Juez Presidente de la Cámara de Penal de la Corte de
Apelación de San Francisco de Macorís, República Dominicana

El juez presidente del Tribunal Constitucional dijo, en el *II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional: Su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho*, que el mayor reto de la sociedad dominicana es la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho y la materialización de las prerrogativas reconocidas al ciudadano, para hacer exigible el respeto y cumplimiento por parte del Estado de los derechos económicos y sociales consagrados en la sección II del capítulo I del Título II de nuestra Constitución.

Y en verdad, si asumimos que incluso los derechos de libertad no son posibles sin la realización de los derechos sociales (Abramovich y Courtis, 2006); que las constituciones no solucionan por sí mismas las necesidades esenciales de los hombres y de los pueblos que justifican su existencia, sin la intervención de la instancia humana y de las estructuras institucionales creadas para darles vida y movimiento, entonces tenemos que admitir que en aquella tarea de construcción de la forma de Estado por la que hemos optado los dominicanos, la labor del Tribunal Constitucional y de sus jueces resulta de esencial impor-

tancia. Sin embargo, hemos de reconocer también que esa labor resulta impensable siquiera, sin el empoderamiento de todos los integrantes de la comunidad jurídica nacional; de los habitantes del país, para generar una cultura constitucional que haga del deber ser de la Constitución el comportamiento normal de todos.

Saludo de este modo la iniciativa de estas “Jornadas de Justicia y Derecho Constitucional conmemorativas del 5to. Aniversario del Tribunal Constitucional”, en cuyo marco se realiza el presente conversatorio sobre los *Desafíos del control de constitucionalidad*. Es un honor y una gran satisfacción tener la oportunidad de entrar en contacto con ustedes, invitado por el Tribunal Constitucional, para tratar un tema de mi especial atención, en un auditorio con el que tengo tantas y tan significativas preocupaciones en común. Sobre todo, poder compartir esta experiencia con mi buen amigo y doblemente compañero; de docencia y magisterio, magistrado Bernabel Moricete y el talentoso joven letrado del TC, Amaury Reyes.

El control de constitucionalidad, así, en términos amplios, puede ser entendido como un acto de defensa de la Constitución (Schmitt) o como un sistema de garantías destinado a preservar la integridad y la supremacía de la Constitución; a promover y asegurar la realización de sus fines. Pero la labor del juez constitucional no es hoy una labor de una lógica subsuntiva; no realiza una labor de mera concretización del derecho; no hace una labor de aplicación del derecho constitucional. Hace, a menudo, una labor de sobreinterpretación del texto constitucional (Guastini). Así, un segundo gran desafío del control constitucional no es ya la mera realización del *gobierno de leyes y no de hombres*, aplicando la Constitución, porque el derecho que los jueces invocan no está ya contenido en la Constitución y, es solo relativamente cierto que todo el derecho contenido en ella es de origen popular¹.

1 AHUMADA RUIZ, Marian (2005). *La Jurisdicción Constitucional en Europa*. Garriguez Cátedra. Universidad de Navarra, Thompson. Civitas.



Resalta Ahumada Ruiz (2005), que los derechos constitucionalizados están en la Constitución como resultado de una opción (ideológica) por un sistema democrático cualificado, la corrección de cuyo funcionamiento se hace depender de su conformidad y orientación a ciertos resultados, pero que estos resultados están anticipados –pero no totalmente determinados– por la propia Constitución².

Es esta labor de determinación del alcance y contenido de los textos constitucionales realizada por la justicia constitucional, como consecuencia de la constitucionalización de una versión sustantiva de la democracia, la que convierte al texto fundamental en una Constitución dirigente, que fuerza a la realización de los principios básicos en ella contenidos por parte de la jurisdicción constitucional³.

Javier Jiménez Campo ha sostenido que el control del poder, actuando jurisdiccionalmente sobre la constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos del Ejecutivo, así como la garantía del respeto a los derechos garantizados por las constituciones, es algo que depende estrechamente de las formas de Estado y de gobierno realmente establecidas.

Bajo este enfoque, no florece en los gobiernos despóticos la existencia y efectividad de la Justicia Constitucional independiente para decidir mediante procedimientos jurídicos; no es posible el control de constitucionalidad en donde hay otro soberano distinto del pueblo o de la propia Constitución como titular de la soberanía.

Solo los ordenamientos pluralistas, que se sitúan en el ámbito del Estado de raíz liberal, están en condiciones de permitir al “poder jurisdiccional” (Milton Ray) una intervención frente a los demás poderes del Estado, apreciando la adecuación de sus comportamientos a la Constitución y llegando en ocasiones a disponer que un específico Tribunal Constitucional fiscalice a dichos poderes con la posibilidad de anular sus actos.

2 AHUMADA RUIZ, Marian (2005). *Ibidem*, p. 221.

3 *Ibid.*



Tanto la existencia como las cualidades de un sistema de control constitucional han sido configuradas bajo premisas que permiten la afirmación y clasificación de los sistemas de control constitucional. Sagüés, para saber si hay control constitucional y establecer su naturaleza, se interroga sobre cuestiones tales como quién controla, cómo controla, cuánto controla y, con qué resultados. De este modo, diversos autores, comenzando por Vanossi hasta llegar a Néstor Pedro Sagüés, Osvaldo Gozaini y Ricardo Guastini, han llegado a establecer si un sistema es pleno o semipleno, completo o incompleto, amplio, amplísimo o restringido o, como lo hace Guastini, si se trata de un sistema de control propio del neoconstitucionalismo.

Existe un sistema pleno de control de constitucionalidad, cuando existe:

- Constitución total o parcialmente rígida.
- Órgano de control independiente del órgano controlado.
- Facultades decisorias del órgano de control.
- Posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismos la norma o acto inconstitucional.
- Sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad.
- Un plazo para decidir (Sagüés).

A estos criterios están vinculados los mayores retos del control de constitucionalidad. Basta pensar que si la Constitución puede ser modificada por la ley, no puede ser parámetro de control; si no es independiente del órgano controlado, no lo puede someter al imperio de sus decisiones; si el órgano de control es tan solo un órgano de consulta, y no uno que decide con fuerza vinculante para el poder, no tendría razón de ser; si los afectados potencial y realmente por los efectos de la injerencia del poder, por sus abusos y excesos, no pueden instar la acción, ¿quién tendría interés en detener la mano que le oprime? (Tocqueville) ¿El opresor? Cuánto regresaríamos en el tiempo, si le quitáramos a la Constitución de 2010-2015 el contenido de los artículos 6 al 8 y del 68 y 74; un hermoso poema, quizás. Eso podría ser sin el sometimiento de



todo el aparato normativo y de toda autoridad estatal al control de constitucionalidad. Incluso, lo mismo sería sin la posibilidad de someter a los particulares al imperio de la Constitución.

Alguien tiene que decir lo que puede ser y lo que no puede ser válidamente decidido en el Estado constitucional, como afirma Ferrajoli. O, desde la óptica prestacional que imponen los derechos sociales, alguien tiene que decir lo que no puede dejar de decidirse (Ferrajoli).

Guastini...

Los mecanismos de control constitucional, ya sean plenos, limitados, semiplenos o incompletos, dependiendo de la mayor o menor apertura para instar su funcionamiento y cuya instauración y eficacia frente a los órganos estatales y particulares, determinan la fuerza normativa de la Constitución y se ubican entre las columnas básicas del Estado constitucional contemporáneo⁴. De este modo, la justicia constitucional, a la que compete la solución de estos conflictos, forma parte de un conjunto de técnicas que, junto al reconocimiento del carácter vinculante de las normas constitucionales, aseguran la supremacía y permanencia de la Constitución como idea de limitación del poder⁵. Gozaini la concibe como una, de un conjunto de técnicas especiales de defensa de la Constitución, que aseguran su supremacía⁶.

Sin embargo, la limitación del poder no se produce tan solo en la idea de que la política quede sujeta al derecho constitucional, sino en el fenómeno identificado por diversos tratadistas, de que los tribunales participan hoy en la toma de decisiones políticas. Hoy aparecen dos niveles de adopción de decisiones políticas; constitucional y ordinario. El procedimiento constitucional de adopción de decisiones políticas

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La observancia de la bipolaridad del modelo americano-modelo europeo-kelseniano, como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de un nueva tipología explicativa*. San José, Costa Rica. Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E. Pp. 163-164.

5 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Santa Fe, Argentina, RUBINZAL-CULZONI EDITORES, S.A., 2006. P. 74-75.

6 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, obr. sup. ind, p. 75.



no está controlado exclusivamente por los actores del proceso político ordinario, lo que redimensiona a la jurisdicción y califica a la democracia, otorgándole una dimensión sustancial, lo que debilita al proceso político democrático⁷ respecto de aquellas cuestiones sustraídas a las decisiones de la mayoría, que son decididas en los tribunales.

La democracia hoy ocupa el lugar preponderante que en los orígenes del Estado liberal de derecho tuvo la libertad individual, como resultado de un entendimiento de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio que actúan en todos los ámbitos del derecho⁸. Así, la jurisdicción constitucional a quien se reserva la misión de garantía de la Constitución, está llamada a interferir en el proceso democrático, al garantizar los derechos constitucionales sustantivos a través de los procedimientos establecidos a estos fines⁹. Cual que sea el fundamento filosófico, desde su dimensión política, los derechos fundamentales constituyen una medida y un límite del actuar político; son mecanismos legitimadores del poder. Así lo denota la configuración de su garantía jurídica en el artículo 68 de la Constitución. “*Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley*”.

Al tiempo que derechos subjetivos exigibles frente a todos, los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva y constituyen derechos con una dimensión procesal y garantista.

Es a tono con esta idea de los derechos como límite del poder, como orden supremo y herramienta hermenéutica y procesal que el constituyente del año 2010 en República Dominicana, al crear el Tribunal Constitucional, le atribuye la misión de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, que a decir de Ferrajoli, constituyen

7 AHUMADA RUIZ, Marian. Ídem.

8 Ídem.

9 *Ibidem*.



la dimensión sustancial de la democracia¹⁰. En esta dimensión de los derechos cabe toda la gama de control de validez de los actos del poder que realiza la justicia constitucional, definida también en su momento por el maestro Piza Escalante (1993), en Costa Rica, como el conjunto de formas de la Administración de Justicia que tiene por objeto actuar el Derecho de la Constitución¹¹.

Así, al desarrollar el sistema de mecanismos que conforman la justicia constitucional en la República Dominicana, el legislador desborda las competencias del TC y tiene, como justicia constitucional, la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Por tanto, los desafíos que encierra la tarea de ejercer el control de constitucionalidad no va a ser tan solo la labor del TC: será también de los tribunales; de todos los órganos que resuelven conflictos constitucionales como también han dicho en México Fix-Zamudio¹² y en el Perú, Domingo Belaúnde¹³.

El legislador del año 2011 ha dicho que la justicia constitucional *se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales* (LOTCP art. 5).

Así, entre los procesos y procedimientos por los que se realiza la justicia constitucional, están ante todo aquellos que recaen sobre el

10 FERRAJOLI, Luigi, AA. VV (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Edición de Antonio Cabo y Gerardo Pisarello. Traducción y coord. de Ibáñez, Perfecto Andrés y otros, Madrid, España. Editorial Trotta, S.A., primera edición p. 19.

11 PIZA ESCALANTE, Rodolfo, Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución, en seminario sobre Justicia Constitucional. III Aniversario de la Creación de la Sala Constitucional. La Jurisdicción Constitucional. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro. 1993, p 17.

12 FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004). Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Guatemala. Colección: Derecho Administración y Política. Editorial del Caribe S.R.L.

13 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (2001). El Derecho Procesal Constitucional. Editorial TEMIS, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1ra. edición.



control de las normas abstractas y generales, y aquellos que se orientan a la tutela de derechos concretos. Lo que nos permite separar conceptualmente lo que Mauro Capelletti, en Italia, denominó la jurisdicción constitucional de la libertad, de la jurisdicción constitucional orgánica. La primera, referida a la garantía de derechos concretos como el habeas corpus, los amparos, el habeas data, la acción de cumplimiento y, la segunda, a la acción de inconstitucionalidad y la acción para la resolución de conflictos de competencia entre órganos constitucionales.

Es indudable que entre las cuestiones que representan retos de orden procesal para el Tribunal Constitucional, vinculadas a la idea de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, resalta la determinación del alcance de la legitimación procesal de los particulares para incoar la acción de inconstitucionalidad. Ella está vinculada a la idea de control pleno, integral o completo; a la idea de un sistema amplio de control constitucional referida por autores como Gozaini, Nogueira Alcalá y Néstor Pedro Sagüés.

La determinación de la trascendencia o relevancia constitucional establecida como filtro para el acceso al Tribunal en los procedimientos de revisión contra Sentencias de amparo y de aquellas que hayan adquirido la autoridad de la cosa juzgada, son ámbitos en los cuales el Tribunal ha venido avanzando caso por caso.

Extrañamente, sigue siendo un reto del control constitucional la imposición de aquellas decisiones que desde el Tribunal Constitucional empiezan a perfilar el ámbito real de la autonomía de los órganos constitucionales que como el Poder Judicial, disfrutaban de autonomía funcional, presupuestaria y administrativa (Art. 149 CD), haciendo que sus decisiones se impongan de manera efectiva, de modo que tal como ha dicho en sus sentencias 305-2014 y 0001-2015, *tengan la capacidad de disponer de sus recursos humanos, materiales y financieros de la forma que resulte más conveniente para el cumplimiento de los cometidos y fines que tiene asignados*¹⁴. Qué autonomía funcional tiene, por ejemplo, un

14 Rep. Dom. Sentencia TC-0305-14, de 22 de diciembre de 2015. Fj. 11.10.



poder Judicial que no puede establecer el número de jueces necesarios para enfrentar una sobrecarga de trabajo en un tribunal sin la intervención legislativa. El verdadero reto para el control constitucional es que su órgano decisorio principal logre la plena eficacia de sus decisiones; que operen como dice el artículo 84 constitucional, como precedentes vinculantes para todos los poderes públicos.

Si fuera realidad y no reto, el poder Judicial, por dar un ejemplo, podría elaborar hoy su propio presupuesto sin la interferencia del poder Ejecutivo, pues el TC, al definir la autonomía presupuestaria en su Sentencia 0305-2014, fundamento 11.11, habla de un órgano de cierre de los conflictos constitucionales, de una autonomía que confiere amplia libertad de acción en la elaboración de los presupuestos de cada uno de estos órganos, así como en la programación de su ejecución, aspectos que dice el TC, inciden ampliamente sobre la esfera de autodeterminación del órgano, pues le eximen de la posibilidad de verse supeditado a la influencia que en determinado momento pueda ejercer el poder Ejecutivo sobre sus decisiones, utilizando el presupuesto como mecanismo. Basta indicar que cada año, el poder Judicial somete un presupuesto y el poder Ejecutivo determina cuánto proponer al Congreso para ese otro poder del Estado... del que afirma el constituyente que tiene autonomía funcional, administrativa y presupuestaria (Art. 149 CD).

Indudablemente que forman parte de los retos mayores del control constitucional las exigencias de la apertura ideológica que demanda la proclamación de la forma del Estado Social y Democrático de Derecho. Ya se advierte en la Sentencia TC-0041-13, fj.: 9.4, cuando el TC afirma que los tribunales constitucionales, dentro de la nueva filosofía de esta forma de Estado, *no... se circunscriben a garantizar la supremacía constitucional, o a la protección efectiva de los derechos fundamentales... sino que además asumen una misión de pedagogía constitucional al definir conceptos jurídicos indeterminados, resolver lagunas o aclarar disposiciones ambiguas u oscuras...*

Claro, esta no es una mera expresión pedagógica. Es, en realidad, el poder que posee el Tribunal Constitucional para decir el derecho de



la Constitución e imponer sus decisiones a los demás poderes públicos. A ello alude Solís Fallas, con referencia a la Sala Constitucional de Costa Rica, cuando afirma, con mayor cercanía a la realidad, en su obra sobre *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional en Costa Rica: La Sala Constitucional es un “súper” órgano constitucional, un poder supremo, que no solo es independiente de los otros órganos también constitucionales, sino que posee la fuerza y la jerarquía necesarias para imponerse, con carácter vinculante, a todos ellos, incluyendo a la Asamblea Legislativa.*

En la teoría de la constitución, aquellas reglas que crean los tribunales en su interpretación tienen la jerarquía de la norma interpretada. Eso confiere al Tribunal Constitucional, en su labor de poner la día la Constitución, el carácter de un poder constituyente en sesión permanente, como ha escrito García de Enterría¹⁵. Así lo advierte también Solís Fallas:

... es un verdadero “comisionado del poder constituyente”, para la defensa y protección de su obra: la Constitución y para el sometimiento de todos los poderes constituidos a los mandatos constitucionales [...] Se comenta que la Sala Constitucional, como todo otro Tribunal Constitucional: no le atañen los problemas ni los criterios, por ejemplo de división de poderes y funciones públicas, ni, por ende, los efectos de la teoría de los “frenos y contrapesos” (...) que la sometería a controles y limitaciones para equilibrarla a los otros actores del drama estatal [...] no es posible admitir la existencia de “ninguna clase de remedio” contra sus sentencias, por ser un “Tribunal con jurisdicción suprema y de única instancia”, frente a la cual “sería absurdo suponer la existencia de otros remedios”¹⁶.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España. Editorial Civitas, 3ra. edición. 1983, reimpresión por última vez en 2001.

16 SOLÍS FALLAS, Alex. *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*. Pp. 261-262. Ver, además: JURADO FERNÁNDEZ, Julio. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*. P. obr. cit., p. 53.

No es diferente la autoridad del Tribunal Constitucional dominicano; sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos (Art. 184 CD).

La reforma constitucional de 2010, también abonó el terreno para atribuir aquella dimensión al poder del TC. Transformó radicalmente el sistema de fuentes, redimensionando el ámbito del derecho constitucional, al atribuir expresamente jerarquía constitucional a los tratados internacionales, al reconocer la eficacia y aplicabilidad directa de sus normas, al tiempo que esclarece su opción por una concepción monista del derecho, al dar configuración normativa al principio pro persona, en su artículo 74, en el que sienta las bases, además, para una interpretación armonizante de los conflictos entre bienes jurídicos amparados por la Constitución.

En el marco de cosas descrito, es un reto para el TC la tarea de resolver cuestiones de índole constitucional en el marco de un sistema de fuentes que indudablemente ha mutado en forma significativa bajo la influencia de los criterios hermenéuticos que provee la Constitución para determinar la preferencia de la norma correcta, entre dos o más disposiciones normativas susceptibles de aplicación a un mismo caso, o para optar entre varios significados posibles, respecto de una sola disposición normativa que admita interpretaciones diversas, tomando en cuenta la estructura propia de las normas constitucionales, tenidas por Zagrebelsky como normas esencialmente principialistas.

Diversas decisiones del Tribunal Constitucional revelan la comprensión, por la mayoría de sus jueces, de su papel de sobreinterpretación de la Constitución, como la Sentencia TC-00041/13, en la que acude a “la filosofía del Estado Social y Democrático de Derecho”, para identificar la misión de definir conceptos jurídicos indeterminados y resolver lagunas o aclarar disposiciones ambiguas u oscuras dentro del ámbito de lo constitucional”, cuando fija la existencia de una falta por la inobservancia del principio de favorabilidad del sentido de la norma a favor del titular del derecho y la progresividad



de los derechos sociales en sus Sentencias TC-0203/2013 y TC-0265/2013. En toda aquella teoría de la Constitución sustentada por Robert Alexy, Bernal Pulido y otros, estos principios representan mandatos de optimización que retan el espíritu de la jurisdicción constitucional en un país donde aun aparece quien diga que la Constitución es de interpretación estricta. En su dimensión objetiva, los mismos derechos fundamentales operan como principios cuya tutela deben optimizar los tribunales. No están dotados como las reglas de una estructura condicional hipotética, con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Su aplicación revela, por sí misma, una técnica de interpretación.

La interpretación de las normas fuentes del derecho constitucional, ya no está sujeta a la pirámide normativa de Kelsen. Se gobierna, como hemos dicho, por principios que suponen una metodología diferenciada de la que exige la interpretación de la ley. Aquí, por tanto, se acude a principios propios de la interpretación constitucional, tales como:

a) El principio de unidad de la Constitución, b) El principio de concordancia práctica; c) El principio de corrección funcional, d) El principio de función integradora, e) La fuerza normativa de la Constitución.

Desde luego, a estos hemos de añadir los criterios hermenéuticos que proveen los instrumentos internacionales como los que derivan de los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 26, 27, 43 al 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el preámbulo y los artículos 6, 7, 8, 38, 68, 73 y 74 de la Constitución, entre otros textos recogidos en el bloque constitucionalidad, especialmente en el artículo 7 de la Ley Núm. 137-2011 (LOTCP).

El principio de supremacía formal y material de la Constitución, supone una herramienta hermenéutica íntimamente vinculada al control de constitucionalidad. La supremacía constitucional, vista como objeto principal de los procedimientos de control de la actuación de los poderes públicos, se revela como el elemento básico del sistema



constitucional democrático; exige, al decir de López Guerra (1994), y antes hemos dicho, el sometimiento de todo el ordenamiento y de toda autoridad pública a la Constitución: ninguna norma o acto podrá legítimamente oponerse a sus mandatos¹⁷; las normas constitucionales contienen supremacía formal y material: *las normas constitucionales no podrán ser, no ya solo formalmente alteradas, sino tampoco materialmente contradichas por las normas ordinarias, ni por ninguna actuación de los poderes públicos*¹⁸. Claro que esto debe leerse en el sentido de que una norma más favorable a los derechos y garantías que consagra la Constitución, no los contradice.

En principio, la supremacía constitucional deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo, y está reconocida en los sistemas que hacen de este carácter un postulado básico¹⁹. Afirma García de Enterría (1983-2001), que en los Estados Unidos, todas las leyes y los actos de la Administración han de interpretarse *in harmony with the Constitution*; en Alemania, el mismo principio impone *die verfassungskonforme auslegung von Gesetzen*, la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, y que en ambos casos, como prácticamente en todos los países con justicia constitucional, el principio es de formulación jurisprudencial²⁰. En República Dominicana, sin embargo, está explicitado en el artículo 6 de la Constitución.

Así mismo, la tesis de la supremacía de la Carta constitucional –ha dicho Luis Fernando Tocora (1992)–, enclavada en la tesis del Estado de Derecho, reclama contra los poderes absolutos, estableciendo límites a toda autoridad, y alcanzando no solo a los gobernados sino también a los gobernantes²¹. Afirma que no hay poder absoluto y que existe un

17 LÓPEZ GUERRA, Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*. Pp. 194 y 195.

18 *Ibidem*.

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España. Editorial Civitas, 3ra. edición. 1983, reimpresa por última vez en 2001. P. 95.

20 *Ibidem*.

21 TOCORA, Luis Fernando. *Control Constitucional y Derechos Humanos*. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1ra. edición. 1992. Pp. 15/15. “La conclusión es la de que no debe haber poder



marco dentro del cual deben moverse gobernantes y gobernados, que es la Constitución²².

Ricardo Guastini afirma que el juez en el Estado constitucional actúa bajo el paradigma de las constituciones materializadas, caracterizadas por tener: amplio catálogo de derechos; práctica jurisprudencial gobernada por principios constitucionales: principio pro persona, de proporcionalidad, ponderación, razonabilidad, optimización, proyección horizontal, radiación constitucional y todo un arsenal interpretativo que no era conocido en el constitucionalismo clásico. Trabaja con valores, por lo que afirma Habermas, que la moral ha migrado en el derecho en el mundo occidental contemporáneo. La Constitución del Estado constitucional es una constitución invasora, invasiva (Guastini).

La nota del neoconstitucionalismo supone el funcionamiento al unísono de los tres elementos del Estado constitucional: constitucionalización del ordenamiento jurídico: impregnación del ordenamiento por los mandatos normativos de las constituciones, y la exigencia de que todo el derecho tiene que ser leído en razón de su conformidad con la Constitución.

Para Guastini, el control de constitucionalidad que recogen las constituciones de la post segunda guerra mundial y que confiere contenido al neoconstitucionalismo, implica tres elementos indispensables: uno, la existencia de una Constitución rígida; de modo que a más rigidez, mayor constitucionalización; dos, garantía jurisdiccional de la Constitución, y tres, la fuerza vinculante de la Constitución. Las constituciones no son programas, fines o mecanismos de mera orientación política. La práctica incluye la sobreinterpretación del texto constitucional; no se utilizan meros argumentos de interpretación gramatical; no se ex-

absoluto, poder sin limitaciones, poder sin control. Los límites están en la Constitución, la demostración proporcionada por los hechos de la guerra, con el ascenso del nacional-socialismo alemán y del fascismo italiano, de cómo un cuerpo legislativo con un poder absoluto, puede violar los derechos fundamentales de sus propios ciudadanos, y provocar una hecatombe de las proporciones conocidas”.

22 Ibídem.



traen normas implícitas; no deja espacios vacíos: invade. Comprende la aplicación directa de las normas constitucionales, rige incluso las relaciones entre particulares; todos los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución.

Son también del neoconstitucionalismo, junto a la interpretación de las leyes conforme con la Constitución, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Prevé también solución de conflictos entre órganos políticos; lo que aquí denominamos el conflicto entre los órganos constitucionales y la solución jurisdiccional de los conflictos entre los partidos y organizaciones políticas, también están sujetos a control constitucional. Como ha escrito Hernández Valle, la idea de la política cuestiones no cabe entre los dominicanos como un espacio exento de control constitucional. Finalmente, la Constitución es un instrumento del debate público en todas las esferas.

El sistema de control constitucional dominicano tiene como su fuente normativa más directa e inmediata los artículos 6, 68, 74, 184 y 185 de la Constitución. El primero, porque al fijar las potestades legislativas del Congreso, pone como límites lo que sea competencia de otro poder del Estado, y lo que sea contrario a la Constitución. En igual sitio cabe colocar aquellas disposiciones que ponen límites formales y materiales al poder de reforma constitucional (arts. 266 al 269), y las que prescriben en su artículo 73 la ineficacia de toda autoridad usurpada.

El artículo 6 consagra la supremacía formal y material de la Constitución, al tiempo que establece su garantía, cuando dispone que *Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución*. Con ello deja sentado el carácter normativo y vinculante de la Constitución (De Otto), de modo que permite observar a la Constitución como norma (García de Enterría). De ahí que su interpretación y aplicación por todos los jueces se deba admitir como una función “propia y peculiar” de estos, según entendió Hamilton en *El Federalista*, sentando las bases del activismo judicial que condujo a la creación de la revisión judicial de la Constitución en los Estados Unidos, en 1803.



Bajo la Constitución de 2010, no hay espacios vacíos; no hay cuestiones políticas colocadas fuera del alcance de los jueces: “Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado”.

El poder del Tribunal Constitucional sobre los demás poderes públicos, derivado de la Constitución y para atribuir significados a los textos constitucionales es inmenso y está hoy legitimado por la mejor tradición en el Derecho Comparado. Neruda escribió de las palabras que son como sacos vacíos, y uno las llena, y en esa labor de atribuir significados a los textos constitucionales debido a su peculiar textura abierta, desafía las mejores inclinaciones de los jueces constitucionales para optimizar sus alcances y hacer el mejor derecho posible.

El profesor Francisco Javier Díaz Revorio (2004), profesor en la Maestría en Justicia Constitucional en la Universidad de Castilla La Mancha y en la Universidad de Costa Rica, escribe en *La Constitución Abierta y su Interpretación*, que los actuales textos constitucionales tienden a estar repletos de principios y valores fundamentales, con un acusado carácter ambiguo o genérico, que por su propia naturaleza admiten diversas opciones para el intérprete²³. Sostiene que la jurisdicción constitucional cuya función esencial debe ser únicamente el establecimiento de los límites o del marco jurídico-constitucional de actuación de los poderes del Estado, tiende a realizar una labor creativa de derecho constitucional, pues debe interpretar el contenido de aquellos preceptos constitucionales generales y ambiguos, adaptándolos a las cambiantes circunstancias sociales²⁴.

Igual, Solís Fallas (2000), también mi maestro en Costa Rica, le reconoce un gran poder discrecional al juez constitucional para interpretar y crear derecho, y afirma que: *también es una consecuencia*

23 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, obr. cit., pp. 22-23.

24 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, ibíd., p. 232.



*de la generalidad, ambigüedad, elasticidad e imprecisión de los preceptos constitucionales [...] el juez constitucional tiene que ejercer, mediante la interpretación de dichos preceptos, un papel innovador y creativo, esclareciendo y llenando de contenido lo que está escrito en forma general, vaga e imprecisa*²⁵.

Destaca Fix-Zamudio (1987), que “Marshall transformó al Tribunal Supremo de Estados Unidos en un poder plenamente coordinado, dotado de la autoridad suprema que supone ser el guardián de la Constitución. Al final de la era Marshall pudo Tocqueville afirmar que “el Tribunal Supremo está situado en un lugar más alto que el que ocupa cualquier otro Tribunal conocido...”²⁶.

El activismo que en Estados Unidos puso de manifiesto el poder de los tribunales para limitar el poder y fijar el alcance de los derechos civiles se muestra con vehemencia en el caso *Board of Education v. Barnette*, en cuyos fundamentos, el juez *Jackson*, ponente en la ocasión, en términos muy simples, al exponer la posición de la Corte ante el problema planteado, dijo: “No hay conflicto aquí entre los derechos de distintos individuos; el único conflicto es entre la autoridad y los derechos individuales”. Luego, expresa, y con esto termino:

La enmienda 14.^a de la Constitución americana protege los derechos de los individuos frente a cualquier autoridad pública, incluidas las educativas. Estas cuentan con un amplio margen de acción, pero, desde luego, siempre dentro de los límites de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*). “La verdadera finalidad de esta carta –dice– es la de apartar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la controversia política, de situarlas más allá del alcance de las mayorías y de las autoridades y de establecerlas como principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, la libertad de

25 SOLÍS FALLAS, Alex. *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*. Impresión: Gráfica del Este, S.A., San José, Costa Rica. 1ra. edición. 2000. P. 327.

26 FIX-ZAMUDIO, Héctor (1987). *La Justicia Constitucional*. Arequipa. 24 de abril de 1987.



expresión, no pueden estar sometidos a votación”... *No podemos, con la excusa de nuestra limitada competencia en ámbitos tales como la educación pública, renunciar a tomar decisiones que la historia ha sancionado como la función de este tribunal, cada vez que la libertad es vulnerada*²⁷.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. hizo surgir así un nuevo paradigma en el que el gobierno interventor y activista de Estados Unidos ahora tendría otros límites, definidos por la jurisdicción. El esquema del mercado libre, aunque regulado para proteger la competencia y el pluralismo de grupos de interés, pudo pasar así al ámbito de las libertades y de los derechos civiles²⁸, por obra del poder judicial, antes que por la voluntad de sus gobernantes.

Aquel fenómeno jurisprudencial en Norteamérica, impulsado por la revolución de 1937, marca la separación entre el viejo y el nuevo orden constitucional. Produjo una nacionalización de los derechos, garantizados en su libre ejercicio frente a interferencias indebidas. Pero, también una preocupación nueva, la de asegurar que los derechos y libertades se ejercieran en condiciones de igualdad. Los desafíos del control constitucional no son menores; aun hay que hacer realidad los presupuestos del Estado de derecho en su forma de Estado Social y Democrático de Derecho en la República, y esa es, con mucho, una tarea de los jueces. Pero también de toda la sociedad dominicana. Muchas gracias.

27 Cfr: Ahumada Ruiz (2005). Obr. sup. ind., p. 207.

28 Ídem.



LA JUSTICIABILIDAD DE CASOS O CONTROVERSIAS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LAS CUESTIONES POLÍTICAS Y LA CARENCIA DE OBJETO*

LIC. AMAURY REYES-TORRES

Letrado de Adscripción Temporal del Tribunal Constitucional, República Dominicana

No todo caso o controversia ante un órgano de administración de justicia es justiciable. La justiciabilidad alude a todo aquello que hace posible que un caso o controversia sea conocido y decidido por un órgano de administración de justicia. La justiciabilidad alude a que “la norma jurídica ha regulado de tal forma la cuestión que, en menor o mayor medida, pueda realizarse un juicio cierto, concreto y objetivo que permita declarar” algún incumplimiento a una regulación de orden legal o constitucional.¹ Asimismo, puede ser que un tema no sea justiciable por el hecho de que no sea apropiado o prudente que el tribunal lo conozca. En otras palabras, “justiciable” quiere decir la capacidad

1 Ricardo Haro, “Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (análisis en el derecho constitucional argentino)”, 1 Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio: en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas 351 y sgtes (1988), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/641/19.pdf>.

que tiene un tribunal de conocer un caso o controversia sobre de una determinada cuestión para su solución, sea porque el ordenamiento jurídico así lo permita (legal o constitucionalmente) o porque existen razones de prudencia que indican que no es apropiado que el tribunal se pronuncie sobre el caso para salvaguardar la legitimidad del órgano de administración de justicia.

En el modelo de procesos y procedimientos constitucionales de la República Dominicana la justiciabilidad de un caso o controversia se refiere, entre otras cosas, a: la legitimación, la vigencia o existencia de objeto, temporalidad o extemporaneidad y las cuestiones políticas no susceptibles de cuestionamiento jurisdiccional. Esto varía dependiendo del tipo de proceso o procedimiento constitucional, por ejemplo, en el caso de la acción directa de inconstitucionalidad el impedimento de justiciabilidad por prescripción es irrelevante, ya que esta acción es imprescriptible.²

El presente trabajo se enfoca en dos de los supuestos de justiciabilidad mencionados: la vigencia o ausencia de objeto de la demanda y de las cuestiones políticas no justiciables. Ambos supuestos de justiciabilidad van al núcleo del poder de un órgano de administración de justicia para decidir las cuestiones envueltas en un caso o controversia.³ Por una parte, examinaremos la naturaleza de las cuestiones políticas no justiciables y si es posible su recepción en el derecho procesal constitucional dominicano (I); y cómo la ausencia o carencia de objeto es relevante desde la óptica de la justiciabilidad, en particular ante las diversas opciones que - contrario a las cuestiones políticas no justiciables - invitan al órgano de administración de justicia a decidir sobre el caso, aun cuando el objeto del mismo ha dejado de existir (II).

2 Véase Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/199/13 (2013) (concluyendo que la acción directa no está sometida a plazos de prescripción).

3 Por casos o controversias, a los fines del presente trabajo, entendemos aquellas disputas que existen entre las partes o una persona tenga respecto a una norma o acto jurídico *ex parte*. Esta disputa debe existir a lo largo del proceso donde el caso o controversia está siendo adjudicado por un tribunal de justicia. Además, el caso o controversia debe ser justiciable o al menos sujetos a juicio jurisdiccional. La existencia de caso o controversia se distingue de las facultades de tribunales de dictar opiniones consultivas, en las cuales no hay controversia o disputa.



I. LA CUESTIÓN POLÍTICA NO JUSTICIABLE COMO OBSTÁCULO A JUSTICIABILIDAD

La cuestión política no justiciable es uno de los conceptos más controversiales en el derecho procesal constitucional comparado.⁴ La cuestión política no justicia es un argumento de uso considerable en los Estados Unidos, pero, en iberoamérica no es de tanto uso debido a que supone la existencia de esferas no sujetas al control de constitucionalidad. En efecto, asumiendo el modelo alemán del control de constitucionalidad en base a una Constitución que es un orden objetivo de valores, no es posible considerar la existencia de actos ajenos al control de constitucionalidad.⁵ Más aún, este tipo de actos se consideran inadmisibles en el ordenamiento jurídico dominicano.⁶

4 Véase, e.g., Néstor Pedro Sagües, *La revisión de las cuestiones políticas no justiciables*, 13 *Pensamiento Constitucional* 78-82 (2008) (argumentando sobre el debilitamiento de la doctrina de cuestiones políticas no justiciables), <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/1917/1861> ; Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 09992-2004 (concluyendo la justiciabilidad de cuestiones consideradas tradicionalmente no justiciable como temas de política exterior), <https://vlex.co.cr/vid/-498718046> ; Roberto Gargarella, “Cuestiones políticas no judicializables y corrupción” Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política (Abr. 23, 2016) (advirtiendo sobre los peligros que resultan del uso indebido de la doctrina), <http://seminariogargarella.blogspot.com/2016/04/cuestiones-politicas-no-judiciales-y.html>; Juan Carlos Cassagne, “La judicialización de las cuestiones políticas” Cassagne Abogados (Sept. 30, 2004), http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_judicializacion_de_las_cuestiones_politicas.pdf; Ignacio M. de la Riva, *El control de las cuestiones políticas* (2010), Cuestiones de Control de la Administración Pública (Administrativo, Legislativo y Judicial), Jornadas organizadas por la Universidad Austral- Facultad de Derecho 579-88 (V.V.A.A., 2010), http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/215-El_control_de_las_denominadas_cuestiones_politicas.pdf; 2 Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* 371-72 (1986) (cuestiona la utilidad y beneficios de la doctrina); Ricardo Haro, “Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (análisis en el derecho constitucional argentino)”, 1 *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamundio: en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas* 348 y sgtes (1988) (relatando la posición de la doctrina argentina respecto a las cuestiones políticas, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/641/19.pdf>).

5 Véase 1 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional* 420 (3era. Ed., 2010).

6 Véase Eduardo Jorge Prats, “La juridificación de la política”, *Hoy Digital* (Dic. 30, 2016), (“Como hoy las decisiones estatales no son “políticamente puras”, es decir, como todo acto estatal, aun discrecional, debe estar fundado en Derecho o, por lo menos, previa y legalmente habilitado, todo acto –u omisión– del Estado es eventualmente impugnabile ante la jurisdicción de los tribunales. De ahí que nada estatal le sea ajeno al poder jurisdiccional. Por eso, la teoría de los “actos de gobierno”, de los “actos políticos”, de las “cuestiones políticas” que no serían justiciables, es constitucionalmente inadmisibile en nuestro ordenamiento.”), <http://hoy.com.do/la-juridificacion-de-la-politica/>

En el presente apartado, expondremos por qué las cuestiones políticas son relevantes en el derecho procesal constitucional, así como su naturaleza y como forma de proteger la propia legitimidad del tribunal o corte constitucional (A). Asimismo, examinaremos cómo la doctrina ya existe en la República Dominicana, a pesar de no haber sido bautizada con el nombre “cuestiones políticas”, a raíz de una reciente decisión del Tribunal Constitucional dominicano (B).

A. Cuestiones políticas no justiciables: generalidades

Las cuestiones políticas son temas que, por su naturaleza, constituyen una barrera para el examen de los méritos de la causa apoderada.⁷ Las cuestiones políticas son aquellos que temas que por su naturaleza no pueden ser conocidos por un órgano de administración de justicia, sea porque cuya solución corresponde a otro órgano político⁸ o no es apropiado que un tribunal dicte sentencia al respecto debido a la naturaleza política del tema.⁹

En los Estados Unidos, cuna de las cuestiones políticas, se consideran que estas representan supuestos de justiciabilidad legal o constitucional cuando versan sobre temas cuya solución o ejercicio está explícita y específicamente concedida a un órgano político.¹⁰ Por otro lado, también las cuestiones políticas son de naturaleza prudencial, es decir, supuestos bajo los cuales se obligan a los órganos de administración de justicia a cuestionar si es prudente o no adjudicar el caso, aun si no

7 Véase Zachary Baron Shemtob, *The political question doctrines: Zivotofsky v. Clinton and getting beyond the textual-prudential paradigm*, 104 *The Georgetown L. J.* 1001, 1004 (2016).

8 Véase Jared P. Cole, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, Congressional Research Service 1 (Dec. 23, 2014).

9 Véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 130 (4th Ed., 2011) (indicando que las cuestiones políticas son aquellas que se refieren al objeto de una acción que la Corte estima como inapropiado su solución sea decidido por un tribunal de justicia.)

10 *Cfr. N. Pipeline v. Marathon Pipeline*, 458 U.S. 50, 67 (1982) (indicando que las cuestiones políticas es el producto de la idea de que ciertas prerrogativas han sido reservadas a ciertas ramas del gobierno).



existe impedimento legal para hacerlo¹¹, y, en caso de que no lo sea, abstenerse de conocer el caso.¹²

Resulta necesario aclarar que que no todo lo que es político es necesariamente es una cuestión política no justiciable. Ciertos casos pueden tener implicaciones políticas y no necesariamente constituir cuestiones políticas no justiciable.¹³ No olvidemos que la Constitución es un documento político con consecuencia jurídicas y que los tribunales constitucionales son órganos jurídicos que resuelven asuntos de alta incidencia política. Cuando se habla de las cuestiones políticas se aluden a temas respecto a los cuales el Congreso, el Poder Ejecutivo u otro órgano político está en una mejor posición para resolverlas que el órgano jurisdiccional.¹⁴ En otras palabras, la experiencia y la especialización que ciertas ramas del gobierno tienen en diversos temas es mucho mejor que la experiencia y la especialización que tienen los tribunales.¹⁵

El fundamento de las cuestiones políticas reside, principalmente, en el principio de separación de poderes.¹⁶ La intervención de los órganos de administración de justicia supone poner en duda atribuciones ya concedidas a otros órganos.¹⁷ También, es razonable argumentar

11 Véase Zachary Baron Shemtob, *The political question doctrines: Zivotofsky v. Clinton and getting beyond the textual-prudential paradigm*, 104 *The Georgetown L. J.* 1001, 1004 (2016).

12 Véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 130-31 (4th Ed., 2011)

13 Sobre una distinción entre lo político y jurídico, así como su debida aproximación bajo el amparo de esta doctrina véase Véase Luis Alejandro Silva Irrázabal, *Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos*, 14 *Estudios Constitucionales* 231, 252-55 (2016); Ricardo Haro, “Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (análisis en el derecho constitucional argentino)”, 1 *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio: en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas* 351 (1988), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/641/19.pdf>. Cfr. Nassef Perdomo Cordero, “La naturaleza y función política de la interpretación constitucional” en *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional* 606-613 (E. Jorge Prats & M. Valerio Jiminián, 2014) (explicando la distinción la distinción entre lo político y jurídico relativo a la Constitución y su interpretación).

14 Véase Jared P. Cole, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, *Congressional Research Service* 2 (Dec. 23, 2014).

15 Véase Fritz Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: a functional analysis*, 75 *Yale L.J.* 517, 567 (1966);

16 Véase Jared P. Cole, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, *Congressional Research Service* 1 (Dec. 23, 2014).

17 Véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 134 (4th Ed., 2011)



que la intervención del órgano de administración de justicia, más que reforzar los límites jurídicos de esas atribuciones, puede entorpecer el ejercicio de estas por aquellos órganos políticos.¹⁸ No se trata de la concepción extendida y tradicional de la separación de poderes de pesos y contrapesos, sino de que la separación de poderes permita los poderes públicos ejerzan sus atribuciones tal como han sido conferidas por el constituyente.¹⁹

Las cuestiones políticas encuentran su justificación en el interés de evitar controversias constitucionales relevantes que engrandezcan el limitado rol que los órganos de administración de justicia deben tener en una democracia.²⁰ A mi juicio, la diferencia existente entre el discurso jurídico (*principled*) y el discurso político basado en oportunidad y conveniencia refleja que el primero es insuficiente y no está a la altura de las particularidades de las cuestiones políticas.²¹

Siguiendo a Bickel, la justificación de las cuestiones políticas responde a cuatro (4) grandes supuestos.²² En primer lugar, la rareza y la incapacidad de un tribunal de decidir el caso basado en principios y reglas políticas. En segundo lugar, lo exacerbado del momento que ciegue el juicio del juez. En tercer lugar, la ansiedad resultante que produce la

18 Cfr. Gilligan v. Morgan, 413 U.S. 1 (1973) (concluyendo que la cuestión sobre la deficiencia en el entrenamiento de la guardia nacional en Ohio es una cuestión política cuya solución judicial supondría que el poder judicial ejerciera un rol de control y supervisión sobre las actividades de la guardia). Véase Amy Endicott, *The judicial answer? Treatment of the political question doctrine in the Alien Tort Claims*, 28 Berkeley J. of Int'l L. 538 (2010) (argumentando que las cuestiones políticas es una doctrina que busca asegurar que los tribunales no obstaculicen las funciones de las ramas políticas).

19 Cfr. Note, *Political questions, public rights and sovereign immunity*, 130 Harv. L. Rev. 736 (2016) (indicando que las cuestiones políticas aluden a que el poder de los tribunales para controlar los actos tienen límites respecto a otras ramas del gobierno).

20 Cfr. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 133 (4th Ed., 2011). Véase Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 498 (1975) (declarando que la finalidad de las doctrinas o supuestos de justiciabilidad se justifican por el limitado rol de las cortes federales en la democracia).

21 Cfr. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* 23-33, (1962) (exponiendo sobre las formas en que el discurso de los tribunales difiere del discurso político); Anthony Kronman, *Alexander Bickel's philosophy of prudence*, 94 Yale L. J. 1567-1616 (1985) (discutiendo sobre la filosofía de la prudencia de Alexander Bickel y cómo se manifiesta en el control de constitucionalidad).

22 Véase Alexander Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term: Foreword: The Passive Virtues*, 75 Harvard L. Rev. 40, 46 (1961); Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* 184 (1962).



posibilidad de que la decisión adoptada por el tribunal sería ignorada, aun cuando no lo sea. Por último, en cuarto lugar, la vulnerabilidad de la que sufren los órganos de administración de justicia como una institución democráticamente irresponsable.

El desarrollo histórico de las cuestiones políticas surge en los Estados Unidos de manera pretoriana, es decir, su fundamento no está de manera expresa en la Constitución.²³ El desarrollo de las cuestiones políticas no justiciables puede estudiarse en cuatro etapas. Una primera etapa de las cuestiones políticas no justiciables inicia con el caso *Marbury v. Madison*²⁴, aunque pueden existir otros antecedentes previo a dicho caso.²⁵ Escribiendo para la mayoría, el juez Marshall sostuvo que existen cuestiones que no pueden sino dejarse a la discreción del ejecutivo y que por sí mismos no constituían derechos a favor de terceros susceptibles de ser tutelados por el Poder Judicial.²⁶ Sólo si se trata de derechos que no están sujetos a la discreción del ejecutivo, entonces, los tribunales pueden intervenir. La lógica tras este argumento es que, en virtud del principio de separación de poderes, ciertas materias no son justiciables ya que de así serlo engrandecería los poderes del judicial en perjuicio de las ramas políticas.²⁷

Una segunda etapa de las cuestiones políticas no justiciables amplía el ámbito de aplicación del concepto, la cual viene de la mano del caso *Luther v. Borden*.²⁸ En este caso, la Suprema Corte de Estados Unidos

23 Véase Ivar Calixto Peñafiel, *Cuestiones políticas no justiciables*, en Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo 95 (Manuel Bastos Pinto et al., 2012); Véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 136 (4th Ed., 2011).

24 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

25 Existen casos previos a *Marbury v. Madison* que parece indicar que las cuestiones políticas no justiciables anteceden dicho caso, pero, no es sino con este que las bases de la doctrina se sientan. Véase Luis Alejandro Silva Irarrázabal, *Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos*, 14 Estudios Constitucionales 231, 255 (2016) (describiendo los antecedentes de las cuestiones políticas no justiciables antes de *Marbury v. Madison*).

26 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 170.

27 Véase Amy Endicott, *The judicial answer? Treatment of the political question doctrine in the Alien Tort Claims*, 28 Berkeley J. of Int'l L. 537 (2010).

28 48 U.S. 1 (1849).

no sólo concluye que las cuestiones políticas no solamente refieren a la existencia de discreción reconocida al ejecutivo, también a otros órganos que participan en la política.²⁹ Más aún, pueden existir cuestiones políticas no sujetas a la revisión judicial incluso si existe reconocimiento de derechos a favor de terceros, cual supondría extender el *holding* de *Marbury v. Madison* más allá de lo establecido por Marshall.³⁰

La tercera etapa de las cuestiones políticas no justiciables es la etapa que podemos llamar “moderna”.³¹ Durante mucho tiempo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos tenía el criterio de que las acciones presentadas contra los estados bajo la cláusula de garantía (la cláusula que obliga a los estados a tener un gobierno republicano)³² cuando existen violaciones a derechos electorales por los rediseños distritales que afectan el núcleo de electores de un partido político y por ende la forma republicana de gobierno, constituyen cuestiones políticas que no pueden ser conocidas por un tribunal.³³ En efecto, a juicio de la Suprema Corte, es al Congreso quien le corresponde determinar si un estado respeta o no la forma de gobierno republicana bajo la cláusula de garantía.³⁴

Pero, en *Baker v. Carr*³⁵, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos sostuvo que este impedimento aplica cuando la causa se tramita bajo el artículo IV de la Constitución, pero, no bajo la cláusula

29 48 U.S. at 42.

30 Véase Jared P. Cole, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, Congressional Research Service 4 (Dec. 23, 2014).

31 Para un estudio sobre la visión moderna contrastada con la visión antigua de las cuestiones políticas, véase Tara Leigh Grove, *The lost history of the political questions doctrine*, 90 N.Y.U. L. Rev. 1967-70 (2015).

32 U.S. Const. Art. IV, sec. 4ta (“Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cada uno en contra de invasiones, así como contra los disturbios internos, cuando lo soliciten la legislatura o el ejecutivo (en caso de que no fuese posible reunir a la legislatura.)”)

33 Para un pequeño recuento de las cuestiones políticas no justiciables en este ámbito, véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 136-41 (4th Ed., 2011).

34 Véase *Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912); *Taylor & Marshall v. Beckham*, 178 U.S. 548 (1900); *State of Ga. v. Stanton*, 73 U.S. 50 (1867).

35 369 U.S. 186 (1962).



de igualdad de la enmienda 14 a la Constitución³⁶ ya que se trata de una situación que suponía la relación “entre el poder judicial y las demás ramas del gobierno federal y no así la relación de los estados con el poder judicial”.³⁷ Asimismo, como la cláusula de garantía no ilustraba bajo qué estándares el poder judicial debiera examinar los casos presentados bajo la misma, la enmienda 14 a la Constitución sí prevé dichos estándares jurídicos.³⁸

Escribiendo para la mayoría, el juez Brennan concluyó que existen cuestiones políticas en seis casos³⁹:

- Una atribución del asunto, textualmente demostrable en la Constitución, a una de las ramas políticas;
- Falta de estándares jurídicos para instruir o manejar para resolver el conflicto;
- La imposibilidad de decidir el caso sin hacer una determinación política previa (*policy*)m del tipo que es propio de la discreción no-judicial;
- La imposibilidad de un tribunal de asumir la solución del caso de manera independiente sin expresar una falta de respeto o deferencia que es debida a las ramas políticas de gobierno;
- Una necesidad inusual de adherencia incuestionada a una decisión política ya hecha pública previa a la adjudicación;
- La potencial vergüenza de un pronunciamiento que coincida con otros pronunciamientos sobre la misma cuestión examinada;

En *Baker* la cuestiones políticas pasan ser de un elemento de auto-restricción judicial (*self-restraint*) a un elemento que sirve de fuente al

36 U.S. Const. Amend XIV (Ningún estado podrá “negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.”)

37 *Baker v. Carr*, 369 U.S. at 223.

38 *Baker*, 369 U.S. at 226.

39 *Baker*, 369 U.S. at 217.



poder judicial.⁴⁰ Antes de *Baker*, el tribunal no hacía más que hacer efectivas las determinaciones fácticas de los poderes políticos que subordine su decisión sobre la existencia cuestiones políticas, es decir, deferencia a la apreciación política hecha por las ramas políticas de gobierno de la cuestión.⁴¹ A partir de *Baker*, la Suprema Corte de Estados Unidos asume para sí el poder de decidir si existe realmente alguna cuestión que haya sido atribuida expresamente a los poderes políticos, como último intérprete de la Constitución.⁴² En otras palabras, como consecuencia del principio de supremacía judicial, el poder de determinar la existencia de las cuestiones políticas nos justiciables le pertenece al Poder Judicial.⁴³

La cuarta etapa del desarrollo histórico de las cuestiones políticas no justiciables comienza con la Suprema Corte de Justicia bajo la presidencia del juez Roberts. En *Zivotofsky v. Clinton*⁴⁴ (*Zivotofsky I*), SCOTUS ponderaba si reconocer el lugar de nacimiento de un niño en Jerusalem como nacido en “Jerusalem, Israel” suponía una cuestión política en vista de que implicaría un juicio sobre el reconocimiento de un lugar que está en disputa. En este caso, el Juez Presidente Roberts concluyó que las cuestiones políticas no aplican cuando se cuestiona la constitucionalidad de la ley en sí y no la cuestión política en cuestión subyacente que supone aplicar la ley o el poder del Presidente que conflictúa con la ley. En este sentido, existía una ley del congreso que indicaba que los estadounidenses nacidos en el extranjero, en Jerusalem, debía indicarse el lugar de nacimiento, en este caso, Israel. Pero, como es parte de la política exterior de Estados Unidos reconocer o no

40 Véase Tara Leigh Grove, *The lost history of the political questions doctrine*, 90 N.Y.U. L. Rev. 1914 (2015).

41 Tara Leigh Grove, *The lost history of the political questions doctrine*, 90 N.Y.U. L. Rev. 1914-15 (2015).

42 Véase *Baker*, 369 U.S. at 211.

43 Véase Tara Leigh Grove, *The lost history of the political questions doctrine*, 90 N.Y.U. L. Rev. 1914-15 (2015) (argumentando que la corte puede decidir si una cuestión pertenece a un órgano político pero también si le compete a la corte misma).

44 *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S.Ct. 1421 (2012).



a Jerusalen como territorio palestino o israelí, el Congreso no podía intervenir en este aspecto porque solamente le corresponde al Presidente. En otras palabras, no se cuestiona si se debe o no reconocer a Jerusalén como parte de Israel, lo cual es una cuestión política, sino si la ley es inconstitucional interferir en la labor del ejecutivo como director de la política exterior.⁴⁵ De modo que, aun existiendo un caso que presente una cuestión política, el tribunal puede conocer el mismo si la decisión a adoptar no recae sobre la cuestión política en sí sino sobre la ley subyacente viciado de inconstitucionalidad.⁴⁶

En este caso, entonces, se recoge la última etapa, la cual no define la discusión del todo. En este sentido, en *Zivotofsky* la Suprema Corte de Justicia dice que existen cuestiones políticas: cuando existe una atribución directa a uno de los órganos políticos una determinada acción; y cuando no existen estándares o directrices legislativas para abordar el tema.⁴⁷ De esta forma, de los 7 criterios identificados en *Baker*, ahora importan dos (2)⁴⁸, aunque en *Zivotofsky I* no exista conclusión alguna sobre la vigencia de *Baker* como precedente.

En resumen, ha sido juzgado que las cuestiones políticas no justiciables existen cuando se trata de la cláusula de la garantía republicana⁴⁹, respecto a la cláusula de juicio político⁵⁰, como también respecto a las calificaciones de los miembros del Congreso.⁵¹ Asimismo, existe una cuestión política no justiciable en la impugnación de procedimientos estatales para el proceso de ratificación de una enmienda constitucio-

45 En *Zivotofsky v. Kerry* (*Zivotofsky II*) SCOTUS declaró la ley inconstitucional esta ley, véase *Zivotofsky v. Kerry*, 135 S.Ct. 2076 (2015)..

46 Véase Jared P. Cole, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, Congressional Research Service 20-21 (Dec. 23, 2014).

47 *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S.Ct. at 1427.

48 Véase Comment, *There's no such thing as a political question of statutory interpretation: the implications of Zivotofsky v. Clinton*, 123 Yale L. J. 254 (2013) (indicando que las cuestiones políticas se pueden agrupar en dos grandes categorías).

49 Véase *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549; *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849)

50 *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993)

51 *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 521 n.42 (1969). Véase Comment, *There's no such thing as a political question of statutory interpretation: the implications of Zivotofsky v. Clinton*, 123 Yale L. J. 255 (2013)



nal⁵², al establecer protocolos para la guarda nacional⁵³, relaciones exteriores, reconocimiento de estados o gobiernos⁵⁴, entre otras.

En República Dominicana podemos considerar que el tema de las cuestiones políticas no justiciables no está superada.⁵⁵ Por ejemplo, sería una cuestión política no justiciable la determinación del presidente para firmar o no un tratado. La decisión de someter o no un proyecto de ley. La decisión que recae sobre la determinación si concede o no el indulto. La decisión de mandar fuerzas al extranjero con la aprobación del senado. La determinación de iniciar el juicio político o juzgar por juicio político. Por igual, el reconocimiento del Estados o gobiernos extranjeros. También como la determinación mediante acto unilateral de obligaciones a asumir conforme al derecho internacional.⁵⁶ Por igual lo sería el control de constitucionalidad sobre las actuaciones de la asamblea nacional revisora una vez que la misma haya sido convocada.⁵⁷

B. Sentencia TC/0009/17: ¿el inicio de las cuestiones políticas no justiciables en R.D.?

El TC dominicano no ha tenido la oportunidad de emitir una sentencia sobre la viabilidad de las cuestiones políticas no justiciables. Es probable que el TC dominicano adopte una visión restringida, o sencillamente no adopte estas cuestiones, en particular por el modelo de control de constitucionalidad “fuerte” que R.D. adoptó con las cons-

52 *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 454 (1939)

53 *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973).

54 *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 330 (1937)

55 *Pero véase supra* nota 5.

56 *Pero véase* Sentencia TC/0256/14 (concluyendo que el acto unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos debe hacerse mediante aprobación congressional).

57 *Pero véase* Sentencia TC/0224/17 (2017) (concluyendo que el TC dominicano tiene competencia para evaluar la constitucionalidad de la ley de convocatoria aun cuando esta se esté reunida).



tituciones de 2010 y 2015.⁵⁸ Sin embargo, existe una decisión del TC dominicano que vale la pena examinar debido a que crea las bases para considerar que, efectivamente, hay materias o cuestiones que quedan en manos de los órganos políticos y no así de un órgano de administración de justicia.

En ocasión del conflicto de Loma Miranda y su explotación⁵⁹, el Congreso optó por aprobar una ley mediante la cual se declara Parque Nacional dicho lugar. La ley llega al despacho del presidente quien, en virtud de la Constitución, tiene la posibilidad de promulgar u observar.⁶⁰ No obstante, el presidente de la república optó por observar la ley y devolverla al Congreso.

Un grupo de personas jurídicas y físicas somete ante el Tribunal Constitucional una acción directa de inconstitucionalidad, a fin de que el tribunal determine la constitucionalidad de la observación del presidente. En efecto, los accionantes consideran que la observación realizada por el presidente de la República vulnera varias disposiciones de la ley de áreas protegidas y de la Constitución. De modo que, solicitan al tribunal, que pronuncie la inconstitucionalidad de la actuación del

58 Sobre una visión crítica del modelo fuerte de control de constitucionalidad, Véase, e.g., Jeremy Waldron, *The political political theory* 196 - 245 (2016).

59 Para entender el conflicto de Loma Miranda, véase Tribunal Constitucional dominicano Sentencia TC/0167/13 (2013); “Danilo Medina observa la ley que crea el Parque Nacional de Loma Miranda” *Diario Libre* (Sept. 2, 2014), <https://www.diariolibre.com/noticias/danilo-medina-observa-la-ley-que-crea-el-parque-nacional-loma-miranda-EIDL773351>; “Loma Miranda: el controvertido veto que dejó en shock a los dominicanos” *BBC* (sE’T. 20, 2014), http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140912_alatina_rdominicana_loma_miranda_lav; “Gobierno no tiene de donde pagar indemnización a Falcondo” *Hoy Digital* (Sept. 1, 2014), <http://hoy.com.do/gobierno-no-tiene-de-donde-pagar-indemnizacion-a-falcondo-por-loma-miranda/>

60 Véase Constitución de la República Dominicana Art. 102 (2015) (“Artículo 102.- Observación a la ley. Si el Poder Ejecutivo observa la ley que le fuere remitida, la devolverá a la cámara de donde procede en el término de diez días, a contar de la fecha en que fue recibida. Si el asunto fue declarado de urgencia, hará sus observaciones en el término de cinco días a partir de ser recibida. El Poder Ejecutivo remitirá sus observaciones indicando los artículos sobre los cuales recaen y motivando las razones de la observación. La cámara que hubiere recibido las observaciones las hará consignar en el orden del día de la próxima sesión y discutirá de nuevo la ley en única lectura. Si después de esta discusión, las dos terceras partes de los miembros presentes de dicha cámara la aprobaran de nuevo, será remitida a la otra cámara; y si ésta la aprobase por igual mayoría, se considerará definitivamente ley y se promulgará y publicará en los plazos establecidos en el artículo 101.”)

Presidente a través de la cual observó y devolvió al Congreso la ley que declaraba Loma Miranda Parque nacional.

En este tenor, la cuestión ante el tribunal es si la observación hecha por el presidente de la República puede impugnarse por medio de la acción directa de inconstitucionalidad. El tribunal respondió en negativo e inadmitió la acción directa. Para la finalidad del presente trabajo, vamos a concentrarnos en dos argumentos que el tribunal expuso para inadmitir la acción directa y por lo tanto no conocer sus méritos. Consideramos que esta decisión cae en el primer supuesto de las cuestiones políticas no justiciables, si nos valemos de *Baker*, es decir, que existe una atribución exclusiva a un órgano político y la decisión sobre dicha atribución le pertenece a otro órgano político y no así al Tribunal Constitucional para su revisión o control.⁶¹

El primer argumento versa sobre si la observación presidencial constituye una norma jurídica susceptible de control concentrado de constitucionalidad por medio de la acción directa. El tribunal consideró lo siguiente:

9.1. En el presente caso, la norma atacada lo constituye la observación que hiciera el presidente de la República, Lic. Danilo Medina, al proyecto de ley aprobado en el Congreso Nacional, que tiene como finalidad convertir a Loma Miranda en Parque Nacional. Las referidas observaciones fueron enviadas mediante la Comunicación núm. 023421, del dos (2) de septiembre de dos mil catorce (2012), al presidente del Senado, cámara en la cual fue aprobado el referido proyecto de ley.

...

9.3. La acción directa de inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución de la República y 36 de la Ley núm. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas). En este sentido, corresponde verificar si el referido acto de

61 Véase *supra* Parte I.



observación de la ley se encuentra dentro de las normas que pueden ser cuestionadas vía la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo a los indicados textos. En efecto, en el primero de los textos se establece que solo pueden ser atacadas mediante acciones directas de inconstitucionalidad las “(...) leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas (...)”; y, en el segundo, que “la acción directa de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan por acción u omisión, alguna norma sustantiva” .

9.4. En este sentido, partiendo de la hermenéutica de los textos transcritos se advierte que solo pueden ser cuestionados vía la acción de inconstitucionalidad las leyes, los decretos, reglamentos y ordenanzas; resulta que el objeto de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa no lo constituye ninguno de los actos anteriormente indicados.

A juicio del tribunal, a propósito de una interpretación textual, la observación presidencial es una actuación que no se manifiesta por medio de leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas. Además, como es práctica reiterada del TC dominicano, la acción directa de constitucionalidad procede solamente contra normas jurídicas, es decir, normas abstractas y de aplicación general.⁶² En este tenor, el tribunal observó que

9.6. Las observaciones que hace el presidente de la República a un proyecto de ley no son una norma jurídica, ya que lo que el titular del Ejecutivo se limita a expresar su opinión en relación con un proyecto de ley aprobado por el Congreso. Como consecuencia de estas observaciones el proyecto de ley de que se trate debe ser examinado por el Poder Legislativo. De este examen puede resultar que los legisladores acojan o rechacen las pretensiones hechas por el primer mandatario.

62 Véase, e.g., Sentencia TC/0051/12; Sentencia TC/0134/13.



Nótese cómo el tribunal desecha la acción al considerar que la naturaleza jurídica de las observaciones del Presidente de la república no corresponden con la de las normas jurídicas. Al ser así, entonces, no es posible adjudicar el caso bajo la acción directa de inconstitucionalidad. Hasta acá el argumento de justiciabilidad conforme a la naturaleza jurídica de las observaciones.

El segundo argumento, muy ligado al anterior, va al núcleo de la discusión: la relación entre la naturaleza de las observaciones y otros órganos políticos. El tribunal inadmite la acción por efecto de que las observaciones no son nada más que opiniones del Presidente sobre la ley aprobada por el Congreso, y los legisladores deben examinar esas opiniones para acoger o rechazar las mismas. Reiteramos acá el párrafo 9.6:

9.6. Las observaciones que hace el presidente de la República a un proyecto de ley no son una norma jurídica, ya que lo que el titular del Ejecutivo se limita a expresar su opinión en relación con un proyecto de ley aprobado por el Congreso. Como consecuencia de estas observaciones el proyecto de ley de que se trate debe ser examinado por el Poder Legislativo. De este examen puede resultar que los legisladores acojan o rechacen las pretensiones hechas por el primer mandatario.

Las ideas expuestas deben leerse conjuntamente con el párrafo 9.7 de los fundamentos jurídicos en la Sentencia TC/0009/17. En efecto, el tribunal reafirma el rol del Poder Legislativo en examinar la procedencia o improcedencia de las observaciones del presidente, ya que de intervenir el tribunal estaría invadiendo las atribuciones del Poder Legislativo para conocer de las observaciones. En efecto

9.7. En este orden de ideas, procede declarar inadmisibles la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa, no solo porque el objeto de la misma no es una norma jurídica, sino porque, además, es al Poder Legislativo a quien corresponde determinar la procedencia o improcedencia de las observaciones hechas por el Poder Ejecutivo. De lo anterior resulta que el Tribunal Constitucional invadiría la competencia de



dicho poder, si conociera de la acción directa de inconstitucionalidad que nos ocupa.

Lo expuesto revela que el TC dominicano reconoce que existen actuaciones que, por su naturaleza, les corresponden exclusivamente a otros órganos distintos a los órganos de administración de justicia. Al amparo de *Baker y Zivotofsky*, arriba examinados, las observaciones del presidente son opiniones de este respecto a una ley dictada por el Congreso, por lo que solo al Poder Legislativo le corresponde el conocimiento de estas según el texto constitucional. A fin de evitar invadir competencias asignadas para otros órganos, el TC dominicano se abstiene de conocer el caso al pronunciar su inadmisibilidad. En consecuencia, el TC dominicano no es el foro apropiado para conocer de las observaciones ya que, por su naturaleza, le son encomendadas exclusivamente al Poder Legislativo, situación que constituye un típico caso de cuestión política no justiciable.

Finalmente, puede argumentarse que el motivo desarrollado por el TC dominicano es *dictum* y, por lo tanto, no es vinculante para casos futuros similares. Ciertamente, puede argumentarse que la segunda parte del argumento era superfluo e innecesario, bastaba con que el tribunal reitera su doctrina de la inadmisión de la acción directa contra actos no-normativos. Sin embargo, existen buenas razones para sostener lo contrario. La naturaleza de las observaciones no sólo se limita a que no constituye un acto normativo, también es un acto con características particulares y que ya existe un órgano a quién le corresponde examinar la procedencia e improcedencia de las observaciones siendo dicho órgano el Poder Legislativo. De modo que era inevitable para el TC dominicano en este caso omitir la atribución del Poder Legislativo para conocer de las observaciones del presidente, apreciación que forma parte de las razones para decidir (*ratio decidendi*) de este caso.

Otro argumento que se suele oponer es que el TC dominicano estaría renunciando al poder de controlar la constitucionalidad. Este argumento es insustentable. Como se expresa en varias disposiciones de



la Constitución⁶³, el control de constitucionalidad no es un monopolio del Poder Judicial - a propósito del control difuso, como tampoco del TC dominicano. En efecto, el control de constitucionalidad puede ser político, en el sentido de que su ejercicio también es confiado a los órganos políticos en el marco de sus atribuciones.⁶⁴ La Constitución no es garantizada exclusivamente desde el Poder Jurisdiccional.⁶⁵

* * *

Las cuestiones políticas es un supuesto que influye en la justiciabilidad de un caso o controversia en el control de constitucionalidad. No toda cuestión política es susceptible de ser sometida a un tribunal y más arriba describimos los supuestos en los cuales esto es así. Pero, es importante destacar que las cuestiones políticas tienen una finalidad más allá de determinar cuándo un órgano de administración de justicia puede adjudicar o conocer un caso o controversia. En efecto, las cuestiones políticas no justiciables sirven como parámetro para deslindar los ámbitos de acción del Tribunal Constitucional y asimismo salvaguardar su legitimidad. Por ello, no solamente el TC dominicano debe abstenerse de conocer una materia que corresponde exclusivamente a un órgano político, también cuando su intervención suponga una interferencia con las actuaciones de ese otro órgano, o cuando bien el tribunal pueda intervenir, pero su intervención no haga más que ponerlo en vergüenza ante la imposibilidad de ejecución de sus sentencias.

63 Véase, e.g., Constitución de la República Dominicana Art. 93(2)(g) (2015) (indicando que el Poder Legislativo puede revisar los actos del Poder Ejecutivo y determinar si son conformes a la Constitución); Nassef Perdomo, *El Control Político en la Constitución de 2010*, 21 - 36 (2012) (presentando una noción amplia de control y las distintas manifestaciones bajo la Constitución dominicana).

64 Véase, e.g., Iván Escobar Fornos, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional* 88-90 (2005); Osvaldo Gozaíni, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional* Cap. 4 (2006).

65 Véase Luis Alejandro Silva Irrarázabal, *Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del Poder Judicial. El caso de los Estados Unidos*, 14 *Estudios Constitucionales* 231, 255 (2016). Sobre el concepto de Poder Jurisdiccional, véase Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/0175/13 (2013) (Mags. Ray Guevara y Díaz Filpo, salvamento) (describiendo en qué consiste el concepto de poder jurisdiccional como una noción amplia que abarca al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y al Tribunal Superior Electoral).



II. LA CARENCIA DE OBJETO Y JUSTICIABILIDAD⁶⁶

Otro elemento, junto a las cuestiones políticas, que inciden en la justiciabilidad del control de constitucionalidad es la que se refiere a que los casos o controversias, así como las normas o actos cuestionados ante el órgano de administración de justicia deben estar vigentes. Al momento en que el órgano de administración de justicia conozca del caso o controversia, las cuestiones que envuelven estos deben existir. En el caso de la acción directa, por ejemplo, el requerimiento de vigencia de los casos o controversias condiciona su admisibilidad, a propósito de la falta de objeto.

Para el TC dominicano, la falta de objeto trae como consecuencia la inadmisión de la acción directa de inconstitucionalidad. El TC dominicano considera la falta de objeto como un medio de inadmisión que es tradicionalmente admitido en la jurisprudencia dominicana.⁶⁷ Por ello, cuando una norma deroga a otra se entiende que ha desaparecido y, por ende, la acción que versa sobre el cuestionamiento de esa norma derogada carece de objeto.⁶⁸

Para los propósitos de la acción directa de inconstitucionalidad, a fin de que el tribunal pueda adjudicar la controversia, tiene que tratarse de una norma válida. Para el TC dominicano, una norma válida es aquella que existe, que está vigente y que produce efectos jurídicos.⁶⁹ Pero, si la

66 Una versión preliminar de esta sección se expuso en nuestro blog personal, véase Amaury A. Reyes-Torres, “¿Puede una norma ser capaz de repetición y aun así evadir el control de constitucionalidad?”, *Galletas Jurídicas* (Agos. 15, 2016), <https://galletasjuridicas.wordpress.com/2016/08/15/puede-una-norma-ser-capaz-de-repeticion-y-aun-asi-evadir-el-control-de-constitucionalidad/>

67 Véase Sentencia TC/0023/12 (explicando la falta de objeto como un medio inadmisión en la jurisprudencia constitucional dominicana).

68 Véase Sentencia TC/0023/12; Sentencia TC/0024/12 (concluyendo que la acción carece de objeto cuando el mismo ha quedado extinguido por su desaparición del ordenamiento jurídico); TC0025/12 (concluyendo que la acción carece de objeto al abrogarse la norma cuestionada); Véase, por igual, Sentencia TC/113/13 (2013); Sentencia TC/0188/14 (2014); Sentencia TC/191/14 (2014); Sentencia TC/224/14 (2014) (explicando que si la norma ha dejado de existir por derogación, no puede ser objeto de control); Sentencia TC/0281/14 (2014) (indicando que la derogación por vía legislación o reglamentaria extingue el objeto de la acción).

69 Véase Sentencia TC/0014/13 (2013) (considerando que la norma objeto de la acción debe estar vigente).



misma es derogada deja de existir, se extingue el objeto de la acción.⁷⁰ Si ha desaparecido la norma, de acuerdo al tribunal, carece de sentido de que exista un pronunciamiento sobre una norma que ya no produce efectos jurídicos como consecuencia de su desaparición sobrevenida.⁷¹

La falta de objeto resulta, además, cuando la norma jurídica cumple su finalidad, sea por transitoriedad o plazo indicado en ella misma.⁷² Si la vigencia de la aplicación de una norma se extiende por un período determinado a partir de su publicación, y dicho período culmina mientras está pendiente la acción, la acción carece de objeto.⁷³ Asimismo, si la norma jurídica derogada o su modificación tiene como consecuencia el reconocimiento de las pretensiones del accionante, entonces, la acción debe ser inadmitida por falta de objeto.⁷⁴ Además, el tribunal ha considerado inadmisibles la acción contra una norma que ha sido dictada para una situación determinada y la misma ha cumplido su finalidad.⁷⁵ En adición a esto, la falta de objeto resulta por la derogación producto de la supresión de competencia a favor de otro órgano.⁷⁶

Criterios parecidos han sido extendidos por el TC dominicano a otros procesos y procedimientos constitucionales, a propósito de la revisión de amparo.⁷⁷ De modo que, la cuestión de la vigencia del caso

70 *Id.*; véase Sentencia TC/0055/13 (2013) (explicando que la derogación de la norma extingue el objeto de la acción); Sentencia TC/0126/13 (2013); Sentencia TC/0164/14 (2014)

71 Véase Sentencia TC/0169/14 (2014); Sentencia TC/0210/14 (2014) (concluyendo que si la norma no pertenece al ordenamiento jurídico, no podrá ser revisada; Sentencia TC/0126/16 (2016) (carece de sentido todo pronunciamiento del tribunal).

72 Véase Sentencia TC/0259/14 (2014) (concluyendo que cuando la norma cumple su finalidad y deja de pertenecer al ordenamiento, la acción carece de objeto); Sentencia TC/0282/14 (2014) (temporalidad de la norma).

73 Véase Sentencia TC/0282/14 (2014)

74 Véase Sentencia TC/0176/15 (2015).

75 Véase Sentencia TC/0382/14 (2014) (“En ese sentido, el proceso electoral en el que fueron organizadas las elecciones congresionales de dos mil seis (2006) es una realidad consumada que no puede ser alterada por los poderes públicos, en virtud del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 110 de la Constitución de la República, que deja sin objeto la acción directa de inconstitucionalidad.”) (consumación de la materia objeto de la acción); Sentencia TC/0301/14 (2014) (indicando que la acción carece de objeto al haber transcurrido tres elecciones desde la interposición de la acción)

76 Véase Sentencia TC/0248/14 (2014).

77 Véase Sentencia TC/0035/13 (2013); Sentencia TC/0072/13 (2013); Sentencia TC/00146/16 (2016).



o controversia no se limita exclusivamente a la acción directa de inconstitucionalidad, la falta de objeto se configura también en los demás procesos y procedimientos constitucionales que impide que el Tribunal Constitucional conozca sobre las pretensiones presentadas en el marco de dichos procedimientos constitucionales.

La interrogante que se plantea es si, aun cuando el objeto de la acción o litigio ha cesado de existir o ha sido derogado, ¿puede el tribunal conocer del litigio? Para ello debemos estudiar si es posible analizar los efectos pasados y futuros de la norma derogada para determinar si existe posibilidad de control (A); así como analizar la aplicabilidad doctrina “capaz de repetición, y aun así evadir justiciabilidad”, desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos, a fin de saber cómo esta doctrina puede incidir en la jurisprudencia de la falta de objeto desarrollada por el TC dominicano (B).

A. Días del futuro pasado: Los efectos futuros y pasados de la norma derogada y el nuevo acto legislativo

1. Los efectos pasados y futuros de la norma derogada

La carencia de objeto o la sustracción de la materia conlleva a la inadmisión de la acción directa de inconstitucionalidad, por lo que el TC dominicano estaría impedido de decidir el caso. Pero, habrá que preguntarse qué sucede cuando la norma derogada o inexistente produce efectos hacia el futuro incluso ya derogada o bien que los efectos permanecen en el pasado. Esta interrogante es relevante a fin de determinar cuándo realmente la ausencia de objeto es un impedimento para ejercer el control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional de Perú observó que la carencia de objeto se produce con la derogación de la norma. Sin embargo, en ciertos casos la carencia de objeto no se configura aun cuando la norma es derogada. En este tenor:

(...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en



los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.”⁷⁸

En este tenor, el TC dominicano pudiera adjudicar o conoer un caso o controversia respecto a una norma jurídica, aun derogada, si: a) surte efectos a futuro incluso después de la derogación; y b) los efectos de las normas que acontecieron en el pasado.⁷⁹ Pero, el problema que resulta cuando se examina la inconstitucionalidad en este último supuesto es que se deberá examinar caso por caso ya que toda norma derogada produce efectos hacia el pasado y si es así, entonces, toda norma derogada podrá ser enjuiciada en inconstitucionalidad sin ningún tipo de restricción, lo cual llevaría a un caos. De modo que el objeto de control versará sobre aquellas situaciones vigentes que acaecieron en el pasado al amparo de la norma jurídica derogada.

En este sentido,

las relaciones constituidas al amparo de la norma derogada antes de la derogación siguen, en principio, reguladas por la norma derogada, la cual, a pesar de su derogación, seguirá siendo aplicada por los jueces al resolver controversias concernientes a dichas relaciones. Es lo que se conoce como ultraactividad o posactividad de la norma derogada. Dado que la norma vieja sigue siendo apta para regular las situaciones nacidas a su amparo, es posible declarar su invalidez en la sede del Tribunal Constitucional, lo cual la expulsaría del sistema⁸⁰

78 Tribunal Constitucional de Perú, STC 0004-2004-AI, F.J. 2; STC 0019-2005-PI/TC, F.J. 5

79 STC 0019-2005-PI/TC, F.J. 5

80 Edurado Jorge Prats, *El Tribunal Constitucional y las impurezas del Kelsen dominicano*, Acento (Oct. 24, 2014), <http://acento.com.do/2014/opinion/8187097-el-tribunal-constitucional-y-las-impurezas-del-kelsen-dominicano/>



Para Kelsen, en este mismo sentido, la distinción también es relevante. En la “garantía jurisdiccional de la Constitución”, el autor sostiene que

[p]arece obvio que el Tribunal Constitucional no puede conocer sino las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general —en este sentido sólo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta— aboga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aun en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada —se supone que no ha sido el Tribunal Constitucional el que la ha anulado—, es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba. Pero esto supone una sentencia del Tribunal Constitucional.⁸¹

En consecuencia, la derogación de la norma es un supuesto que condiciona la justiciabilidad de un caso o controversia a través de la acción directa de inconstitucionalidad. Pero, si la norma jurídica derogada aún produce efectos hacia el futuro o si se está cuestionando aquellos efectos que acontecieron el pasado, pero que aún están vigentes, es probable que el TC dominicano pudiese - excepcionalmente - adjudicar el caso o controversia por considerarse existente su objeto.

81 Hans Kelsen, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución, 10 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 31 (2008), <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/156/kelsen,%20hans%20-%20la%20garanta%20jurisdiccional%20de%20la%20constitucion.pdf>



2. Derogación y el nuevo acto legislativo

Otro desafío para la cuestión de la justiciabilidad de casos y controversias en el control de constitucionalidad se refiere al tema de la derogación y la existencia de nuevos actos legislativos. Si en el curso de un caso o controversia pendiente ante el TC dominicano el legislador decide dictar un acto legislativo posterior que derogue la norma impugnada ¿esto realmente sustrae la materia del control como consecuencia de la inexistencia o falta de vigencia del caso o controversia originado por la derogación? ¿puede el TC dominicano aún retener el caso o la controversia dependiendo de los efectos del nuevo acto legislativo respecto al acto legislativo pendiente de decisión ante el TC dominicano?

Acá es preciso preguntarse ¿cuándo existe un nuevo acto legislativo? Por qué es relevante?. La Suprema Corte de la Nación mexicana aborda la cuestión desde tres aristas: a) un criterio formalista donde la emisión de un acto legislativo es un nuevo acto legislativo, sin importar que guarde similitudes con el derogado⁸²; y b) un criterio voluntarista que refiere a la voluntad del legislador, previo un proceso legislativo particular, reiterar o no el acto legislativo⁸³; y c) un criterio material que alude a que cuando existe un cambio directo o indirecto en el contenido o núcleo normativo del precepto,

82 Véase SCJN, P. LII/2008. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Junio de 2008, 15 (“En ejercicio de su libertad de configuración, los órganos que participan en el proceso legislativo expresan su voluntad soberana a través del mecanismo establecido por el Constituyente en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consolidándose así la posibilidad de que sus integrantes no queden sujetos a la voluntad de quienes los antecedieron a través de las normas que emitieron, existiendo la posibilidad de que un nuevo cuerpo legislativo apruebe nuevos ordenamientos. Así, el ejercicio democrático de los representantes del pueblo a través del procedimiento indicado, debe entenderse bajo la idea de que en él se da espacio a las distintas opciones políticas, las cuales pueden expresar en un nuevo acto legislativo su voluntad de legislar en el sentido específico en que lo hagan, que podrá ser repitiendo con exactitud o con similitudes la norma antes vigente o introduciendo variaciones esenciales o accidentales, lo que conforme al principio de que la ley nueva deroga a la anterior, conlleva a que haya una nueva norma, independientemente de su contenido.”), <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/169/169464.pdf>

83 Véase SCJN, AI 24/2012; AI 2/2010.



no necesariamente textual, se está en presencia de un nuevo acto legislativo.⁸⁴

Esta discusión importa sobre todo por lo esbozado por el magistrado Acosta de los Santos en su voto a la Sentencia TC/0127/16. En este caso, el TC dominicano examinaba una acción directa de inconstitucionalidad contra el artículo 422 del Código Procesal Penal, a propósito de los efectos del recurso de apelación. El TC dominicano observó que dicho texto legislativo fue objeto de una modificación mediante la Ley 10-15 mientras la acción directa en cuestión se encontraba en estado de recibir fallo. En este sentido, el TC dominicano apreció que

8.3. Resulta que el numeral 2.2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, instituido por la Ley núm. 76-02, establecía: Al decidir, la Corte de Apelación puede: Rechazar el recurso, en cuyo caso la decisión recurrida queda confirmada; o Declarar con lugar el recurso, en cuyo caso: (...) 2.2. Ordena la celebración total o parcial de un nuevo juicio ante un tribunal distinto del que dictó la decisión, del mismo grado y departamento judicial, cuando sea necesario realizar una nueva valoración de la prueba; más este fue modificado por el artículo 103 de la Ley núm. 10-15, promulgada el seis (6) de febrero de dos mil quince (2015), el cual establece: Se modifica el Artículo 422 de la Ley No. 76-02, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana, para que diga en lo adelante del modo siguiente: Artículo 422.- Decisión. Al decidir, la Corte de Apelación puede: Rechazar el recurso, en cuyo caso la decisión recurrida queda confirmada; o declarar con lugar el recurso, en cuyo caso: (...) 2. Ordena, de manera excepcional, la celebración de un nuevo juicio ante el tribunal de primera instancia, únicamente en aquellos casos de gravamen que no pueda ser corregido directamente por la Corte.

84 Véase Jorge Carlos Peniche Baqueiro, *Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad*, 7 Revista In Jure Anáhuac Mayab 91 [<http://anahuacmayab.mx/injure>].



El magistrado Acosta de los Santos discrepó aduciendo que la modificación no ha sido sustancial o relevante, que la cuestión esencial se mantiene que es la posibilidad de ordenar la celebración de un nuevo juicio. En este tenor, el magistrado discrepante sostiene que

4. Cuestionamos el hecho de que la mayoría de este tribunal constitucional no haya fijado su posición al respecto, ya que consideramos que el Tribunal tenía la obligación de analizar la indicada inconstitucionalidad a pesar de que el artículo 422 del Código Procesal Penal haya sido modificado. Esto así, porque el nuevo texto conserva el contenido esencial del artículo objeto de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa. En efecto, según el nuevo texto la Corte de Apelación mantiene la facultad de ordenar la celebración de un nuevo juicio, aspecto que es, precisamente, el que cuestiona el accionante, lo cual puede comprobarse al leer la instancia depositada en la Secretaría de este tribunal. El Tribunal Constitucional debió conocer el fondo de la acción directa de inconstitucionalidad a pesar de que el texto cuestionado haya sido modificado, en razón de que el nuevo texto conserva la posibilidad de ordenar la celebración de un nuevo juicio por parte de la Corte de Apelación, aspecto que es, precisamente, el que el accionante cuestiona.

El magistrado entiende que, a los fines del objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, el acto legislativo posterior podría no considerarse “nuevo” porque mantiene la misma facultad que ha sido cuestionada por el accionante: la facultad de celebrar un nuevo juicio. En este caso, podría argumentarse que el acto legislativo que modifica el Código Procesal Penal no es un nuevo acto legislativo a fin de determinar la existencia de una norma. Por lo tanto, no produce una derogación de la norma; y si el argumento es correcto, el caso o la controversia subsistirá y la acción directa de inconstitucionalidad resulta admisible.

Como puede observarse *ut supra*, el TC dominicano mantiene una concepción formalista para determinar la existencia de una derogación por la emisión de un nuevo acto legislativo. Pero, el desafío que se presenta es



cuando no existe una actuación clara para modificar el acto legislativo, a pesar de que se ha emitido un acto posterior que no produce un cambio en el núcleo normativo de la disposición o texto jurídico. En el caso de la Sentencia TC/0127/16, es posible argumentar que, a pesar de que existe un nuevo acto legislativo que restringe las facultades de la Corte de Apelación para ordenar un nuevo juicio, no se trata de un acto legislativo posterior que aluda a la derogación de la norma que impida la adjudicación del caso, si asumimos la tesis de la Corte Suprema de Justicia de México. Esto por efecto de que todavía la sustancia del reclamo se mantiene que es el cuestionamiento de la facultad general de ordenar la realización de un nuevo juicio penal.

El problema que trae la atractiva teoría del nuevo acto legislativo, en primer lugar, es que no existe un estándar claro para determinar cuando existe un nuevo acto legislativo más allá de la doctrina formalista. En segundo lugar, incrementa las fronteras de lo que implica un caso o controversia y podría constituir al tribunal en un tribunal de opiniones consultivas o un tribunal consultivo. La vigencia de las controversias o casos constituye un límite a los poderes de adjudicación constitucional que tiene el TC dominicano, en aras de la seguridad jurídica y el principio republicano. Por último, en tercer lugar, el problema de procedimiento que supone admitir la teoría. En realidad, el tribunal tendría que ser apoderado formalmente del acto legislativo posterior, o al menos las participantes en el proceso pongan al TC dominicano en condiciones para evaluar el acto legislativo anterior y posterior para determinar si existe uno nuevo sin que esto suponga problemas desde la óptica del derecho de defensa y el principio de inmutabilidad del proceso.

Además, sería necesario evaluar si la modificación responde o no a los reclamos que se hacen contra el antiguo acto legislativo o si se mantienen los reclamos intactos. Entonces, no habrá problemas con el derecho a la defensa de los participantes si le son notificados el nuevo acto y la reiteración de los reclamos. Si existe una variación, las posibilidades que sea un nuevo acto legislativo serán más altas y pondrá al TC dominicano en alerta para evitar el riesgo de incurrir una mutación del proceso como consecuencia del acto legislativo posterior introducido en la discusión.

**B. La Doctrina “Capaz de repetición, y aun así evadir Justicia-
bilidad” y la derogación**

**1. La doctrina “capaz de repetición, pero aun así evadir jus-
ticiabilidad” ante la Suprema Corte de Estados Unidos
(SCOTUS)**

La doctrina “capaz de repetición, pero aun así evadir justiciabilidad” ante la Suprema Corte de Estados Unidos (SCOTUS) responde a los supuestos de justiciabilidad de casos o controversias ante tribunales federales derivados del artículo III de la Constitución federal. Bajo el artículo III, los tribunales federales conocen sobre “casos y controversias” lo cual supone varias cosas: 1) la legitimación activa por aquella persona que ha sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la actuación del demandado, y que la petición sea susceptible de remedio otorgado por el tribunal ; 2) el caso debe estar lo suficientemente “listo” o “instruido” para su conocimiento; y 3) que el objeto de pretensión puede ser decidido por el tribunal, lo cual significa que debe estar vigente o existir al momento en que la acción o la demanda es interpuesta, así como en todas las etapas del proceso.⁸⁵

Si el objeto de la acción desaparece, no solo carece de todo sentido un pronunciamiento del tribunal al respecto, el tribunal es incapaz de otorgar el remedio que el peticionario busca.⁸⁶ En estos casos, la controversia se considerará carente de objeto o “*moot*.” Pero, SCOTUS ha identificado que existen casos en los cuales, si bien el objeto de la pretensión ha dejado de existir, la carencia de objeto no debe ser declarada si la situación en sí es capaz de repetición en el futuro. Esto porque a pesar de que pueda existir repetición, la extinción del objeto se produce a tal velocidad o forma que siempre evitará que el tribunal se pronuncie sobre ello. Por esto, a modo de excepción, el tribunal conocerá la demanda porque es una situación “capaz de repetición”, ya

85 Véase, e.g., *Already LLC v. Nike, Inc.*, 568 U.S.____(2013).

86 Véase *Kingdomware Tech. v. United States*(2016)



que como sucede y termina tan rápido antes de que el tribunal no pueda conocerlo.⁸⁷

De acuerdo con SCOTUS, esta excepción “capaz de repetición, y aun así evadir justiciabilidad” procede en dos (2) casos: 1) la actuación o acto cuestionado es de tan corta duración que impide su litigio antes de su expiración o la cesación de sus efectos; 2) existe una expectativa razonable que la parte demandante o accionante sea sometida nuevamente a la misma actuación, acto, o norma.⁸⁸ Por ejemplo, tomemos el caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). La peticionaria en dicho caso cuestionó la constitucionalidad de la prohibición estatal de acceso al aborto. Sin embargo, durante el desenvolvimiento del litigio, el embarazo terminó y, por ende, ya el aborto era imposible. Este es un típico caso que revela una falta de objeto. Pero, SCOTUS consideró que “las leyes que prohíben el aborto provocarán daños futuros, que tales daños evadieron el control judicial porque el tiempo de la gestación humana es invariablemente corto en comparación con el tiempo para el litigio humano.”⁸⁹ Si el tribunal sencillamente declarase el caso “*moot*” o carente de objeto, entonces, la actuación impugnada siempre evadiría el control judicial por el tribunal. De este modo, al evadir el control judicial porque termina tan rápido o porque de los efectos de la actuación culminan tan pronto, se convierte así en una cuestión no justiciable.

2. Falta de objeto, Leyes de Presupuesto, y la Doctrina de “Repetición, y aun así evade justiciabilidad”

Como vimos sumariamente *ut supra*, el TC dominicano ha concluido que, como regla general, no amerita pronunciamiento alguno si la acción o caso carece de objeto sea porque: 1) la norma ha dejado de

87 Véase Erwin Chemerinsky, “An Unified Approach to Justiciability”, 22 Connecticut L. Rev. 677, 680 (1990)

88 Véase *Spencer v. Kemna*, 523 U.S. 1, 17 (1998).

89 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 125 (1973)



existir como consecuencia de la derogación, como también ha cesado en sus efectos; o 2) porque el objeto de la pretensión ya ha cumplido su finalidad. Existen buenas razones para ello. Primero, emitir un pronunciamiento sobre el mismo, cuando el objeto ha cesado en cuanto a sus efectos, o bien como consecuencia de la derogación deja de existir, lo cual colocaría al tribunal en una especie de tribunal consultivo, condición que no es posible en nuestro sistema. Segundo, agrava la dificultad contramayoritaria del tribunal, ya que sus integrantes no son elegidos mediante voto directo, y su legitimación es de tercer grado (elección mediante el Consejo Nacional de la Magistratura), como también reside en la representatividad de su capacidad argumentativa.⁹⁰

¿Existen situaciones con la capacidad de repetición, pero, que evaden control que motivarían al TC dominicano a modificar su doctrina sobre la falta de objeto como medio de inadmisión? El tema del presupuesto anual es un buen punto de partida. El Tribunal ha dictado las sentencias TC/0209/15; TC/0113/13; TC/0124/13; TC/0227/13, todas relativas al presupuesto general del Estado que se aprueba y promulga cada año. En cada una de las sentencias, el TC dominicano ha considerado que, al momento de decidirse la acción, el objeto se ha extinguido por la aprobación de una nueva norma presupuestaria.

Uno de los principios que rige el proceso presupuestario es el de periodicidad. Cada año debe aprobarse un nuevo presupuesto para el periodo presupuestario correspondiente. Por lo que el potencial accionante tendría que accionar contra la norma en un año. Pero, ¿realmente es así? Recordemos que no existe un plazo para someter la acción directa, y que el procedimiento de la acción directa supone: 1) el depósito de la acción; 2) el tribunal notifica la acción, y tanto la autoridad que emite la norma así como el procurador emite una opinión en un plazo de 30 días; 3)

90 Véase Robert Alexy, “El control de constitucionalidad como representación argumentativa”, en Jorge Luis Fabra Zamora & Leonardo García Jaramillo, *Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones Fundamentales* 215-30 (2015) (explicando que la legitimación argumentativa de un tribunal se basa en que existan argumentos correctos o razonables, y que existan las suficientes personas racionales que aceptes tales argumentos).



la fijación de audiencia; y 4) la decisión en plazo de 4 meses.⁹¹ Existen, mínimo, seis meses de pasos procesales que deben completarse antes de que el tribunal dicte una sentencia debido al mandato del legislador. Asimismo, es posible que el accionante interponga la acción dos o tres meses después de que la ley ha sido aprobada y promulgada.

Estos, entre otros elementos, pueden provocar que la norma deje de surtir efectos antes de que termine el proceso o procedimiento jurisdiccional de control y, por ende, el tribunal no pueda ejercer el debido control de constitucionalidad. Más preocupante aún, como el presupuesto es anual, y en vista de los elementos ya mencionados, es muy difícil que el tribunal pueda ejercer su competencia sobre la norma porque cada vez que inicia el procedimiento siempre dejará de surtir efectos antes de que el tribunal emita un pronunciamiento. De modo que el poder público no tendría incentivo para evitar dictar normas inconstitucionales porque aun cuando las dicte, no habrá quien ejerza el control de constitucional por efecto de la desaparición de la norma o el cese de sus efectos antes de que el tribunal adjudique la controversia. En otras palabras, el TC dominicano siempre llegará demasiado tarde para controlar la constitucionalidad de la norma.

Por ello, ante estos casos en que la desaparición o la cesación de efectos se producen antes de que culmine el control de constitucionalidad, el tribunal podría considerar una excepción a la regla. Esta excepción permitiría que el tribunal cumpla el mandato asignado por la Constitución debido a que esas situaciones son capaces de “repetición, y aun así evadir justiciabilidad.” Siguiendo la doctrina desarrollada por SCOTUS, tres serían los supuestos para aplicar la doctrina descrita: 1) la actuación o acto cuestionado es de tan corta duración que impide su litigio antes de su expiración o la cesación de sus efectos; 2) existe una expectativa razonable que la parte demandante o accionante sea sometido-

91 Véase, en general, Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos Constitucionales Arts. 38 y ss. (2011)



da nuevamente a la misma actuación, acto, o norma. Un tercer supuesto sería, nos atrevemos a proponer, que: 3) el objeto de control debe ser susceptible de una repetición previsible, más que una repetición remota. Este último supuesto evitaría que se desborde la aplicación de la excepción, y evite que el tribunal se convierta en un tribunal consultivo, y que su legitimidad democrática no se verá mermada. Este sería el caso de las reformas constitucionales por medio de la ley que declara la necesidad de la reforma y la convocatoria de la asamblea nacional revisora, las cuales no se repiten con un nivel de previsibilidad tal que admita la aplicación de la doctrina.⁹²

Existe un contrargumento. Es posible argumentar que el tribunal podría replicar lo realizado en la Sentencia TC/0124/13 (2013). Pero, no sería adecuado hacer esto por al menos dos razones fundamentales. Primero, replicar la Sentencia TC/0124/13 implicaría que el tribunal tenga que recurrir a las *dicta* (pronunciamientos no vinculantes) para que trace los lineamientos necesarios para que las actuaciones futuras sean conformes a la Constitución. El problema de esto es que la *dicta* no es vinculante, y no goza de la fuerza de precedente que se deriva del artículo 184 constitucional y que se predica de las sentencias del TC dominicano en su *ratio decidendi*. De hecho, es lo que sucede con la Sentencia TC/0124/13, la cual declara inadmisibles las acciones directas de inconstitucionalidad por falta de objeto, debido a que la norma presupuestaria fue derogada por otra posterior, pero el tribunal expone las pautas y principios que deben gobernar la actuación presupuestaria que directa o indirectamente inciden en los méritos de la pretensión. Sin

92 Recientemente, el TC dominicano consideró que tiene competencia para examinar la constitucionalidad de la ley que declara la necesidad de reformar la Constitución y convoca la asamblea nacional revisora. Pero, existen buenos motivos por los cuales, bajo la teoría política y la teoría de la Constitución, no es posible dicho control. De hecho, una vez reunidos en las labores y aprobada la Constitución para su proclamación, la acción directa contra esta ley carecería de objeto. Este no es el lugar para desarrollar esto. Véase Tribunal Constitucional dominicano TC/0224/17 (2017). Pero véase Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/0170/14 (2014) (inadmitiendo acción directa contra ley que declara la necesidad de la reforma constitucional por haber desaparecido tras el término de la reforma) *distinguida por* Sentencia TC/0224/17 (2014).



embargo, en vista de que no constituye la razón de decisión, no es *ratio decidendi*, y por ende, no es vinculante. Esto ocurre así independientemente de que las *dicta* tienen un determinado valor práctico.

Segundo, en un Estado Constitucional de derecho el control jurisdiccional de los actos o actuaciones de los poderes públicos constituye un pilar esencial. De permitirse que estas situaciones continúen su repetición a través del tiempo, y aun así evadir todo posible control, entonces, hablaríamos de la existencia de esferas inmunes o exentas de control constitucional. Sin embargo, si la actuación fuese una cuestión política no justiciable, buenas razones existirían para evadir todo control jurisdiccional, como ya expusimos en la primera parte de este trabajo; pero al tratarse de una cuestión jurídica, la evasión de justiciabilidad por ante los tribunales es incompatible con el estado constitucional de derecho.

Además, aplicar los supuestos de la doctrina “capaz de repetición, y aun así evadir justiciabilidad” no es algo totalmente ajeno al pensamiento jurídico dominicano. El Magistrado Acosta de los Santos ha discrepado, en varias sentencias, de la posición mayoritaria que ha inadmitido la acción por falta de objeto. En sus votos el Magistrado sostiene que es importante que el tribunal conozca de los méritos de la acción porque es capaz de repetición en el futuro⁹³. La posición del Mag. Acosta de los Santos podría ser adoptada, con ciertos ajustes, para que sea estrictamente aplicada la doctrina de “capaz de repetición, y

93 Véase, e.g., Sentencia TC/0025/13 (2013) (Acosta de los Santos, Mag., discrepando) (*considerando que “[l]a utilidad de resolver el fondo de la acción en inconstitucionalidad consiste en que el Tribunal Constitucional dejaba cerrada la posibilidad del surgimiento de nuevas acciones en relación con el mismo tema, evitando de esta forma tener que instrumentar nuevos procesos y dictar sentencias al respecto.”*). Más aún, el Magistrado entiende que el objeto de la acción no ha desaparecido porque “los aspectos de orden constitucional siguen teniendo vigencia.” Sentencia TC/0008/16 (2016) (Acosta de los Santos, Mag., discrepando) (*“En efecto, el presente caso era propicio para que el Tribunal Constitucional se refiriera a una cuestión constitucional nodal para nuestro sistema político, como lo es el relativo a la prerrogativa que tiene la Junta Central Electoral para controlar el uso de los fondos públicos en campañas electorales. Una decisión sobre el indicado tema trasciende los periodos electorales, porque permitiría trazar pautas de orden general. La declaratoria de inadmisibilidad de la acción de inconstitucionalidad impidió al tribunal trazar las referidas pautas.”*)

aun así evadir justiciabilidad” como excepción al medio de inadmisión por falta de objeto. Esto también es común en el derecho comparado iberoamericano, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha abordado el tema de manera similar para la admisión de los recursos de inconstitucionalidad contra las normas de presupuesto.⁹⁴

* * *

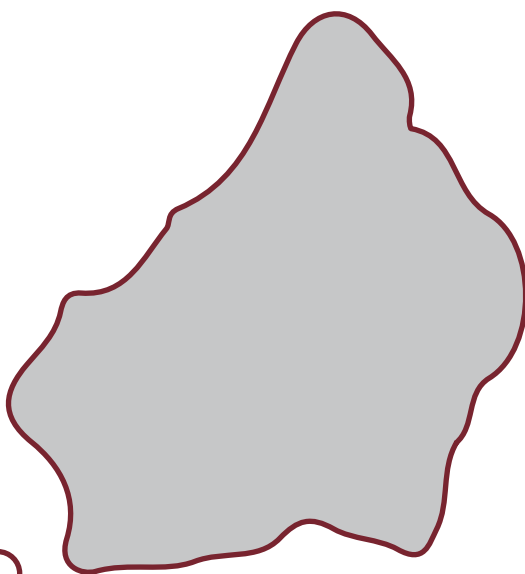
La cuestión de la justiciabilidad de ciertos casos o controversias ante el Tribunal Constitucional es esencial para comprender los desafíos del control de constitucionalidad en iberoamérica, en particular en República Dominicana. La justiciabilidad juega un rol en el sentido de que nos permite identificar cuáles son las fronteras o límites del control de constitucionalidad a cargo de un órgano de administración de justicia como lo es el Tribunal Constitucional. Los criterios de justiciabilidad, en particular los examinados en el presente trabajo, delimitan las atribuciones del Tribunal Constitucional sobre casos o controversias que no supongan “objeciones de política pública y determinaciones de valor que constitucionalmente son dejados al arbitrio del Congreso o a los confines del Poder Ejecutivo”⁹⁵; o que simplemente dejaron de existir. Si bien el neoconstitucionalismo no impide ver más allá de una Constitución normativamente cargada con normas y principios, y con un control de constitucionalidad fuerte, el gobierno no puede quedarse únicamente a manos de los tribunales a riesgo de perder su legitimidad. Sin embargo, existirán momentos donde la política o atribuciones de otras ramas políticas no dependan de los criterios de oportunidad y conveniencia, cuando sea así, los principios jurídicos entran en vigor y una decisión del tribunal es requerida.

94 Véase Tribunal Constitucional español, SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 2; 13/2007, de 18 de enero, FJ 1; STC 237/2007, de 8 de noviembre, FJ 1, y STC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 2.

95 *Cfr. Japan Whaling Ass'n v. Am. Cetacean Soc.*, 478 U.S. 221, 230 (1986).



Jornada de Justicia y Derecho Constitucional



Provincia La Romana

1 de septiembre de 2017

PALABRAS DE APERTURA

MAG. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Muy buenos días a todas y todos,

El Tribunal Constitucional decidió en el marco de la celebración de su V Aniversario celebrar cinco (5) Jornadas de Derecho y Justicia Constitucional, en las provincias Puerto Plata, La Romana, Barahona, Santiago y el Distrito Nacional. El objetivo de esa decisión fue llevar a esas comunidades jurídicas a connotados juristas nacionales e internacionales para abordar temas de gran relevancia constitucional que impactan directamente en la vida de los ciudadanos. Cumple así el Tribunal con el mandato de su Ley Orgánica relativo a la promoción de los estudios de Derecho Constitucional.

En esta oportunidad, el tema de la Jornada es “La Tutela de los Derechos Económicos y Sociales en la República Dominicana”. El desarrollo del constitucionalismo social es una preocupación esencial de nuestro Tribunal. Así, el Segundo Congreso de Derecho y Justicia Constitucional celebrado en la ciudad de Santo Domingo, los días 26 y 27 de noviembre de 2014, tuvo como tema “Los Derechos Económicos y Sociales y su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho”.

En esa oportunidad, señalé lo siguiente: *“He manifestado y reitero que el Artículo 7 convierte a la Constitución en un instrumento de lucha contra la pobreza. El Estado Social, en mi opinión, se plantea como una meta a conseguir que implica un cambio de paradigma frente al viejo Estado liberal, que privilegiaba la libertad política sobre la igualdad real de los ciudadanos; es decir, marca una ruptura con el neoliberalismo y el Estado liberal de Derecho. Se reconoce la economía de mercado, sin aceptar la sociedad de mercado.”*

Como la cristalización de los derechos económicos, sociales, culturales, ecológicos y deportivos, constituyen elementos de un Proyecto de Nación, necesario es, pues, que el Tribunal, además de las decisiones jurisprudenciales que adopta en ese ámbito siga promoviendo y debatiendo sobre los elementos que conducen a una efectiva tutela de su consecución progresiva.

En esta pujante, hospitalaria y prestigiosa Universidad Federico Henríquez y Carvajal (UFHEC), en presencia de su rector, Alberto Ramírez Cabral y sus autoridades académicas, hemos venido a esta laboriosa comunidad de La Romana, con honradora tradición de luchas obreras, de conquistas y de convenios colectivos de condiciones de trabajo ejemplares a compartir las reflexiones sobre el tema que nos ocupa con la digna presencia de los juristas y estudiosos del derecho que nos acompañan.

La conferencia central estará a cargo del catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla La Mancha, Marcos Francisco Massó Garrote, connotado académico, quien coincidencialmente fue el orador internacional del Segundo Congreso antes mencionado.

Sus profundos conocimientos del Derecho Constitucional Comparado y del Derecho Constitucional Dominicano constituyen una relevante carta de presentación. Este conferencista será presentado por el magistrado Justo Pedro Castellanos Khoury, juez miembro del Tribunal Constitucional.

En adición, el panel que seguirá, será moderado por el magistrado Jottin Cury David, contando con la auspiciosa participación de recono-



cidos constitucionalistas, catedráticos y directores académicos: Lic. Jimena Conde Jiminián, en representación del Dr. Flavio Darío Espinal, Dr. Cristóbal Rodríguez y el prometedor joven, Lic. Félix Tena, asesor de la Presidencia del TC.

Estoy seguro que la exposición de estos connotados panelistas suscitarán preguntas y debates entre esta distinguida concurrencia.

¡Declaro abierta esta Segunda Jornada de Justicia y Derecho Constitucional!

¡Muchas gracias!

LA TUTELA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

PANELISTA

Jimena M. Conde Jiminián

Subconsultora jurídica del Poder Ejecutivo
República Dominicana

LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO: NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE SU EXIGIBILIDAD Y TUTELA

MAG. JIMENA M. CONDE JIMINIÁN
Subconsultora jurídica del Poder Ejecutivo de la República Dominicana

La configuración de Estado que caracteriza el constitucionalismo contemporáneo busca garantizar la realización y permanencia de la libertad, la justicia, la seguridad, los servicios públicos, los derechos fundamentales y las garantías del debido proceso, como preceptos básicos para toda sociedad. Como tales, dichos preceptos constituyen elementos intrínsecos a la noción del bien común, esenciales para la adecuada convivencia social. El proceso de transformación de la República Dominicana hacia un Estado con estas características se inicia con la reforma constitucional del 26 de enero de 2010, que trajo consigo un proceso de constitucionalización del ordenamiento dominicano.

Parte de esta transformación la encontramos en las disposiciones del artículo 7 constitucional, el cual define a la Nación dominicana como un Estado *Social* y Democrático de Derecho, lo que significa que además de respetar los derechos fundamentales, la separación de poderes y la soberanía popular, este debe procurar el respeto a la dignidad

humana mediante la remoción de desigualdades del ordenamiento jurídico y el establecimiento de un régimen de participación ciudadana en los bienes económicos, sociales y culturales de este Estado¹. En atención a esto, la Sección II de nuestra Carta Sustantiva precisa los derechos fundamentales que se encuentran expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional, dentro de los cuales se encuentran los civiles y políticos, económicos y sociales, culturales y deportivos y, por último, colectivos y de medio ambiente².

De manera precisa, el carácter *social* del nuevo Estado constitucional dominicano ha traído consigo la expansión del contenido de los catálogos de derechos originales mediante el reconocimiento de nuevos derechos. De igual manera, ha empujado al Estado a perseguir objetivos de reivindicación social mediante la proyección, desarrollo y perfilación de directrices constitucionales concretas sobre los derechos de naturaleza prestacional y de dimensión colectiva en ámbitos materiales específicos³. Pero quizás lo más relevante de este accionar reside en el hecho de que el Estado de tipo social transforma y adapta los componentes que suelen generar desequilibrios económicos o desigualdades sociales importantes, porque los derechos de tipo económico y social imponen obligaciones sobre el Estado, para que este adopte medidas y logre resultados determinados, relacionados con el bienestar material de la población.

Por consiguiente, en la medida en que la cláusula del Estado Social se traduce en la protección de los derechos fundamentales y la orga-

-
- 2 Jorge Prats, Eduardo. *Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho*. En: Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS). *Constitución Comentada*. 3ª edición. Santo Domingo. 2012. Pp. 64-65.
 - 2 Es de interés notar que el contenido de la mayoría de estas categorías de derechos pasó desapercibido en las versiones constitucionales anteriores a la reforma del año 2010, salvo en la progresista Constitución de 1963, cuyo Título I, relativo a las «Relaciones Económicas y Ético-sociales», desarrolló un articulado completo sobre el trabajo (Sección I), la propiedad (Sección II), la economía social (Sección III), la educación y la cultura (Sección IV), la familia (Sección V) y la salud (Sección VI).
 - 3 Ruíz-Rico Ruíz, Gerardo. Cátedra sobre el “Estado Social”, impartida durante la maestría de Justicia Constitucional y Libertades Fundamentales (PUCMM-UCLM), del 16 al 18 de abril de 2015.



nización del poder como objetivos principales de la Constitución⁴, los derechos económicos y sociales, de segunda generación o prestacionales, como también se conocen, «establecen mandatos al legislador y al resto de los poderes públicos, dirigidos en particular a la protección de los sectores más desfavorecidos de la sociedad»⁵. Pero cabe precisar, sin embargo, que se trata de derechos de naturaleza programática -dígase, no son de aplicación directa o inmediata (contrario a lo que sucede con los derechos civiles y políticos)- por lo que se requiere que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para su desarrollo⁶, en la medida en que estos últimos asumen una responsabilidad *activa* en el cumplimiento de ciertos fines de justicia social, como la igualdad o la solidaridad⁷.

En tal virtud, la satisfacción de estos derechos dependerá de las posibilidades económicas del Estado, el cual deberá formular un plan que permita su plena realización hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados la plena efectividad de estos derechos⁸.

Debido a esta particularidad en su naturaleza, una parte de la doctrina especializada considera a los derechos económicos y sociales como

-
- 4 Valerio Jiminián, Manuel Alejandro. Derechos a la alimentación: No hay dignidad con hambre. En: Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Anuario 2014. Primera edición. Editora Búho. Santo Domingo. 2015. Pág. 139.
 - 5 Sánchez Navarro, Ángel J. *Los derechos y libertades*. En: González-Trevijano, Pedro. Arnaldo Alcubilla, Enrique. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*. Tomo II – Comentario sistemático. Primera edición. La Ley. España. 2012. Pág. 401.
 - 6 Para Haberle, este tipo de medidas incluye «el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, de aseguramiento de organización, de impuestos, de procedimiento, de dirección, de planificación y de fomento». *Infra*.
 - 7 Haberle, Peter. «Grundrechte im Leistungsstaat», en: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, no. 30. 1972. Págs. 43 *et seq.* Citado por: Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2008. Pág. 303.
 - 8 En este sentido se pronuncia el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por su parte, el ordenamiento constitucional dominicano prevé, en su artículo 8, esta condición de progresividad al consagrar expresamente que es función esencial del Estado «la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permiten perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva».

derechos incompletos e imperfectos⁹ o meras pretensiones o aspiraciones sociales¹⁰. Sin embargo, se trata de una posición miope, que ignora que los derechos económicos y sociales complementan el catálogo completo de derechos fundamentales positivizados en la Constitución, en la medida en que enriquecen la dignidad y el desarrollo de la persona humana. Asimismo, estos derechos afirman el principio de igualdad substantiva de todos los seres humanos, porque compelen al Estado a convertirse en un «activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social» para poder «otorgar una mejor calidad de vida a las personas» que en él habitan¹¹. Además, las acciones positivas con carácter de progresividad que permiten viabilizar los derechos económicos y sociales también son necesarias para el cumplimiento eficaz de los derechos civiles y políticos.

Por su parte, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por el país establecen que los derechos económicos y sociales son indivisibles e interdependientes de los civiles y políticos, por lo que deben ser respetados, promovidos y garantizados¹². Se trata de un aspecto que ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional dominicano, con relación al derecho a la educación, al considerar que este derecho «se enmarca dentro de los derechos económicos y sociales; también es un derecho civil y un derecho político, ya que sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación

9 Para una parte de la doctrina, los derechos económicos, sociales y culturales son considerados derechos incompletos e imperfectos. International Commission of Jurists. *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights*. Human Rights and Rule of Law Series: No. 2. Geneva, 2008. Pág. 13; Sánchez Navarro, Ángel J. *supra* nota 3. Pp. 403, 411.

10 Celis Danzinger, Gabriel. «Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones». *Nomos* – Universidad de Viña del Mar, núm. 2 (2008), pág. 75; Rojas, Gonzalo *et al.* (ed), *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 1996. Pág. 148.

11 Nogueira Alcalá, Humberto. «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano». *Estudios Constitucionales*, año 17, núm. 2, 2009. Pág. 144.

12 En este sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 149.



es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos»¹³.

Por consiguiente, el Estado debe brindar asistencia y promover el bienestar social a través de políticas públicas, intervencionistas o de discriminación positiva, así como asegurar los medios que permitan a las personas perfeccionarse gradualmente y acceder a los bienes indispensables para configurar un mínimo vital de existencia compatible con la dignidad humana, sin el cual los derechos pierden su significancia sustantiva como derecho fundamental¹⁴. Este accionar es cónsono con lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, que consagra como función esencial un Estado social y democrático de Derecho «la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permiten perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva».

Además, la naturaleza prestacional de los derechos que hoy nos ocupan requieren de una protección jurídica especial, sustentada no solo sobre la base del aludido principio de progresividad, sino también de la cláusula de no retroceso, la cual «impide a las instituciones del Estado desmejorar las condiciones originalmente preestablecidas, salvo razones rigurosamente justificadas»¹⁵, conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional dominicano. Por tanto, en el Estado recae la obligación y el compromiso de 1) respetar y evitar cualquier medida de privación arbitración de los derechos económicos y sociales o de dificultar su acceso de forma general¹⁶; 2) proteger, mediante la promulgación de

13 Sentencia TC/0058/13, de 15 de abril, párrafo 10.2.9.

14 Espejo, N. *Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad*. En: Arcidiácono Espejo, N. Rodríguez, C. (coord.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Siglo de Hombre Editores y LAHER. Bogotá. 2010. Págs. 155-193. Citado por: Oberarzbacher, Franz Erwin. «El derecho a la alimentación adecuada: una visión comparada de revisión judicial y valoración de políticas públicas». *Revista de Derecho Económico Internacional*. Vol. 3, núm. 2, junio 2013. Pág. 45; Oberarzbacher Dávila, Franz Erwin. «La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 4, núm. 115. Colombia. Julio-diciembre 2011. Págs. 383 *et seq.*

15 Sentencia TC/0093/12, de 21 de diciembre.

16 Villán Durán, Carlos. «El derecho a la alimentación en el derecho internacional». *Agenda ONU – Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, núm. 4. 2001. Pág. 19.



leyes y la adopción de políticas que eviten la perpetración de violaciones a estos derechos¹⁷; e 3) instaurar un enfoque de derechos en el centro de las políticas y estrategias de desarrollo, a través de la adopción de las medidas necesarias y el reforzamiento del marco de protección existente.

Exigibilidad y tutela en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano

Aunque hoy se reconoce la función esencial del Estado social y democrático de Derecho en relación a la protección y continuo desarrollo de los derechos económicos y sociales, continúa siendo desafiante su exigibilidad y adecuada tutela, de manera más categórica en países como la República Dominicana. En similar sentido se expresan algunos juristas como Espinal¹⁸, quien arriba a esta conclusión en lo relativo al caso dominicano desde aspectos meramente semánticos del texto constitucional. Sobre este particular, sostiene que parte de los desafíos que rodean a la exigibilidad de estos derechos reside en la redacción misma de la Carta Sustantiva, la cual se caracteriza, para las disposiciones que conciernen a los derechos civiles y políticos, por «un lenguaje imperativo, directo e inequívoco, tanto en lo que concierne a los derechos reconocidos a favor de las personas como a la obligación del Estado respecto de los mismos»¹⁹. Por el contrario, aduce el jurista, la fraseología empleada para los derechos económicos y sociales, más que imperativamente delimitar las obligaciones y mandatos específicos que debe cumplir para viabilizar los derechos a su cargo, *pareciera guiar* al Estado en sus políticas públicas hacia el

17 Ibid. Pp. 19-20.

18 Espinal, Flavio Darío, «Supremacía, integridad y protección constitucional de los derechos fundamentales en la Constitución de 2010», ponencia presentada en el marco del Congreso Internacional Tribunal Constitucional en la Democracia Contemporánea organizado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana en la ciudad de Santo Domingo los días 29, 30 y 31 de enero de 2013.

19 Ibid.



*deber ser*²⁰; con la excepción del artículo 63, relativo a la consagración del derecho a la educación.

Ahora bien, donde no hay duda de la voluntad del constituyente es en aquellas disposiciones constitucionales de las que se desprende que cualquier protección deficiente de *cualquier* tipo de derechos o su no satisfacción por motivos arbitrarios está prohibida por mandato constitucional y los diversos instrumentos internacionales sobre la materia. En efecto, el ordenamiento faculta a todas las personas a incoar una acción de amparo para la efectiva tutela y salvaguarda de *todos* sus derechos y libertades, sin excepción. La realización de la justicia que se persigue con esta solicitud corresponderá, en primer lugar, al juez de primera instancia como juez de amparo y, en última instancia, al Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales²¹.

En efecto, aunque el propio Tribunal Constitucional dominicano ha reconocido que el Estado tiene la potestad de intervenir en la regulación de los derechos a la educación, a la salud, al trabajo y a la familia, así como respecto de otros derechos de la misma jerarquía para evitar su abuso por parte de particulares²², también se ha visto en la necesidad de asegurar su adecuada tutela a través de varios pronunciamientos de notada relevancia social sobre el contenido esencial y el alcance de la protección de estos derechos; algunos de los cuales señalamos más adelante. Este proceder responde a la tendencia -tanto doctrinal como jurisprudencial comparada- de que ante la falta de acciones positivas por parte de los poderes públicos para garantizar la viabilidad de estos derechos corresponde a los jueces y tribunales velar por su cumplimiento eficaz, ya que «los derechos subjetivos a prestaciones, aun cuando no sean concretiza-

20 Ibid.

21 Artículo 184, Constitución de la República Dominicana.

22 Sentencia TC/0058/13, de 15 de abril, párrafo 10.2.9.

dos suficientemente, pueden ser invocados judicialmente contra las omisiones inconstitucionales del legislador»²³.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional comparada ha afirmado que los jueces constitucionales deben contrarrestar la inactividad de los poderes activos y ejercer un rol activo en la tutela de los derechos económicos y sociales. De manera concreta, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en los siguientes términos:

[...] ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos—prestación del capítulo segundo título segundo de la Constitución, ¿debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional? [...]. La solución opuesta —es decir la que supone la no intervención judicial— desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos [...]

[...] Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no solo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese solo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa (subrayado nuestro)²⁴.

23 Canotilho. *Constitucáo Dirigente*, págs. 370-371, citado por: Nogueira Alcalá, Humberto. «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano». *Estudios Constitucionales*, año 17, núm. 2, 2009. Pág. 162.

24 Sentencia T-406 de 1992, fundamentos 19 y 20.



Por su parte, el Tribunal Constitucional dominicano, consciente de la necesidad de tutelar adecuadamente los derechos económicos y sociales, ha realizado varios pronunciamientos de notada relevancia social sobre el contenido esencial y el alcance de la protección de estos derechos. A modo ilustrativo, mediante su Sentencia TC/0916/18 reafirmó que sobre los Estados recae la obligación de satisfacer los derechos sociales, mediante la implementación de las políticas públicas correspondientes «de manera paulatina o de ejecución inmediata»²⁵.

De manera concreta, una de las decisiones más relevantes sobre la exigibilidad y tutela de los derechos económicos y sociales a nivel nacional es la Sentencia TC/0012/12, de 9 de mayo, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional reconoció el derecho del(a) compañero(a) de vida a una **pensión** de sobreviviente, pues dentro de la denominación de familia se acepta aquella que provenga de una unión consensual, por lo que a esta hay que garantizarle los derechos propios de una unión familiar.

En lo relativo al derecho a una **vivienda** señaló que este «es considerado como un derecho social, el cual le impone al Estado la responsabilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para propiciar las condiciones que hagan posible el acceso a este derecho»²⁶. Por otro lado, en lo que respecta al derecho a la **seguridad social**, este tribunal precisó que se trata de un derecho fundamental «como tal, inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional, en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado». Asimismo, estableció que es un derecho económico y social, que puede ser reivindicado mediante la acción de amparo y corresponde a los jueces ponderar las particularidades de cada caso concreto.

Dentro del ámbito del derecho a la seguridad social, también ha reconocido que la protección de ciertos derechos de naturaleza económica y social conlleva, a su vez, la tutela de otros derechos de manera paralela.

25 Sentencia TC/0916/18, del 10 de diciembre, pág. 24.

26 Sentencia TC/0100/14, de 10 de junio, párrafo 11.20.



Por ejemplo, en la Sentencia TC/0916/18, del 10 de diciembre, señaló que los **derechos a la salud y al trabajo** se encontraban íntimamente ligados al referido derecho a la seguridad social:

x. Conforme a todo lo previamente expuesto, el derecho a la seguridad social se encuentra íntimamente ligado con los derechos a la salud y al trabajo, consagrados en la Constitución en los artículos 61 y 62, respectivamente, toda vez que lo que se persigue con el acceso a la seguridad social es contribuir a que los/as ciudadanos/as en situaciones de dificultad puedan acceder a la salud y contar con algún medio de sustento, si no pudieran seguir trabajando, lo cual demuestra la armonía de esta disposición con el texto constitucional.

De manera particular, sobre el referido derecho al trabajo este tribunal ha precisado que no solo se trata de una «parte esencial del Estado Social y democrático de derecho que diseña el artículo 7 de la Constitución de la República», sino que además ha sido reconocido «como **un derecho, un deber y una función social** que debe ser ejercido con la asistencia y regulación del Estado»²⁷.

Además de estos fallos de connotada relevancia para la población dominicana, es también de interés examinar una novedosa línea jurisprudencial sobre la tutela de los derechos económicos y sociales mediante la cual el Tribunal Constitucional dominicano ha reconocido el carácter esencial de ciertos derechos no contemplados expresamente en la Carta Sustantiva pero cuyo ejercicio y adecuada protección es de primordial importancia para todas las personas, así como para el adecuado funcionamiento del Estado.

En primer lugar, el Tribunal reconoció, en su sentencia TC/0049/12, el derecho social de acceso al **agua potable** de sectores pobres y marginados; sosteniendo que estos derechos deben buscar alternativas que le brinden un servicio de agua potable acorde a su realidad social y sus

27 Sentencia TC/0058/13, de 15 de abril, párrafo 10.1.7 (subrayado nuestro).



posibilidades económicas, como es el caso de la distribución y venta de agua a granel. En este sentido, consideró que la materialización de estos derechos está a cargo del Estado, por lo que una prohibición general de la venta de agua a granel destinada al consumo humano conculcaba tanto el derecho fundamental a la libre empresa de los recurrentes en revisión como la garantía de acceso al agua potable a segmentos pobres de la población²⁸.

En segundo lugar, este colegiado afirmó que el derecho al servicio de **energía eléctrica** no solo está contenido implícitamente en el catálogo de derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional sino que es incontestable su exigibilidad, toda vez que la carencia de aquellos servicios públicos domiciliarios, como el de la energía eléctrica y agua potable, que responden a una necesidad general y cuya satisfacción no puede faltar, «puede ocasionar a los individuos una afectación en sus condiciones de vida, se enmarcan dentro del principio de respeto de la dignidad de las personas, contenido en el artículo 8 de la Constitución, teniendo, por vía de consecuencia, una relación directa con los derechos fundamentales relativos a la dignidad humana, a la salud, y se deriva del

28 Sin embargo, la lógica empleada por el Tribunal Constitucional para llegar a esta decisión no resulta convincente, pues se limita a señalar que las instituciones que velan por la salud de la población y que están, por tanto, calificadas para determinar cuándo un producto es o no nocivo para la salud, debían aplicar sanciones responsablemente y en cumplimiento del debido proceso de ley, más no dictar una prohibición general. Señalada esta consideración, cita una serie de disposiciones de la Constitución, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua potable, la Ley General de Salud y el Reglamento de Aguas para el Consumo Humano. Pero no emplea ni la técnica de la ponderación ni somete las medidas a un análisis de razonabilidad y de proporcionalidad. Es decir, el Tribunal Constitucional no realiza un adecuado ejercicio interpretativo, lo que le impidió desarrollar una doctrina constitucional más elaborada y acorde con su ordenamiento y realidad sobre el derecho de acceso al agua potable. En su voto disidente, los magistrados Acosta de los Santos y Cury David llegan a una conclusión similar, al notar que ante un conflicto de derechos, como el que se materializó en la especie, la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada han desarrollado la técnica de la ponderación o el juicio de proporcionalidad. De haberse empleado cualquiera de estas herramientas se hubiera justificado en el caso concreto la prevalencia del derecho a la salud y a la vida frente a la protección de capitales, pues las resoluciones impugnadas, contrario al razonamiento del pleno, establecían que la modalidad de venta a granel simplemente no garantiza que el agua llegue a la población con las condiciones de salubridad exigidas por las normas que regulan la materia. Sin embargo, debido a las limitaciones propias de este trabajo, esta discusión queda pendiente para una próxima oportunidad.

derecho humano a la vivienda digna con servicios básicos esenciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Constitución»²⁹.

Finalmente, en relación al **acceso a los medicamentos**, como una garantía fundamental del **derecho a la salud**, dictaminó lo siguiente:

b. En consecuencia, el derecho a la salud se constituye como una obligación de medios y no de resultados, cuya protección de manera primordial recae sobre la responsabilidad del Estado frente a las necesidades de los particulares. Por lo tanto, el acceso a los medicamentos se configura como una garantía fundamental del derecho a la salud, cuya cobertura debe ser de índole nacional, económicamente asequible para todas las personas sin discriminación alguna, y otorgar los niveles de salubridad y calidad exigidas por las normativas de salud pública en la materia. [...]

r. Sin embargo, en casos específicos, como el que se aborda, donde el interés de facilitación de la importación comercial nacional de un producto médico con registro sanitario vencido responde a la necesidad de salud de una persona, la jurisprudencia constitucional comparada ha ampliado la cognición del acceso a medicamentos con este tipo de condiciones.

s. Para ello, cuando la imposibilidad de acceso al medicamento imponga graves riesgos de salud para el paciente, la Corte Constitucional de Colombia, a través de su Sentencia T-173/03, del veintiocho (28) de febrero de dos mil tres (2003), estableció cuatro requisitos a considerar para autorizar el suministro de medicamentos que no cuenten con la autorización sanitaria para su comercialización, a saber: (i) que la exclusión amenaza sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento no puede ser reemplazado por uno que esté contemplado y que tenga igual efectividad, (iii) que no puede asumir el costo del mismo y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS (Superintendencia de Salud) a la cual está afiliado³⁰.

29 Sentencia TC/0372/16, de 5 de agosto, párrafo d), página 14.

30 Sentencia TC/0031/18, de 13 de marzo, párrafos h), r), s) páginas 13, 16-17.



En su conjunto, estos derechos constituyen elementos esenciales para la calidad de vida de las personas y la idoneidad de su desarrollo integral, por lo que «pueden ser tutelados por el juez de amparo cuando la suspensión de éstos se produzca de forma arbitraria e injustificada por parte de las empresas que lo suministran, de tal suerte que la existencia de otras vías no resulten idóneas para evitar la consumación de un perjuicio irremediable»³¹.

Este colegiado también ha tutelado los derechos económicos y sociales, empleando mecanismos de protección por una vía indirecta de exigibilidad, dígase, los ha reconocido a través de violaciones a derechos civiles y políticos. A modo ilustrativo, ha observado que si bien el derecho a la **educación**, «el cual dota en su contenido esencial al Estado de un mandato prestacional, dentro de los denominados servicios públicos»³², se encuadra en los derechos económicos y sociales pero también se trata, al mismo tiempo, de «un derecho civil y un derecho político, ya que sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos»³³. Asimismo, se desprende de los términos de la Sentencia TC/0450/15, del 3 de noviembre de 2015, que este colegiado reconoció que el derecho a la **vida** puede fundamentar el derecho a la seguridad social y a la protección de la salud al considerar que:

[...] la negativa de la ARS UNIVERSAL de dar la autorización para cubrir los costos que le corresponde como aseguradora para que la señora Celia Teresa Marte Melo adquiera el medicamento “Rituximab” (Mabthera)”, bajo el argumento de que esa enfermedad no es de alto costo, representa una actuación conculcadora que trae consigo la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud [...].

31 Sentencia TC/0372/16, de 5 de agosto, párrafo f), página 14.

32 Sentencia TC/0092/15, de 6 de mayo, literal f).

33 Sentencia TC/0058/13, de 15 de abril, párrafo 10.2.7.



Otras tantas decisiones del Tribunal Constitucional dominicano protegen los derechos económicos y sociales objeto de discusión sin necesidad de que exista una ley previa para ser efectivos³⁴. De lo anterior se desprende que en la medida en que este colegiado permanezca como garante y defensor activo de los derechos fundamentales y continúe, en su incansable labor de tutela y salvaguarda, reafirmando que los derechos económicos y sociales no son jerárquicamente inferiores a los demás, alejará de la desigualdad a todas las personas que habitan en el territorio dominicano y fortalecerá el Estado de Derecho.

Reflexiones finales

El mandato constitucional ejerce sobre el Estado dominicano la presión necesaria para impedir un ejercicio abusivo contra los derechos económicos y sociales y la desprotección de sus usuarios, así como fortalecer el ordenamiento con autoridades fuertes, especializadas e independientes. Proceder en este sentido, de la mano del Tribunal Constitucional, permitirá ir cerrando la brecha «entre la normatividad y la facticidad» de este grupo de derechos, alejándonos, como señaló el Dr. Massó Garrote en su ponencia, de la utopía y acercándonos cada vez más al ideal de Estado Social que recoge nuestra Carta Sustantiva.

Por consiguiente, sobre el Tribunal Constitucional recae la obligación de seguir produciendo sentencias que delimiten, esclarezcan y determinen los contenidos de los derechos económicos y sociales en términos indiscutibles, con la claridad y profundidad imprescindibles para garantizar una mayor apertura del arco de protección, seguridad y tutela adecuada de estos derechos. Pues, como atinadamente observó en su Sentencia TC/0916/18, del 10 de diciembre, «para hablar del desa-

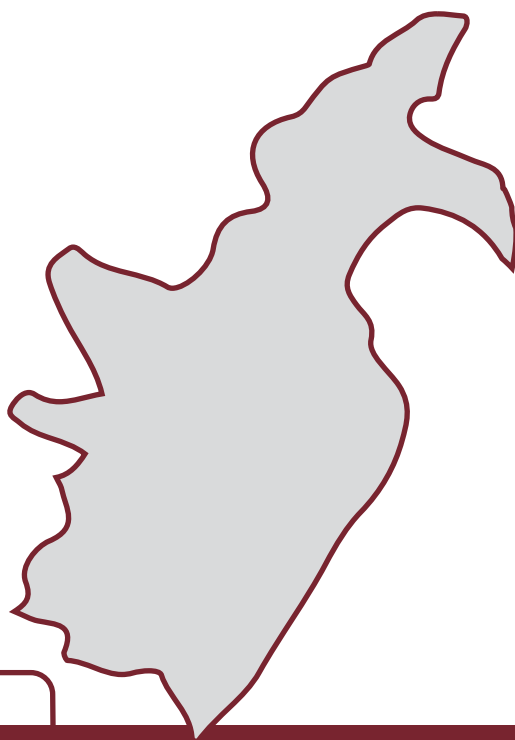
34 Véase, en este sentido, las decisiones relativas al derecho a la salud y agua (TC/0049/12; TC/00482/16; TC/0372/16); el derecho al medio ambiente (TC/0167/13; TC/0021/17); el derecho a la educación (TC/0058/13; TC/184/13); y el derecho a la salud y acceso a medicamentos (TC/0031/18).



rrollo humano, de la justicia social, así como de la equidad, igualdad de oportunidades y solidaridad, no es suficiente que el texto constitucional consagre su interés en alcanzar dicho bienestar y dignidad, ni que establezca las pautas a seguir para lograrlo», se requiere, además, la Administración sea «lo suficientemente proactiva y sensible» para atender los reclamos de los ciudadanos³⁵. De esta manera, los derechos económicos y sociales pasan a ocupar un espacio central dentro del ordenamiento y no simples promesas constitucionales.

35 Párrafo z), pág. 26.

Jornada de Justicia y Derecho Constitucional



Provincia Barahona

11 de octubre de 2017

PALABRAS DE APERTURA

MAG. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Me siento muy honrado de estar aquí en esta Jornada de Justicia y Derecho Constitucional que se celebra en Barahona.

Quiero saludar la presencia de la magistrada Patricia Tatiana Ordeñana Sierra, jueza de la Corte Constitucional de Ecuador; del doctor Antonio Medina Calcaño, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de nuestra Universidad Autónoma de Santo Domingo; de los magistrados Rafael Díaz Filpo, Hermógenes Acosta, Wilson Gómez Ramírez, Katia Miguelina Jiménez, Justo Pedro Castellanos y la magistrada Leyda Margarita Piña Medrano, saludar la presencia del magistrado Manuel Ramírez, quien es el presidente de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Juan de la Maguana y uno de los distinguidos panelistas que tendremos hoy; la licenciada Laia Rojas, igualmente panelista y el licenciado Robinson Puello, que fue un distinguido alumno mío, igualmente destaco la presencia del señor gobernador provincial don Pedro Peña Rubio, que siempre nos ha dispensado un gran trato, una gran acogida aquí en Barahona y de su distinguida esposa, quien es representante del Ministerio Público; del magistrado Máximo Marcos Feliz, presidente de la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Distrito Judicial de Barahona, un hombre

entusiasta que siempre dice presente cuando hay que organizar este tipo de actividades; don Juan Olivero, del Consejo de Regidores del municipio de Santa Cruz de Barahona; por supuesto de la presidenta del Colegio Dominicano de Notarios, doctora Mélida Félix; el procurador fiscal, Iván Ariel Gómez Rubio; el presidente del Colegio de Abogados Seccional de Barahona, Orlando González y de todas las autoridades y amigos, de estudiantes, que veo que está repleto, que ya se están instalando en la segunda planta que nos acompañan en esta mañana.

El viernes pasado yo pronuncié una conferencia de cierre de un congreso de derecho administrativo extraordinario en la ciudad de Santo Domingo y cuando yo terminé y me iba me abordó una distinguida jurista y me preguntó ¿por qué el TC desarrolla tantas actividades no jurisdiccionales que se refieren a la promoción de la Constitución y de los valores constitucionales? Yo creo que ella sabía la respuesta, de todas maneras, ella quería oír mi juicio, y yo les voy a leer aquí lo que fue parte de mi respuesta, nuestra ley orgánica del TC y de los procedimientos constitucionales dice en el artículo 35, “Promoción de Estudios Constitucionales”. En el cumplimiento de sus objetivos, el Tribunal Constitucional podrá apoyarse en las universidades, centros técnicos y académicos de investigación, es decir, el Tribunal puede encomendar investigaciones a los centros técnicos de investigación y las universidades, así como promover iniciativas de estudios para el derecho constitucional y de los derechos fundamentales, esa es una obligación del Tribunal pero más aún, la génesis de todo esto es la propia Constitución que en su artículo 63 numeral 13 dice que “con la finalidad de formar ciudadanos y ciudadanas conscientes de sus derechos y de deberes, en todas las instituciones de educación pública y privada serán obligatorias la instrucción de la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica.

Esta es la Tercera Jornada de Justicia y Derecho Constitucional que celebramos en el marco de este quinto aniversario del TC, empezamos en Puerto Plata, continuamos en La Romana, estamos aquí en Barahona,



después estaremos en Santiago para culminar en el mes de diciembre en la Ciudad Primada de América de Santo Domingo, pero ustedes han escuchado algo en ese artículo 63 numeral 13 que habla de promover los valores patrios, la Patria descansa en el compromiso que han tenido los dominicanos del pasado, los que estamos ahora ubicados temporalmente en el territorio nacional y las dominicanas y dominicanos que vendrán en el futuro, es decir, la Patria es un patrimonio colectivo, yo recuerdo esa expresión del papa Francisco que decía “hay que colocarse en la Patria - ” Juan Pablo Duarte es la Patria , nosotros le dedicamos a Eugenio María de Hostos la jornada de Puerto Plata, porque Hostos fue el primer maestro de derecho constitucional verdaderamente como lo conocemos en la República Dominicana, siendo puertorriqueños se instaló en Puerto Plata y no solamente dejó su impronta en la formación educativa en la escuela normal, sino también con su famosa obra de derecho constitucional.

Pues yo digo que hoy esta jornada en esta ciudad de Barahona, la dedico al patricio no porque es el Padre de la Patria o el dominicano de la mente más clara y brillante en lo relativo a los principios fundamentales de la República Dominicana, sino porque Duarte fue el primer constitucionalista de la República Dominicana. Duarte, y he analizado muchos padres de patria de países hermanos, no solamente laboró por la independencia, no solamente impulsó la patria, sino que Duarte escribió de puño y letra el primer proyecto de Constitución de ley fundamental de la República Dominicana y por eso el TC lo declaró primer constitucionalista dominicano.

El artículo primero de ese proyecto de leyes fundamentales dice: “La ley es la regla a la que deben acomodar todos sus actos, así los gobernados, así los gobernantes, empezaba con el principio de la legalidad dominicana que obligaba a los gobernantes y gobernados”. Pero en ese proyecto de ley fundamental Duarte le da una formación completa al Estado dominicano y en un gesto extraordinario coloca al Poder Municipal como el primer poder del Estado y dice: “En el Estado habrá Poder Municipal, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial”, era un



hombre, de una visión, de un talento, de una integridad extraordinaria, por eso yo dedico esta jornada a Juan Pablo Duarte y por eso yo digo que cada dominicano cada día debe honrar la memoria de ese hombre que lo dio todo para que seamos lo que somos hoy, un pueblo digno, valeroso, fuerte, decidido a luchar por su libertad, por su soberanía, decidido a luchar por la democracia, porque el derecho constitucional es el derecho de la democracia, es el derecho de la libertad y es el derecho de la soberanía, porque la Constitución dominicana dice hoy que somos un Estado social y democrático de derecho, lo que significa que no solo basta la libertad y la democracia sino que se necesita la justicia social, porque se necesita pan para todos, trabajo para todos para lograr la finalidad esencial de este Estado, la dignidad real de todos los seres humanos, de todos los dominicanos, de todas las dominicanas.

Que viva Juan Pablo Duarte!

¡Muchas gracias !

MUJER, GÉNERO Y DESARROLLO

Women gender and development

DRA. PATRICIA TATIANA ORDEÑANA SIERRA
Jueza de la Corte Constitucional de Ecuador

RESUMEN

La presente exposición propone un análisis crítico del paradigma hegemónico del género y su influencia en la familia y desarrollo. La propuesta de una nueva forma de producción del conocimiento, desde las diversidades, género y derechos humanos es el enfoque que la exposición aborda desde dos realidades. La primera, familiar, en la que propone un debate desde la comprensión de las relaciones de poder en las que la mujer ha sido discriminada y excluida de la influencia privada y pública que tiene la institución familiar. La segunda, desde el desarrollo social, en el que se evidencia el paradigma del desarrollo y su relación con el sistema patriarcal, en el cual, la mujer es concebida como reproductora consumidora, y no como sujeto de derechos. Finalmente, se analizan estas realidades complejas desde las apuestas por la familia, educación y desarrollo como oportunidades de emancipación de mujeres en la sociedad.

Palabras clave

Mujer, familia, feminismos, epistemología, cultura, género, derechos humanos, desarrollo, paradigma.

1. Contextualizando a la familia desde el paradigma de género hegemónico

Pensar en la familia contemporánea implica entender la complejidad de paradigmas que intervienen en su desarrollo. La familia de hoy es el resultado de un permanente constructo social de elementos subjetivos y materiales que determinan su composición y distintas modalidades que adopta en su cotidiano desenvolvimiento. Un análisis de familia conlleva inexorablemente la exploración de elementos constitutivos culturales y ontológico-personales que confluyen en el sistema social y que explican, de origen, los fenómenos familiares que el derecho debe concebir y proteger. No es posible abordar una institución personalísima desde perspectivas técnicas objetivas. El apartarse del objeto de estudio para dar cuenta del mismo desde una posición de poder academicista resulta un método que desconoce realidades otras, separando además lo emotivo de los sujetos integrantes, para reducir el núcleo a una institución procesal de medios y fines civiles.

Bajo esta perspectiva, el sistema jurídico asume a la familia como institución regulada desde reglas pétreas, cual canon inmutable de ideal social. Tal postura, permanentemente reafirmada, no solo no responde a la realidad actual, sino que constituye un paradigma de imposición y vulneración de derechos de los sujetos integrantes de la institución familiar. Pensar en la familia de hoy involucra repensar los modelos que crearon la hegemonía del ideal familiar en distintos campos como el jurídico. Dar cuenta de la razón de dichas reglas es el primer paso para comprender a la familia como sujeto colectivo de derechos desde la diversidad, género y derechos humanos.

Entonces, el cambio de enfoque de la familia parte de una mirada desde los sujetos que intervienen y no desde una planificación abstracta, pues el constitucionalismo conlleva un enfoque de derechos humanos



de personas, instituciones y toda construcción normativa y de políticas públicas que en su entorno se genera. Analizar la familia desde los sujetos y sus derechos nos lleva a revisar la institución, apartándonos del positivismo jurídico; y más cerca de la humanización de instituciones desde una perspectiva integral y crítica, necesaria en la comprensión del objetivo de una norma para mujeres, hombres, niños y niñas en sus complejas y diversas realidades sociales, culturales, económicas, migratorias, religiosas, interculturales, de género y desde la libertad de autodeterminación personal y colectiva.

Visto así, las normas en perspectiva, el cambio de paradigma ha de pasar por una crítica necesaria a la producción misma del conocimiento¹ desde la igualdad y posiciones de poder entre mujeres y hombres. En este escenario, la producción androcéntrica del derecho responde a un fenómeno patriarcal generalizado de concepción de epistemologías con enfoque de poder y subordinación.

La producción epistémica en materia de familia se ha orientado a crear y reproducir conocimiento con patrones discriminatorios, en donde la diferencia sexual y anatómica sirvió de base para construir sociedades que asumieron la superioridad del hombre como norma de construcción del derecho, y espacios públicos y privados. En concreto, la familia como célula social en donde la intimidad y expresión de identidad convergen, fue especialmente el espacio de reproducción de modelos de poder, que validaba, en una suerte de resguardo del sistema patriarcal, la desigualdad como práctica y producción epistemológica que impuso la idea de inherencia de roles y funciones.

Para lograr aquello, se teorizó acerca de las diferencias anatómicas, atribuyendo a la desigualdad una explicación biológica desde la idea de

1 CASTRO GÓMEZ, Santiago, “Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la ‘invención del otro’”, en Edgardo Lander: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas* (Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000), p. 246. <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/castro.rtf>> Acceso: 13 de marzo de 2017.

cuerpos sexuados² que, a su vez, validaron un género dicotómico atribuible a la normalidad de expresión de cuerpos. La educación familiar y social se fundamentó en espacios de género, identidad y proyectos de vida.

La “familia ideal” es consecuencia de una producción epistemológica con un sesgo de género que atraviesa actualmente la producción científica, en donde la igualdad ha debido ser una reivindicación, y lo diverso, una lucha de visibilización, pues este paradigma desconoció y anuló existencias femeninas. Las denominadas ciencias determinaron la relación hombre-mujer como modelo exclusivo y excluyente de familia. Se configuró la identidad de lo masculino y femenino desde la premisa del “otro no igual”, formando barreras e imponiendo conductas y proyectos de vida en base a un atributo biológico.

La epistemología con la validación moral-social de verdad irrefutable determinó a los cuerpos y a través de ello disciplinó, desde una perspectiva semiótica, la dinámica de los seres desde el nacimiento hasta su muerte. Por ello, el género se presenta como verdad que acompaña la conciencia autónoma y colectiva, desde el nombre, pasando por la educación y profesiones, hasta el rol asumido en la madurez y vejez.

Los sujetos sexuales responden a verdades construidas desde la desigualdad y ejercicio de poder en base a un género pensado para aquello. El género como práctica se impregna a temprana edad en la conciencia desde los medios de comunicación y la vivencia cotidiana en la familia, con sujetos colonizados desde el paradigma hegemónico. El sistema se reproduce inconscientemente desde la comunicación de los entes, una en la que lo femenino tiene menor presencia y valor que lo masculino. Entonces, las ciencias hablan desde lo masculino hacia lo masculino para someter a lo femenino cuya presencia, si bien se acepta, se regula en un sentido doble, de género dicotómico general y de poder hombre sobre mujer en particular.

2 BUTLER, Judith, citada por Linda McDowell “La definición del género”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho, ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2009), p. 16.



La invención de la feminidad y masculinidad en permanente relación de poder ha hecho que las sociedades vivan en tensión de un ejercicio de poder del género que se instala en la institucionalidad política y cultural. Nos referimos a aquellas instituciones de expresión social de base, como la familia, que a su vez desarrollan una dinámica desde los cuerpos normados y sexuados, con lógicas de género profundamente violentas en las relaciones que expresa.

Desde los cuerpos, la experiencia es de identificación, el “yo soy mujer, yo soy hombre” requiere de un proceso de asimilación íntima de una realidad determinada a la que el sujeto se adecua y lo hace parte de su ser sicosomático. El discurso entonces es un aparato de normalización de la diferencia entre hombre y mujer; su ejercicio de poder invadió la forma en que se conciben derechos y política social.

La diferencia sexual, desde la taxonomía, hizo que la diferencia de lo femenino y masculino se acentúe y permita la construcción biopolítica³ de normas en clave patriarcal, entendiendo al cuerpo femenino y al constructo mujer como una deficiencia considerada como lo no masculino; la patologización de lo femenino como sustancia⁴ es una construcción epistemológica compleja.

Esta lógica dicotómica identificó lo femenino como, en palabras de Sánchez Parga, aquella otredad por construir⁵. Lo femenino no tuvo libertad, fue determinado por elementos externos que colonizaron mentes y cuerpos, así como espacios y derechos. Lo femenino en pasado y presente es víctima de violencia, ya que la otredad ha de ser forjada en base a la exclusión, sobre la cual es legítimo ejercer poder físico, económico, psicológico, familiar.

El sistema patriarcal se reproduce por las ciencias y se legitima desde distintas posiciones como el estereotipo de belleza, comporta-

3 PRECIADO, Paúl Beatriz, “¿La muerte de la clínica?” (Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2013).

4 *Ibíd.*

5 SÁNCHEZ PARGA, José, “*El oficio de antropólogo, crítica de la razón (inter) cultural*” (Quito: Centro Andino de Acción Popular, 2005), p. 43.



miento sexual y hasta de felicidad. También adopta nuevas formas de subordinación, ya no desde la exclusión sino desde el engaño y uso de lo femenino para legitimar sus principios. Esta última posición es una respuesta política de un sistema que se renueva en su discurso cultural.

Así, en esferas públicas y privadas, el patriarcado ha incidido determinantemente en la vida personal y social. La familia responde al paradigma hegemónico que en la actualidad se cuestiona desde la igualdad de género y reivindicación de la mujer y sus derechos. La cuestión también es cultural, pues el conocimiento y las relaciones humanas de origen familiar determinan la personalidad y conducta de los sujetos a lo largo de su vida. De allí que repensar a la familia implica necesariamente a la cultura, como expresión de un ser, ver y actuar permanente, tal y como acertadamente lo indica el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que en su Observación General N° 21 sostiene:

A juicio del Comité, la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana [...] comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades⁶.

6 Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. “Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15 párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 43° período de sesiones. 2009, párrafos 11-13.



Como se expone, el todo cultural da cuenta de la dinámica social y familiar, así como los paradigmas que los rigen. Entonces, cuando afirmamos que la familia es un núcleo humano fundamentado en relaciones afectivas y de pertenencia de sus integrantes, debemos tener en consideración que se trata de un núcleo en dinámica patriarcal. El núcleo familiar se desarrolla, en gran medida, respondiendo a la cultura social del momento, razón por la cual el patriarcado como elemento del conocimiento hegemónico es constitutivo de la familia y sus integrantes, por lo que el modelo familiar patriarcal es inequitativo y discriminatorio.

A la vez, la cultura patriarcal se refuerza en base a la proposición del género como ontología de las personas; por tanto, explica y justifica su accionar en la “naturaleza” misma de la humanidad, tal y como lo sostiene Doreen Massey:

Los dualismos profundamente interiorizados [...] estructuran la identidad personal y la vida cotidiana, y este hecho tiene consecuencias para la vida de otras personas, porque estructura, a su vez, la práctica de las relaciones y las dinámicas sociales, y extrae la codificación de lo femenino y lo masculino de los cimientos sociofilosóficos más profundos de la sociedad occidental⁷.

El género da cuenta de los significados de hombre y mujer, así como sus relaciones familiares, producto de la concepción cultural de la misma sociedad. La dinámica supone educar a las personas para que reproduzcan el sistema hegemónico en la familia como discurso-relación de poder; de allí que la conquista de la educación en igualdad y derechos constituye –como se indicará más adelante– un elemento de emancipación de la mujer.

Así, en la lógica familiar patriarcal, la “familia ideal-nuclear” es aquella en la cual el hombre provee económicamente y posee autoridad

7 MASSEY, Doreen citado por McDowell “La definición del género” en *El género en el derecho, ensayos críticos*, p. 11.



principal, la mujer sea madre y de preferencia, se dedique a las labores del hogar y al cuidado de los hijos; un hijo o hija que, dependiendo de su sexo, asuma un género determinado; por ejemplo, si es niña, deberá desarrollar un carácter delicado, aprender labores domésticas, orientarse a la procreación y cuidado de la familia; si es hombre, deberá ser fuerte y cuidar de la manutención del hogar⁸.

El derecho desde instituciones familiares como la matrimonial, refuerza el ideal indicado, enraizando los roles de género, subordinación femenina y el modelo unívoco de familia en la conciencia personal y colectiva de la sociedad. Así se explica que hasta mediados del siglo XVIII, las mujeres se encontraban incapacitadas jurídicamente para administrar el haber familiar⁹, y actualmente, a pesar de haberse superado legalmente la discriminación en razón de género, aun persisten prejuicios sociales que legitiman la autoridad masculina como “jefe de familia”, y el límite al reconocimiento de núcleos familiares monoparentales con responsabilidad de la mujer.

Es imprescindible consolidar una teoría crítica del derecho en general y familiar en particular. La creación e interpretación de normas sociales deben garantizar la igualdad y equidad en todas las dimensiones culturales. Se trata de un proceso complejo de deconstrucción epistemológica del género desde la teoría crítica, que permita entender a la familia en alteridad y revalorización de la presencia de la mujer en cuanto sujeto igual. La familia como institución en permanente interacción y evolución, se ha configurado en nuevas formas de unión que exigen un posicionamiento sensible, en diálogo intercultural, en permanente cuestionamiento de paradigmas hegemónicos que colonizan y detienen la libertad y desarrollo de los pueblos.

8 BARAHONA, Alexander “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”, FORO: Revista de Derecho Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, N.º 23, (I semestre 2015): p. 72.

9 ORDEÑANA, Tatiana y Alexander Barahona, “El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional”, (Quito: Cevallos, 2016), p. 25.



Emprender un proceso hacia la igualdad y dignidad desde lo femenino, implica revalorizar los saberes subalternos, como las teorías del género desarrollada por grupos feministas, como una forma de deconstrucción del género desde la epistemología, y a través de aquello, una puesta en escena de la necesidad de repensar al género hegemónico en la sociedad, política y familia. Esta última, como espacio decisivo de incidencia social transversal. La reivindicación de derechos desde la familia es un medio que involucra a la sociedad en conjunto, sin mediar posiciones étnicas, políticas o económicas. Posicionar la deconstrucción del género en la familia como necesidad urgente para el desarrollo social, es pensar en la posibilidad de un cambio -desde el origen- que conlleva la adopción de nuevas conductas, y reposicionamiento de la mujer como ente igual y digno, desde su identidad y cuerpo hasta la libertad de pensar en una equitativa relación humana sin género.

2.- Repensando al desarrollo desde el género

Las relaciones de género, como dinámica social, están presentes en el modelo de desarrollo, ya que la indivisibilidad humana implica entender que todas las áreas del conocimiento social están unidas por aquellos elementos que acompañan a los sujetos desde lo aparentemente inherente, esto es, el género. Por conclusión, el desarrollo social reproduce los paradigmas de los sujetos protagónicos, bien desde ellos o de políticas de un sistema que aprovecha la dicotomía para mercantilizar las diferencias, acentuándolas y enriqueciéndose de las mismas. La lógica del mercado, cual modelo hegemónico de desarrollo, incorpora el paradigma de género para realizar un proceso de expansión capitalista.

El gobierno de las leyes y de los capitales, por consecuencia del fenómeno político, adquiere la verificación de utilidad de los cuerpos; de allí que se denomina a lo masculino como cuerpo útil y a lo femenino como no-útil. La desigualdad de concepción desechó en principio a lo femenino de lo “productivo”, para posteriormente, por necesidad de



mano de obra o por reivindicación de derechos, integrar a mujeres al trabajo formal, con diferencias marcadas: bajo salario y jornadas extensas laborales¹⁰.

La inclusión de la mujer en condiciones de igualdad, es en discurso, una realidad por alcanzar, que se construye desde los derechos para el desarrollo. Pero, ni en el imaginario social, ni mucho menos en la realidad, este ideal de igualdad de la mujer en la matriz productiva se ha conseguido. Las razones culturales son más complejas que explicar el fenómeno de origen; los intereses de mantener la dicotomía y subordinación de la mujer se han diversificado. El permanente fortalecimiento de la ciencia, política y mercado evitan una crisis epistémica con el cuestionamiento de la subjetivación de los cuerpos y conductas.

Las dinámicas identitarias ubicaron al mercado desde los roles de género. No solo la mano de obra era clasificada desde el género, sino que la producción misma se destinaba a lógicas de una dualidad de discriminación. En este sentido, se reforzaron carreras y trabajos para hombres y mujeres; además, la producción misma del mercado se destinaba por separado para los sujetos desde estereotipos marcados. La mujer, entonces, fue ubicada como consumidora y ya no exclusivamente como reproductora. En esta dinámica, la incursión de la mujer en el mercado respondió a una conquista de derechos, de la cual, el sistema capitalista utilitarista hizo un nuevo campo de oferta y demanda. Con ello no se quiere dejar en segundo plano la reivindicación feminista, sino más bien entenderla desde la lógica del desarrollo, para cuestionar el sistema y adoptar nuevas estrategias de emancipación.

Es de resaltar, a manera de ejemplo, la conquista de derechos sexuales y reproductivos frente a los que la mujer ha debido posicionar su cuerpo como fuente de descolonización. Ante este fenómeno, el mercado ha respondido con la producción de fármacos tanto para evitar

10 A manera de ejemplo, podemos referir las recientes declaraciones de un eurodiputado polaco, en el sentido de que: "Las mujeres deben ganar menos porque son más débiles y menos inteligentes", <http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/02/actualidad/1488449299_579937.html>.



la reproducción –anticonceptivos–, como para lograrla por medio de técnicas de reproducción asistida. Así, entonces, el cuerpo reproductor fue asumido por el mercado como consumidor; piénsese en la gestación por sustitución, en donde la mujer, por un lado, ejerce su libertad en lógicas mercantilistas, sexuales y reproductoras y por otro, es vista como útero reproductor susceptible de comercialización. De allí que hasta las conquistas de derechos son oportunidades de un sistema patriarcal que se adapta, evadiendo un cambio epistémico y de desarrollo.

“... la naturaleza capitalista puede ser provisionalmente definida como todo aquello que no es producido como una mercancía pero es tratada como si fuera una mercancía” (1998:67); esta percepción hace que se deje de lado los valores y principios que están fuera de dicha lógica, reduccionismo del que ha sido víctima la sociedad (la mujer) y el medio ambiente y que ha generado la situación de exclusión por una parte y de degradación y deterioro por otra¹¹.

En este escenario, la mujer, en principio, no fue considerada como ente económico, y mucho menos, como sujeto de derechos. Esta realidad de discriminación ubicó a la mujer como persona en necesidad permanente, en donde el patriarcado actuó con “beneficios” sociales de prestación, que si bien rescataban a muchas de ellas de índices de pobreza extrema, no solucionaron de fondo el problema del desarrollo. Así, mujer y desarrollo viven en tensión de permanente exigibilidad de derechos como inclusión, igualdad, trabajo y condiciones dignas.

[L]as feministas han argumentado cada vez con más fuerza y eficacia que buena parte de la vida de las mujeres está fuera de la ‘economía’ formal. Las economistas feministas han argumentado que en los orígenes de la economía y de la ciencia económica modernas está la exclusión sistemática, no accidental, de las mujeres, que tanto se debe al patriarcalismo como al capitalismo. Esto no sólo lleva a injusticias

11 RICALDI ARÉVALO, Tania, “La equidad de género en las políticas de desarrollo: un desafío para la sustentabilidad”. < [http:// polis.revues.org/7258](http://polis.revues.org/7258) ; DOI : 10.4000/polis.7258>.



*en las decisiones económicas sino que oculta los beneficios muy reales que los hombres y el capitalismo obtienen del trabajo de las mujeres*¹².

El patriarcado, como ley del padre y el control sobre la esposa e hijos, no solo se puede explicar desde un origen político de intereses androcéntricos, sino además, desde la economía industrial, que se favoreció de la distribución producción-reproducción para el crecimiento del capital y propiedad privada.

*Las relaciones patriarcales en las sociedades industriales avanzadas se construyen y se mantienen gracias a seis estructuras analíticamente separables, en las que los hombres dominan y explotan a las mujeres: la producción doméstica (los hombres se apropian del valor del trabajo doméstico no remunerado); las relaciones patriarcales en el trabajo remunerado (las mujeres quedan relegadas a las tareas peor pagadas); las relaciones patriarcales en el plano del Estado (los hombres dominan las instituciones y elaboran una legislación claramente desventajosa para las mujeres); la violencia machista; las relaciones patriarcales en el terreno de la sexualidad (los hombres controlan el cuerpo femenino); y las relaciones patriarcales en las instituciones culturales (los hombres dominan tanto la producción y la forma de los distintos medios como las representaciones que éstos ofrecen de la mujer)*¹³.

En esta línea, puede sostenerse que la matriz productiva -actualmente en sociedades occidentales- tiene un enfoque de género hegemónico, en la cual las mujeres son consideradas agentes secundarias del desarrollo económico del Estado. La histórica escasa accesibilidad a la educación de mujeres amplió las brechas de desigualdad en el campo laboral formal; la dinámica del mercado obligó a que mujeres desde la “informalidad” accedan a trabajos sin estabilidad y con menor remuneración, en comparación a hombres. De igual forma, el sistema capitalista, identificó grupos de mujeres emprendedoras a quienes

12 Ibid., p. 5.

13 WALBY, Sylvia citado por Linda McDowell “La definición del género”, en *El género en el derecho, ensayos críticos*, p. 26.



insertó en el mercado desde una lógica de microcrédito, adquiriendo deudas elevadas y en varios casos, facilitando el aprovechamiento de su propiedad y mano de obra¹⁴.

Este escenario da muestra de la falta de igualdad y abusos cometidos por la sociedad y mercado. La mujer se ha visto afectada por lógicas patriarcales en las que si bien la conquista de derechos ha servido para acortar la desigualdad, aun persiste la dinámica en la cual el acceso al empleo y mercado no es igualitario, ya que las condiciones impuestas tiene un sesgo de interiorización de lo femenino como lo no productivo-rentable o simplemente informal-artesano. Las mujeres, en respuesta, han explorado las alternativas del desarrollo, sensible con el medio ambiente, señalado como lo femenino. Así, mujeres y naturaleza empiezan a proponer cambios en la agenda económica que los estados, frente a una permanente inestabilidad de economía mundial, empiezan a tomar en cuenta. Dichas propuestas nacen de lo comunitario, de mujeres indígenas, campesinas, afrodescendientes que asumen la necesidad de repensar la producción económica hacia una sustentable. Tal fenómeno empieza a cambiar la dinámica familiar, en donde mujeres ya no son subordinadas sino que reivindican su presencia y derechos, desde la economía del hogar, quizá este sea un elemento importante, que sumado a una educación en derechos y género, promueva el cambio social necesario.

Así, las prácticas de gobierno político y económico cambian desde la lucha epistemológica, así como desde la reivindicación de derechos y la toma de espacios públicos y privados para posicionar una agenda colectiva de mujeres que cuestiona el todo cultural, para inaugurar una revolución de feminismos necesarios por el cambio necesario. Entonces, las normas, políticas públicas y demás dispositivos de ordenamiento social son medios para cuestionar, pero el verdadero núcleo para deconstruir es la epistemología en la dinámica familiar.

14 FALQUET, Jules, “Mujeres, feminismo y desarrollo: un análisis crítico de las políticas de las instituciones internacionales”, Revista Desacatos, núm. 11, Primavera, México, 2003: p. 21.

La apuesta por la sustentabilidad del desarrollo invita a pensar a la sociedad del futuro desde la sociedad del presente, con enfoque feminista de igualdad entre las, los y lxs, superando barreras jurídicas y económicas desde la construcción de una nueva fórmula de desarrollo. Se requiere, entonces, de una planificación inclusiva de políticas públicas concordantes a la igualdad, diversidad e interculturalidad, que rescate las diferencias de mujeres en representación de colectivos, para mirar una sociedad diversa desde la construcción permanente de la identidad plural y no de género dicotómico. En la medida que esto se materialice a través de la familia y su educación pública y privada, iremos consiguiendo una real inserción de la mujer y sus derechos en el desarrollo social, y a su vez, un efectivo goce de sus derechos, no formal sino material, en donde la presencia en dignidad supere la identidad sexuada femenina, señalada como inferior, incompleta e improductiva.

Revalorizar las diferencias femeninas y de lo femenino implica un compromiso político social de gobernanza¹⁵; a la vez que la defensa de los derechos se traduce en la defensa de la Constitución, cuerpo normativo (como sería en el caso del Ecuador) en el que convergen derechos y un sistema de planificación del desarrollo, así como compromisos de poder social e institucional traducidos en directrices de producción normativa, garantías y políticas públicas. La Constitución supone, en este sentido, una oportunidad para un cambio cultural, como medio político-jurídico de reinención social desde los valores comunes¹⁶.

15 En el sentido que la referimos en este texto, la gobernanza se presenta como un nuevo motor de la regulación política, social y económica del nivel local al nivel global y una herramienta de renovación del espacio político y de los fundamentos democráticos de nuestras sociedades. Launay Gama, Claire, "Uso de Concepto de Gobernanza y/o gobernabilidad en Colombia", Edición electrónica, 1. <<http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-236.html>>, Consulta: 20 marzo de 2017.

16 Sobre las relaciones entre cultura y Constitución, y especialmente de la primera en las nuevas interpretaciones del texto constitucional, véase P. Häberle, *El Estado Constitucional* (Lima: PUCP / IIJ – UNAM, 2003), pp. 79-82, 172.



A manera de conclusión

Lo desarrollado en la presente exposición permite entender en forma amplia cómo el paradigma del género hegemónico estuvo presente en la producción epistemológica de las ciencias y su reproducción en instituciones sociales como la familia. Así, la cultura social se fundamentó sobre la idea de género dicotómico, en donde la mujer se asimiló como ente no igual. Tal idea se impregnó en las áreas del conocimiento, conformando una cultura social en torno a la dualidad y subordinación femenina; tal cultura absolutizó el modelo de discriminación y se insertó en el imaginario social como verdad irrefutable.

El derecho como sistema de regulación social se concibió desde el androcentrismo, sirviendo como elemento funcional del sistema patriarcal. De allí que, como se apuntó, es imprescindible un enfoque crítico del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva del género de la igualdad y diversidades, a fin de revalorizar los principios y proponer una concepción de los derechos e instituciones como la familia, ya no como objetos sino como sujetos de derechos en dignidad.

La propuesta de la mirada crítica tiene como objeto un cambio social desde abajo. La sociedad que queremos es la que luchamos en el cotidiano, la que hacemos desde la interrelación personal con la familia, amigos, colegas, en suma, toda persona a la que directa o indirectamente aceptamos o excluimos desde nuestra lógica patriarcal-colonizada o incluyente-descolonizada.

El aporte desde la academia significa la oportunidad de educar mentes libres y críticas, que contribuyan a profundizar la apuesta por el cambio, a través de participación. Mediante una incidencia social es posible sensibilizar realidades lejanas a derechos y reivindicaciones. El desarrollo social desde la mirada de derechos humanos, género y diversidades se presenta como inclusivo e incluyente. El nuevo paradigma que proponemos construir es uno de cuestionamiento permanente, de educación, compromiso e identidad de conciencia femenina.



Bibliografía

- BARAHONA, Alexander. “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”. FORO: Revista de Derecho Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, N° 23, I semestre 2015: 72.
- CASTRO GÓMEZ, Santiago. “Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro””. En Edgardo Lander: La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000, 246. < <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/castro.rtf>>
- Ecuador. “Constitución de la República del Ecuador”. En Registro Oficial N°449. (20 de octubre de 2008).
- FACIO, Alda y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”, Género y Derecho. Comps. Lorena Fries y Alda Facio. Chile, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- FALQUET, Jules. “Mujeres, feminismo y desarrollo: un análisis crítico de las políticas de las instituciones internacionales”, Revista Desacatos, núm. 11, Primavera, México, 2003.
- HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Lima: PUCP / IJ – UNAM, 2003.
- LAUNAY GAMA, Claire. “Uso de Concepto de Gobernanza y/o gobernabilidad en Colombia” Edición electrónica, 1. < <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-236.html>>.
- MCDOWELL, Linda. “La definición del género”. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares. El género en el derecho, ensayos críticos. Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- ORDEÑANA, Tatiana y Alexander Barahona. “El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional”. Quito: Cevallos, 2016.
- Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Mujeres. “La emancipación de la mujer a través de la educación”. <<http://portal.oas.org/Portal/Topic/Comisi%C3%B3nInteramericanadeMujeres/Historia/Emancipaci%C3%B3ndelamujeratrav%C3%A9sde laeducaci%C3%B3n/tabid/657/Default.aspx>>.
- Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. A/RES/21/2200. Aprobado: 16 de diciembre de 1966. En vigor: 3 de enero de 1976. Ratificado por Ecuador: 6 de marzo de 1969.
- Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. “Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15 párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 43° período de sesiones. 2009.

PRECIADO, Paúl Beatriz. “¿La muerte de la clínica?”. Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2013.

RICALDI ARÉVALO, Tania. “La equidad de género en las políticas de desarrollo: un desafío para la sustentabilidad”. <[http:// polis.revues.org/7258](http://polis.revues.org/7258); DOI: 10.4000/polis.7258>.

SÁNCHEZ PARGA, José. “El oficio de antropólogo, crítica de la razón (inter cultural)”. Quito: Centro andino de acción popular, 2005.

EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

PANELISTA

Manuel Ramírez Suzaña

Presidente de la Corte de Apelación del Departamento Judicial
de San Juan de la Maguana, República Dominicana

Laia Rojas

Asesora de Presidencia del
Tribunal Constitucional de la República Dominicana

MAG. MANUEL RAMÍREZ SUZAÑA
Presidente de la Corte de Apelación del Departamento Judicial
de San Juan de la Maguana, República Dominicana

Los signos de los tiempos nos indican que las garantías son las que redimensionan el derecho y hacen de este su razón de ser, por lo que los mecanismos de protección, ya sean generales o especializados, tienen una singular importancia para la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, o para ser más específicos, la sustentación de un Estado procesal, en el caso dominicano.

Es por ello que la Constitución, en su artículo 68, cuando se refiere a garantía de los derechos fundamentales, establece que esta garantiza su efectividad a través de mecanismos de tutela y protección que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de estos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley. Ello significa que en el ámbito de los poderes públicos, tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial, así como el Ejecutivo, deben ser los garantes de la eficacia de los derechos fundamentales, los cuales deben actuar de forma sinérgica y en la misma dirección, siempre de forma proactiva, a fin de que las garantías sean justas y útiles para las personas beneficiarias de dicha protección y tutela.

Así las cosas, la función esencial del Estado está sustentada en garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas, el

respeto de su dignidad, lo cual está consignado en el artículo 39 de la Constitución, de una forma igualitaria, equitativa y progresiva, esto de conformidad con el artículo 8 de la Constitución de 2010, por ello, se colige que el Estado es el que debe garantizar la protección de los derechos fundamentales, ya sea mediante el debido proceso administrativo o mediante el debido proceso de manera jurisdiccional.

En ese sentido, sea el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, todos deben asegurar la protección de derechos fundamentales frente a las actuaciones de las personas y los órganos públicos, haciendo las veces el Estado de sujeto activo de los derechos legítimos de los ciudadanos. En el marco de las relaciones jurídicas debe tomarse en cuenta el efecto vertical, es decir, relaciones jurídicas que se suscitan entre personas y órganos administrativos, y por otro lado, las interacciones que se producen en el ámbito de la autonomía privada de los particulares, lo que se denomina el efecto horizontal; para evitar que el Estado infrinja los derechos fundamentales, el constituyente ha instaurado el principio de supremacía constitucional, y es por ello que la Constitución, de acuerdo a Pérez Royo, es una garantía básica de los derechos fundamentales; obvio que en el aspecto procesal y de regulación de sus derechos debe estar presente el debido proceso, como garantía general de derechos fundamentales.

En cuanto a los mecanismos de protección de Derechos Fundamentales, cabe citar el mecanismo de protección ordinario, compuesto por el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Se llaman así porque siempre están presentes en el accionar jurisdiccional de protección de los derechos de las personas, no importa la materia en particular; ello lo encontramos en los artículos 68 y 69 de la Constitución, mecanismo de protección especial de derechos fundamentales, dentro de los que se encuentran el habeas data, artículo 50 de la Constitución vigente; la acción de habeas corpus, artículo 51; y el amparo, en el artículo 72; se denominan así porque son acciones de protección que se utilizan en un momento determinado de vulneración de un derecho fundamental.



De igual manera, los mecanismos de protección administrativa se consagran en el artículo 69.10 de la Constitución; los cuales deben transversalizar todos los órganos administrativos, a fin de que la persona esté protegida de manera efectiva cuando realice una determinada diligencia procesal, que el Estado debe prestar. También es oportuno mencionar el mecanismo de protección institucional, el cual está compuesto por los órganos constitucionales contenidos en la Constitución, encabezados por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Finalmente, el mecanismo de protección internacional, el cual responde a los organismos de derechos humanos de los cuales somos signatarios a través de los convenios que cumplen con los parámetros constitucionales, partiendo de las regulaciones en los artículos 74 y 185.2 de la Constitución vigente.

Todos estos mecanismos de control de derechos fundamentales están permeados por el debido proceso, el cual se constituye en un principio general del derecho, y por consiguiente, en la columna vertebral en donde se sustentan los derechos fundamentales que salvaguardan la libertad en el marco de una democracia participativa, y por lo tanto, la eficacia de la igualdad del Estado.

Ya en relación al debido proceso como una garantía general, el mismo, según nuestra Constitución, no solo se extiende a la labor jurisdiccional sino también al ámbito administrativo, esto, a fin de que haya una transversalización de las garantías a todos los actos de la vida pública y sobre todo, a una justicia accesible y a actuaciones jurisdiccionales oportunas y eficaces. Porque el debido proceso, como mecanismo de protección primaria, primero debe salvaguardar los derechos de las personas justiciables, ya sea en el ámbito penal, civil, laboral, administrativo e inmobiliario o de niños, niñas y adolescentes, a fin de que se pueda tener conciencia de una debida protección que debe estar direccionada a las personas, no de las instituciones del Estado, ya que de lo contrario estaríamos en presencia de un conflicto de intereses.

Siempre se ha pensado que la protección de los derechos fundamentales alcanza su máxima dimensión en la justicia penal, siendo esta



una concepción decimonónica, ya que dondequiera que interviene una persona en la búsqueda de justicia, debe protegerse su derecho de defensa de manera oral y contradictoria, no importa la materia en particular. Es así como dentro del debido proceso, la oralidad optimiza la eficacia de los derechos fundamentales, quedando atrás el mito de los procesos escritos, que muchas veces se confunden con la prueba escrita, y teniendo el juez la administración activa del proceso constitucionalizado para salvaguardar las garantías que conducen a una justicia oportuna, respetando el derecho de todas las personas mediante la aplicación de la celeridad, la concentración, la economía procesal y en caso de inconformidad, también en el ámbito del debido proceso, la garantía del derecho a recurrir, y de que haya una revisión que responda a los parámetros de legitimidad que implican el conocimiento, nueva vez, del proceso por una instancia superior.

El debido proceso ha adquirido vigencia luego de la Constitución de 2010, ya que a nivel de los casos penales era donde más se tomaba en cuenta. Sin embargo, con el fenómeno de la constitucionalización de los procesos, los operadores del sistema, y en sentido general, todos los actores del sistema de justicia lo han internalizado, generando entonces una homogeneidad en las diferentes áreas de los derechos procesales, teniendo un liderazgo el derecho procesal constitucional, que como disciplina autónoma, ha potencializado la garantía general del debido proceso, propiciando la libertad y la igualdad en las diferentes esferas del derecho de una forma democrática y participativa de los sujetos procesales, ampliando la eficacia de otro mecanismo de protección de derechos fundamentales más allá de la esfera ordinaria y surgiendo la protección especial, la protección administrativa, la protección institucional, la protección internacional y de derechos fundamentales; todas, como garantía para que real y efectivamente sean mecanismos de protección, deben estar en consonancia con la garantía primaria del debido proceso.

Así pues, la labor proactiva del Estado, a través de sus órganos constitucionales, es de singular importancia para la aplicación



del debido proceso como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya sea jurisdiccional o administrativo; lo que redundará en la construcción de una sociedad transversalizada por el principialismo y las normas constitucionales, ajustada a los nuevos paradigmas del siglo XXI.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ALGUNOS CASOS¹

LIC. LAIA ROJAS

Asesora de Presidencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

En el último cuarto del siglo pasado, la República Dominicana se unió al concierto de países signatarios de la *Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW², 1979)* y la *Convención interamericana para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, 1994)*, instrumentos que marcaron un punto de inflexión en cuanto a la protección de los derechos de la mujer. Con su adhesión a estos instrumentos, el Estado dominicano asumió, entre otras cosas, el compromiso de adoptar medidas legislativas y de otro carácter encaminadas a eliminar la discriminación y violencia en contra de la mujer en sus más variadas manifestaciones. En el marco de estos compromisos fue promulgada la Ley No. 24-97, que introdujo modificaciones al Código Penal y al Código para la Protección de Niños, Niñas

1 Documento elaborado a partir de mi participación en el panel desarrollado en la III Jornada de Justicia y Derecho Constitucional celebrada en la Provincia de Barahona el día 11 de octubre del 2017, auspiciada por el Tribunal Constitucional.

2 Por sus siglas en inglés.

y Adolescentes, al incluir como delito la violencia intrafamiliar y contra la mujer, ya sea física, sexual o psicológica.

Se trata de un texto adoptado al amparo de la Constitución de 1994 que, al igual que sus antecesoras, reconoció la igualdad en términos generales, sin mayores previsiones que visualizaran el problema de la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, así como de la violencia y discriminación ejercida de manera especial en contra de estas. En este sentido, la Constitución de 2010 se distanció de las anteriores, al reconocer expresamente no solo que ambos son iguales ante la ley, prohibiendo cualquier acto que atente contra ello, sino al incluir el deber de promover *“las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género”*³. A esto se suma el reconocimiento constitucional del deber del Estado de garantizar mediante ley *“la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”*.⁴

Lejos de limitarse al reconocimiento formal de la igualdad, el artículo 39 de la Constitución dominicana plantea un conjunto de exigencias materiales que procuran la erradicación de las desigualdades y la discriminación que en la cotidianidad de la vida se manifiesta contra la mujer. Por tanto, se encuentra atravesado por la preocupación de asegurar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Esta búsqueda de equilibrio se extiende al plano político e institucional donde el Estado debe *“promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, y en los organismos de control del Estado”*⁵.

Estas disposiciones constitucionales han sido objeto de concreción en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, creado al amparo de la Constitución de 2010 como garante de la supremacía de la Constitu-

3 Art. 39.4 de la Constitución dominicana.

4 Art. 42.2 de la Constitución dominicana.

5 Art. 39.5 de la Constitución dominicana.



ción, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. A continuación, pasaremos a exponer algunas de estas sentencias desde una perspectiva analítico-descriptiva de modo que podamos extraer los precedentes y las consecuencias que se derivan de esta labor de aplicación práctica de tales preceptos en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

1. Limitación del derecho de propiedad en casos de violencia contra la mujer e intrafamiliar

El primer caso en que el Tribunal se refiere a la protección de los derechos de la mujer se encuentra en la TC/0010/12, del 2 de mayo. Tiene como telón de fondo una revocación de licencia de porte y tenencia de arma de fuego por parte del Ministerio de Interior y Policía, luego de una denuncia por violencia intrafamiliar realizada por la esposa contra su esposo, el propietario del arma. Tras la negativa de las autoridades a devolverle el arma, este interpuso una acción de amparo, reivindicando su derecho de propiedad sobre la misma. La acción de amparo fue acogida y las autoridades, inconformes con la decisión, interpusieron un recurso de revisión de amparo en el Tribunal.

Ante esta situación, se advierte el *conflicto* entre el derecho de propiedad y por otra, el derecho a la integridad personal, donde el artículo 42.2 de la Constitución dominicana condena la violencia intrafamiliar y de género en todas sus formas. Aunque el Tribunal no utiliza específicamente el término colisión o conflicto entre estos derechos, ello se infiere, a nuestro juicio, de la argumentación desarrollada por la Alta Corte en la indicada sentencia. Más adelante, a partir de la sentencia TC/0042/12 se referirá de manera puntual a la armonización de derechos fundamentales en conflicto, en virtud de lo establecido en el artículo 74.4 de la Constitución dominicana.

En relación al caso que nos ocupa, el Tribunal se refiere de entrada al derecho de propiedad, cuyo carácter de fundamental no pone en duda. Sin embargo, reconoce que está sujeto a límites, máxime cuando



recae sobre un arma de fuego que, por su propia naturaleza, puede poner en riesgo la seguridad nacional, la integridad personal e incluso el derecho a la vida. De esta forma se justifica que su posesión y uso esté condicionado a una licencia expedida por el Ministerio de Interior y Policía, de conformidad con la Ley no. 36, sobre comercio, porte y tenencia de armas, de 1965. Esto no justifica la revocación arbitraria de la licencia previamente concedida, en cuyo caso el Ministerio de Interior y Policía debe dar motivos razonables y por escrito de la revocación.

En este caso en particular, el Tribunal calificó como injustificada la revocación de la licencia, al no existir una sentencia definitiva e irrevocable sobre la denuncia por violencia intrafamiliar, con lo cual la autoridad desconoció el principio de presunción de inocencia y debido proceso. Sin embargo, visualizó una situación no contemplada por el tribunal de amparo y que fue determinante para la revocación parcial de la sentencia dictada por este. En efecto, el Tribunal ponderó lo siguiente:

“... el hecho cierto e innegable de los preocupantes índices de violencia intrafamiliar y de uxoricidios (muerte causada a la mujer por su marido) de que adolece la sociedad dominicana(;) (esto) justifica que, ante una denuncia o querrela, el Ministerio de Interior y Policía o el Ministerio Público incaute cualquier arma de fuego que posea un imputado hasta que sea dictada una sentencia con la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, ya que de no tomarse esta decisión se deja abierta la posibilidad de que la esposa denunciante o querellante pierda la vida, como ha ocurrido en otros casos. En caso de probarse la imputación, la incautación devendrá en definitiva, y, en la hipótesis contraria, el arma de fuego deberá ser devuelta”⁶.

El Tribunal determinó la consonancia de esta decisión con las obligaciones asumidas por el país en la Convención de *Belém do Pará*, específicamente en su artículo 7, letras c) y d). Tales disposiciones indi-

6 Párr. 10, literal g), pág. 13.



can el compromiso de los Estados de: 1) *“incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”* y 2) *“adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”*. Además, indicó que esto se corresponde con el artículo 42.2 de la Constitución de la República, y con la Ley No. 24/97 que sanciona la violencia intrafamiliar, entre otros tipos penales.⁷

2. Constitucionalidad de medidas de discriminación positiva en procura de la igualdad real

a) A propósito del proceso de divorcio

Más adelante, mediante la sentencia TC/0028/12, del 3 de agosto, el Tribunal conoció una acción directa en inconstitucionalidad en contra del artículo 22 de la Ley No. 1306-Bis y su párrafo único, que dispone, entre otras cosas, algunas medidas protectoras de la mujer en caso de divorcio que van desde el cese de los efectos del artículo 108 del Código Civil, que atribuye a la mujer casada el domicilio del marido y la posibilidad de solicitar una pensión alimenticia, hasta disponer a cargo del marido demandante una serie de diligencias procesales no exigidas a la mujer cuando esta es la demandante. En este tenor, el referido artículo dispone que todas las notificaciones relativas al divorcio deben ser hechas a la propia persona de la mujer o al fiscal del tribunal que deba conocer la demanda, a pena de nulidad radical y absoluta. En caso de que los emplazamientos deban hacerse ante el fiscal, se dispone una

⁷ Este precedente ha sido reiterado en otras sentencias como la TC/0109/13; TC/0268/14 y TC/098/14. De la TC/0109/13 se deriva que no solo las decisiones con autoridad de la cosa juzgada determinarán la devolución o retención definitiva del arma de fuego, sino los otros mecanismos legítimos de culminación del proceso penal.



serie de diligencias procesales a cargo del marido demandante y no así a cargo de la mujer cuando esta es la demandante⁸.

Los medios invocados por el accionante para fundamentar su acción se circunscribieron esencialmente a alegar la vulneración del principio de igualdad y, en este sentido, la prohibición de establecer privilegios o situaciones que quebrantaran la igualdad entre los dominicanos. Lo anterior, en virtud de que se impone al esposo una serie de reglas procesales que en ocasión del divorcio no son exigidas para la mujer. Por tanto, a juicio del accionante existe un privilegio procesal en favor de la mujer (notificación en la propia persona y publicaciones previas), contrariando así las indicadas disposiciones constitucionales⁹.

8 “Artículo 22: *Tan pronto como se realice cualquier acto o diligencia relativo al divorcio, dejará de tener efecto la disposición del artículo ciento ocho del Código Civil que atribuye a la mujer casada el domicilio del marido. La mujer podrá dejar la residencia del marido durante el proceso, y solicitar una pensión alimenticia proporcional a las facultades de aquél. El Tribunal indicará la casa en que la mujer estará obligada a residir y fijará, si hay lugar, la provisión alimenticia que el marido estará obligado a pagar. Todas las notificaciones, incluyendo cualesquiera otros actos preliminares tendientes a establecer la prueba del abandono del hogar o de otros actos relativos al divorcio, deberán ser hechas, bajo pena de nulidad radical y absoluta, a su propia persona, o al fiscal del tribunal que deba conocer de la demanda, quien practicará las diligencias necesarias para que tales notificaciones lleguen a conocimiento de la mujer.*

Párrafo.- (Agregado por la ley 2153 del 12/11/1949 y modificado por la ley 112 del 23/3/1967). En todos los casos en que los emplazamientos tengan que hacerse al fiscal, será obligatorio para el marido demandante bajo pena de nulidad radical y absoluta, publicar previamente en un diario nacional de los de mayor circulación en el país, un aviso durante tres días consecutivos que contenga advertencia a la mujer demandada, de que, a falta de información relativa al lugar de su residencia, se procederá a emplazarla en acción de divorcio ante el fiscal del tribunal que deba conocer de la demanda. En dicho aviso se expresará cuál es este tribunal, la fecha en que se notificará la demanda al fiscal, la causa de esta, el nombre de la parte demandante, el nombre de la mujer contra quien se dirigirá la demanda, el lugar de la última residencia que le hubiere conocido el marido a su mujer y el día y la hora de la audiencia. Copia in extenso de este aviso se dará al fiscal en cabeza de la demanda. El Juez apoderado del caso declarará irrecible la demanda si no se le demuestra que se han hecho las publicaciones indicadas, con el depósito de los tres ejemplares de los periódicos, certificados por los impresores, que contengan las tres publicaciones consecutivas ordenadas por esta Ley”.

9 Al tratarse de un asunto pendiente de fallo desde el año 2002, la Constitución vigente al momento de interponerse la acción era la de 1994, cuyo artículo 8.5. disponía que la ley era igual para todos, al tiempo que su artículo 100 condenaba todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos, entre los cuales no deben contar otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes. Estas disposiciones se encuentran también en el artículo 39 de la Constitución vigente.

Este escenario fue propicio para que el Tribunal empezara a visualizar la eventual constitucionalidad de medidas de discriminación positiva en favor de la mujer, esta vez en el ámbito del proceso de divorcio. Ello, en virtud de las desigualdades fácticas que aún subsisten en su perjuicio, a pesar de los esfuerzos por consignar la igualdad de género. En el supuesto objeto de análisis, el Tribunal reconoció que tradicionalmente el legislador ordinario le ha concedido preeminencia al hombre en la toma de decisiones, como sucedía cuando se le otorgaba al marido la administración de los bienes de la comunidad¹⁰.

El Tribunal alega que la disposición atacada, al establecer que a la mujer se le notifique en su propia persona, *“no genera ningún privilegio a favor de la misma; por el contrario, se trata de un principio de discriminación procesal positiva que busca restablecer en los hechos, en la realidad social, el desequilibrio todavía prevaleciente entre el hombre y la mujer para garantizar así la igualdad prevista en nuestra Ley Fundamental”*¹¹. Por tanto, lejos de quebrantarlo, esta medida *“busca restablecer el principio de igualdad, el cual tiende a desdibujarse cuando se presentan situaciones propias del divorcio y donde generalmente uno de los cónyuges, usualmente el marido, tiende a disipar los bienes comunes en perjuicio de la mujer”*¹². Al igual que en el caso anterior, el Tribunal determina, sin mayores precisiones, que la referida disposición es cónsona con la Declaración de Beijing dentro del Marco de la IV Conferencia Mundial Sobre las Mujeres (1995), la Convención de *Belém do Pará*, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*CEDAW*)¹³.

10 La Ley No. 189-01 del 12 de septiembre de 2001, que modifica el Código Civil en relación a los regímenes matrimoniales, estableció, entre otras cosas, que el marido y la mujer son los administradores de los bienes de la comunidad.

11 Párr. 7, literal e), pág. 8.

12 Párr.7, literal f), pág.8.

13 Esta disposición fue atacada nueva vez en inconstitucionalidad y mediante sentencia TC/0591/18, del 10 de diciembre, el Tribunal reiteró el precedente sentado en la sentencia TC/0028/12.



b) A propósito de la participación política de la mujer

Otro caso donde el Tribunal se pronuncia en relación a medidas de discriminación positiva es en la TC/0159/13, del 12 de septiembre, emitida a propósito de una acción directa en inconstitucionalidad en contra de la Ley núm. 12-00, de fecha dos (02) de marzo de dos mil (2000)¹⁴, que incorporó una cuota obligatoria no menor de un 33 % de mujeres en las nominaciones y propuestas para los cargos municipales y para las diputaciones presentados ante la Junta Central Electoral y las juntas electorales del municipio correspondiente. En sentido similar al supuesto anterior, el accionante alegó que esta disposición contrariaba la Constitución dominicana en lo concerniente *“a la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, la eliminación de privilegios, erradicación de las desigualdades, y la obtención de los medios que permitan el perfeccionamiento de forma igualitaria entre hombre y mujer”*¹⁵.

En respuesta a los argumentos del accionante, el Tribunal parte de la distinción entre la igualdad en el trato dado por la ley, en virtud de la cual *“el Estado se compromete a proteger igualitariamente a todos los ciudadanos sin discriminación de ningún tipo”*¹⁶ y la igualdad en la aplicación de la ley como *“límite al legislador y otros poderes públicos en el ejercicio legislativo para no crear situaciones disímiles bajo un contexto similar”*¹⁷. Bajo esta distinción, admite constitucionalmente la posibili-

14 Esta ley modificó la parte final del artículo 68 de la Ley Electoral núm. 275-97, de fecha veintiuno (21) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en el sentido siguiente: *“Cuando se trate de cargos de diputados, en la composición total de las nominaciones y propuestas a la Junta Central Electoral, los partidos y las agrupaciones políticas incluirán una proporción no menor del treinta y tres por ciento (33%) de mujeres a esos cargos. Igual proporción de mujeres se incluirán en las nominaciones y propuestas que formulen los partidos y las agrupaciones políticas para los cargos municipales presentados por ante las juntas electorales del municipio correspondiente, excepto el cargo de síndico. Este porcentaje deberá ser colocado en la lista de elección en lugares alternos con relación a los cargos asignados a los hombres. La Junta Central Electoral y las juntas electorales velarán porque se cumplan estas disposiciones incluyendo las circunscripciones electorales. Toda propuesta en la cual no se respete este porcentaje será nula y no podrá ser aceptada por el organismo electoral correspondiente”*.

15 Párr. 2.2.1, pág. 3.

16 Párr. 9.3, pág. 11.

17 Párr. 9.3, pág. 11.



dad de medidas de discriminación positiva, en procura de garantizar la igualdad desde un punto de vista real y efectivo; de modo que lo que resultaría incongruente con la Constitución es toda situación desigual sin causa justificada razonablemente.

En el supuesto específico de la participación política de la mujer, el Tribunal ponderó la histórica realidad social que en detrimento de esta se verifica en la materia, de cara a la función esencial del Estado, de garantizar la protección real y efectiva de los derechos de las personas y la participación equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas a los cargos de elección popular. En esta dirección, el Tribunal sostiene que *“la cuota mínima de candidatura femenina busca equiparar real y efectivamente la participación femenina en toda la esfera del campo político dominicano; de modo que se trata, pues, de una discriminación positiva”*¹⁸. Lejos de calificar como arbitraria esta medida legislativa, el Tribunal reconoce que *“la orientación del legislador es la de garantizar y promover la plena participación de la mujer en la estructura de poder”*¹⁹.

Al igual que en los casos anteriores, determinó la consonancia de esta ley con los acuerdos establecidos en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz (Beijing, China), y en el Artículo 7 de la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, que tocan lo relativo a la igualdad de acceso y la plena participación de la mujer en la estructura de poder²⁰.

18 Párr. 9.11, pág. 13.

19 Párr.9.13, pág. 14.

20 Con posterioridad a la celebración del panel fueron promulgadas las Leyes nos. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos y 15-19, Orgánica del Régimen Electoral; esta última deroga expresamente la Ley electoral No. 275-97 y sus modificaciones. Aunque con una naturaleza y perspectiva distinta a la ley anterior, contienen cláusulas de equidad de género que incorporan no menos de un 40 % ni más de un 60 % de hombres y mujeres en las nominaciones y propuestas de candidaturas a la Cámara de Diputados, a las regidurías y vocales.



3. Límites irrazonables en perjuicio de la mujer que desea casarse luego de un divorcio

El último precedente al que nos referiremos se encuentra en la TC/0070/15, del 16 de abril, que declaró inconstitucional el artículo 35 de la Ley 1306-Bis, de fecha veintiuno (21) de mayo de mil novecientos treinta y siete (1937), el cual impedía a la mujer divorciada volver a casarse sino diez meses después que el divorcio hubiese llegado a ser definitivo, a menos que su nuevo esposo fuera el mismo de quien se hubiera divorciado. La accionante alegó que esta disposición era contraria al artículo 39 de la Constitución, al crear una discriminación y desventaja de la mujer ante el hombre, quien no estaba sujeto al mismo período de espera para volver a casarse.

En este caso, el Tribunal pone en contexto que se trata de una disposición contenida en una ley promulgada en el 1937, cuya racionalidad se encontraba justificada en el hecho de evitar que la mujer llegara al segundo matrimonio en estado de embarazo, de manera deliberada o no, y, en este sentido, las dificultades en relación a la paternidad de la criatura. Se trató de una época en la cual no contábamos con los métodos científicos empleados en la actualidad para determinar con facilidad y certeza el posible estado de embarazo de la mujer y la paternidad de la criatura.

A partir de ahí, el Tribunal aplicó el test de razonabilidad a la disposición impugnada, mismo que viene empleando a partir de la TC/0044/12, del 21 de septiembre. En este sentido, se consideró que la norma impugnada desconoce el principio de razonabilidad, puesto que el fin perseguido por esta, de proteger el derecho del o la menor, puede ser logrado haciendo uso de los avances científicos en la materia, como la prueba de ADN. Por tanto, el medio empleado para lograr el fin, es decir, condicionar un segundo matrimonio de la mujer, carece de toda justificación razonable ante los avances de la ciencia que permiten determinar la paternidad del niño o niña.

Adicionalmente, constituye un atentado a la dignidad de la mujer, siendo el respeto a la dignidad un pilar esencial del Estado dominica-



no, que “*implica que todas las personas, por el solo hecho de ser personas, tienen derecho a ser tratadas, siguiendo los patrones culturales socialmente validados, con respeto y consideración*”²¹. De modo que, esta prohibición constituye una desconsideración e irrespeto a su condición de persona, porque dicha prohibición parte de una presunción de dolo consistente en que la mujer puede ocultar un estado de embarazo al nuevo esposo. De esta forma, la norma fue expulsada del ordenamiento jurídico dominicano y, por tanto, las mujeres divorciadas pueden volverse a casar sin estar sujetas a un período de espera que no encuentra cobertura jurídica en la actualidad.

Conclusión

Los artículos 39 y 42.2 de la Constitución de 2010 representan la síntesis de un conjunto de disposiciones que figuran en la legislación interna anterior e inclusive, posterior a misma, así como en los convenios internacionales ratificados por el Estado dominicano, que apuntan a prevenir, erradicar y sancionar toda forma de discriminación y violencia contra la mujer. La consecución de tales objetivos constitucionales implica un compromiso tanto de los entes y órganos públicos como de la sociedad y solo pueden ser logrados en la medida en que cada uno asuma la cuota de responsabilidad de asegurar la “*realización práctica*” del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, lo que no necesariamente se logra solo con medidas prohibitivas de aquellas conductas atentatorias contra la igualdad, sino que han ameritado *actuaciones positivas* que promuevan y garanticen gradualmente la igualdad real y efectiva.

La garantía de este derecho resulta oponible a todos los entes y órganos públicos, y en el ejercicio de sus respectivas competencias se encuentran llamados a aplicar y concretizar el derecho a la igualdad

21 Párr. 9.23, pág. 15.

en los términos prefigurados en la Constitución de 2010. El Tribunal Constitucional, como último garante de la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, ocupa un rol fundamental en este proceso, el cual ha ido desarrollando a través de precedentes como los antes expuestos. Es de esperar que en los años venideros sean planteados nuevos casos ante el Tribunal, donde deba concretizar los artículos 39 y 42.2 de la Constitución dominicana y abordar lo relativo a su eventual confrontación con otros derechos fundamentales²².

22 Con posterioridad a la celebración de las Jornadas en Justicia y Derecho Constitucional, han sido emitidas otras sentencias que desarrollan aspectos sobre la igualdad de género; por ejemplo, las Sentencias TC/0668/18 y TC/0672/18, ambas del 10 de diciembre de 2018.



Jornada de Justicia y Derecho Constitucional



Provincia Santiago
de los Caballeros

25 de octubre de 2017

PALABRAS DE APERTURA

MAG. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Muy buenos días a todas y a todos, gracias por su presencia en esta mañana, saludo en la mesa de honor, a la magistrada Pamela Martínez Loayza, vicepresidenta de la Corte Constitucional de Ecuador, una corte muy particular, tiene nueve jueces y seis son mujeres, buen ejemplo.

Al maestro Gerardo Eto Cruz, catedrático y pasado juez del Tribunal Constitucional de Perú, al Dr. Antonio Medina Calcaño, decano de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, a la magistrada Leyda Margarita Piña Medrano, jueza primera sustituta del presidente del Tribunal Constitucional, y al querido (no voy a decir viejo amigo porque eso no nos conviene ni a él ni a mí), Genaro Rodríguez, director del Centro Universitario Regional de Santiago, que ha sido varias veces director, él va y viene, un saludo a los maestros y profesores de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, también quiero saludar a don Fernando Duran Álvarez quien es catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valladolid, gran amigo, letrado del Tribunal Constitucional Español, destacado jurista; también quiero saludar la presencia de la magistrada Wendy Martínez quien es una gran colaboradora del Tribunal Constitucional, es del Consejo Editorial del Anuario que siempre hace gran aporte a

la doctrina jurídica dominicana; a las magistradas y magistrados del Tribunal Constitucional; a los magistrados y magistradas de cortes, tribunales, representantes del Ministerio Público, abogados colegas, estudiantes, invitados, amigas y amigos todos.

Esta es la cuarta Jornada de Justicia y Derecho Constitucional, nosotros hemos querido compartir saberes en las distintas regiones del país, no quedarnos en la celebración de ese quinto aniversario en la ciudad de Santo Domingo, eso parte de una premisa: el respeto a la Constitución no es solamente una obligación por la que debe velar el Tribunal Constitucional, los representantes de los poderes públicos, los poderes constituidos sino que para lograr el respeto a la Constitución nosotros necesitamos que se desarrolle una conciencia de los actores que intervienen en los procesos constitucionales, de los académicos, de la jurisprudencia constitucional y sobre todo de las ciudadanas y de los ciudadanos.

El tribunal tiene una función pedagógica, lo expresa claramente el artículo 35 de nuestra ley orgánica que nos obliga a promover los estudios de derecho constitucional teniendo como soporte las universidades, los centros técnicos y los institutos de investigación, eso unido a la disposición del art. 63 numeral 13 de la Constitución que dice que con la finalidad de formar ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y sus deberes en todos los centros de educación públicos y privados se hace obligatoria la enseñanza de la formación cívica de la Constitución, de los valores patrios, de los derechos y garantías fundamentales y de las normas de convivencia. Eso para mí significa que el constituyente quiere y quiso que en la República Dominicana se genere, se forme lo que es denominado la “generación constitucional”. Nosotros, este servidor nunca tuvo la oportunidad en la escuela, en el liceo secundario de estudiar la constitución, de conocerla, por supuesto yo en bachillerato lo hice acabado de ser ajusticiado el tirano Trujillo, en el escenario de la escuela primaria eso era imposible, la Constitución es un instrumento subversivo, la Constitución huele a pólvora porque es un instrumento de limitación del poder de los gobernantes y en una dictadura no van a enseñar por supuesto, la Constitución.



“Generación constitucional” que debe transitar el camino de crear una cultura constitucional, ya sabemos que Martí decía que solo la cultura libera a los pueblos, yo me he atrevido a decir que solo la Constitución libera a los ciudadanos, en la medida en que los hace partícipe de su propia vida en la sociedad y por eso es tan importante la enseñanza del derecho constitucional, porque el derecho constitucional se fundamenta en la cultura de la libertad, el derecho constitucional es el derecho de la igualdad y de la dignidad, el de todas las personas y el de toda persona, el derecho constitucional es el derecho de la democracia. Sólo en democracia hay derecho constitucional. El derecho constitucional hace sentir a los pueblos la libertad que proclama en sus constituciones, es a los ciudadanos a quienes nos corresponde llenar de significado nuestras constituciones, la Constitución no es algo mágico que pueda dar resultado al margen de nosotros mismos, cuando un pueblo deja de recorrer y deja de reconocerse en su Constitución, deja de ser quien es.

Mi buen amigo profesor Javier Pérez Royo nos dice que la Constitución es punto de llegada de un proceso político, y es punto de partida de un ordenamiento jurídico, por supuesto, es claro, los procesos constitucionales son procesos históricos que transitan hacia el futuro, la Constitución del 2010 es un proyecto de nación y punto de partida del Estado Social y Democrático de Derecho.

Yo quisiera compartir con ustedes una reflexión, el maestro— en un acto que se celebró en el paraninfo de la Universidad de Granada en 2011, era el acto de inauguración de la fundación— y él con esa ponderación y profundidad de pensamiento dijo algo que a mí siempre me ha parecido muy interesante, extremadamente interesante y es lo siguiente: el constitucionalista es un jurista que llega al derecho a través de la Constitución, entonces eso significa que hay dos tipos de juristas, los que llegan al derecho a través de la Constitución y los que llegan a la Constitución a través del derecho, el principio es el mismo, el paisaje es el mismo, los horizontes son distintos, para el constitucionalista cualquier cuestión del derecho se convierte en cuestión



desde la Constitución, por ese fenómeno de transversalización de la Constitución, por esa invasión progresiva con toda rotundidad del derecho constitucional en todas las demás disciplinas hasta tal punto de que hoy se habla de que el derecho constitucional es el derecho común, no el derecho civil.

Y claro, todo eso viene dado porque la Constitución como dice Peter es cultura, la Constitución es un fenómeno cultural, y como es un hecho cultural, a través del tiempo se ha expresado de diversas formas. En Grecia, la cultura era solamente la filosofía; en Roma, la cultura era solamente el derecho, era culto y era jurista, pero nosotros encontramos que en el renacimiento era culto aquel que conocía de la literatura y de las artes y en la ilustración aquel que conocía de la ciencia, pero en definitiva, la cultura es la capacidad que tienen los pueblos como también tienen los individuos pero sobre todo los pueblos de conocer en sus instituciones, de conocer en sus constituciones que son una garantía de realización de un proyecto de nación.

Por eso nosotros nos sentimos profundamente complacidos, el TC de estar aquí en la Universidad Autónoma de Santo Domingo que como dijo el maestro decano Antonio Medina, fue la institución que acogió la presentación del TC al pueblo dominicano el 26 de enero de 2012 en su Aula Magna, después nosotros firmamos un acuerdo de colaboración interinstitucional provechoso, no simplemente de papeles, hemos tenido una cantidad enorme y seguiremos teniendo actividades dedicadas a promover el derecho constitucional, es más, yo puedo decir que la generosidad de la universidad autónoma fue tan grande que en un momento determinado yo recorrí la segunda planta de la biblioteca de la universidad acompañado del maestro Mateo Aquino Frebrillet quien me ofreció los salones de la segunda planta de la biblioteca, un salón bien grande, con una serie de oficinas, para alojar transitoriamente al TC hasta tanto tuviera un local definitivo, de manera que hay una unión permanente entre la universidad del pueblo dominicano que es la Universidad Autónoma De Santo Domingo y el Tribunal Constitucional.



En esta oportunidad nosotros hemos querido compartir con este pueblo de Santiago, con estos juristas de Santiago un tema importante sobre los procedimientos constitucionales que es el amparo. Los derechos valen lo que valen sus garantías, ya lo dijo Ferrajoli y lo grave era que la República Dominicana tenía una proclamación de múltiples derechos, pero no había la garantía, por primera vez un texto constitucional el del 26 de enero del 2010, tiene garantías unas que existían, de manera que digamos pretorianas y otros que han sido incorporado al texto constitucional, por supuesto el amparo es fundamental para la protección de los derechos fundamentales.

Nosotros hemos querido compartir esta figura de la experiencia latinoamericana, la experiencia ecuatoriana, el maestro Fernando Durán hablará de su experiencia y por supuesto el magistrado Víctor Joaquín Castellanos y la magistrada Wendy Martínez, el maestro Gerardo Eto Cruz, bueno, es uno de los hombres más trabajadores que yo conozco, cada vez que viene trae cuatro o cinco libros de novecientas páginas, cada uno que él ha escrito, él no se cansa, yo no sé de dónde es que saca tanta energía y uno solamente tiene que llamarlo arranca para acá y él viene y la magistrada Pamela Martínez, vicepresidenta de la Corte Constitucional de Ecuador, es una mujer extraordinaria, competente, calificada, hemos estado en varios escenarios juntos, la última vez hace apenas tres o cuatro semanas, ella siempre dispuesta a compartir, nosotros hemos tenido un gran acuerdo de colaboración con la Corte Constitucional de Ecuador y lo mantenemos, en la Jornada de Barahona estuvo la magistrada Tatiana Ordeñana compartiendo con nosotros, y ella lo ha hecho con mucho gusto, estaba muy feliz, recientemente casada con el presidente del Colegio de Abogados y bueno ha querido compartir con nosotros sus saberes en esta cuarta jornada, yo les agradezco profundamente que ustedes nos acompañen, demuestra el interés que ustedes tienen en el conocimiento.

Repito y con eso concluyo, el respeto de la Constitución no se va a lograr solo, eso es imposible, si cada ciudadano, si cada ciudadana, si



cada uno de los dominicanos no asume para sí el valor que tiene una Constitución no vamos a poder lograrlo, lograremos algo, lograremos mucho, lograremos un poco más pero no el objetivo central que tenemos que es de vivir todas y todos en Constitución, porque los pueblos que viven en Constitución, hay estudios que revelan eso, son los pueblos más felices, porque se respetan los derechos, se respetan las libertades y sobre todo se busca la igualdad real, como se logra la igualdad real, no solo con el viejo derecho constitucional, liberal, del siglo 19 con la teoría de las libertades públicas del sistema, donde el Estado se abstenía de intervenir de la vida de los ciudadanos, se logra cuando el Estado participa a través de políticas públicas en el desarrollo de la igualdad y de la justicia y solidaridad, en un Estado liberal. Tú eres importante, en un Estado social todos somos importantes y por eso la Constitución dominicana de 2010 habla de un Estado Social y Democrático de Derecho. Una sociedad dominicana más justa y más humana.

¡Muchas gracias!

EL AMPARO EN IBEROAMÉRICA¹

DR. GERARDO ETO CRUZ

Catedrático y antiguo Juez del Tribunal Constitucional del Perú

I. El Derecho Procesal Constitucional y el amparo

La consagración definitiva del Derecho Procesal Constitucional ha llevado, desde la reflexión iberoamericana, a consolidar un *núcleo duro* de materias que hoy perfilan epistémicamente su objeto o materia de estudio: la *jurisdicción constitucional*, los *procesos constitucionales* y la *magistratura constitucional*. Y, en esta parcela de conocimiento, los procesos constitucionales trepan un horizonte ¿? relevante en su estudio. Sumado a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, de todos los procesos constitucionales que existen en América Latina, el amparo se yergue como una figura propia, singular, con todo un pasado y una permanente evolución en su fin de ser la *tutela de urgencia* de los derechos fundamentales.

1 Ponencia presentada en Colegio Nacional de México, el 26 de octubre de 2015, en el marco del Ciclo “Pensamiento Jurídico Contemporáneo”, coordinado por los profesores Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés, dentro de la mesa temática “Derecho procesal constitucional” coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Puede verse el video en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=l1zoa6aR9ko>. En esta oportunidad, la ponencia se presenta en el marco de la celebración del V Aniversario de la creación del Tribunal Constitucional de República Dominicana, en las Jornadas sobre Justicia y Derecho Constitucional, a realizarse en la Provincia de Santiago de los Caballeros, el 25 de octubre de 2017.

II. El amparo: una voz ibérica

Permítasenos aquí hacer una digresión de la herencia ibérica que quedara en América Latina: su idioma. Al respecto, Pablo Neruda expresaba en torno al gran legado idiomático de Castilla:

“... Qué buen idioma el mío, qué buena lengua heredamos de los conquistadores torvos... Estos andaban a zancadas por las tremendas cordilleras, por las Américas encrespadas, buscando patatas, butifarras, frijolitos, tabaco negro, oro, maíz, huevos fritos, con aquel apetito voraz que nunca más se ha visto en el mundo... Todo se lo tragaban, con religiones, pirámides, tribus, idolatrías iguales a las que ellos traían en sus grandes botas... Por donde pasaban quedaba arrasada la tierra... Pero a los bárbaros se les caían de las botas, de las barbas, de los yelmos, de las herraduras, como piedrecitas, las palabras luminosas que se quedaron aquí resplandecientes... el idioma. Salimos perdiendo... Salimos ganando... Se llevaron el oro y nos dejaron el oro... se lo llevaron todo y nos dejaron todo... Nos dejaron las palabras”².

Efectivamente, el amparo, si lo apreciamos desde una perspectiva semántica, podemos verificar que una acepción con la que le identifica la RAE, técnicamente alude al proceso de amparo que existe en los sistemas jurídicos. Pasemos revista al significado que se asigna a este vocablo.

La Real Academia Española, en la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, le asigna a la voz *amparo* “Acción y efecto de amparar o ampararse”, en su primera acepción, y *amparar* (del latín *anteperare*) que significa favorecer, proteger³.

En las últimas ediciones del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la voz *amparo* remite al vocablo “recurso de amparo”

2 NERUDA, Pablo: *Confieso que he vivido. Memorias*, 6ª edición, Seix Barral, Barcelona, México, 1976, pp. 77-78.

3 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 141.



y que, según la Academia es “el estatuido por algunas Constituciones modernas, europeas y americanas, para ser tramitado ante un alto tribunal de justicia, cuando los derechos asegurados por la Ley fundamental no fueren respetados por otros tribunales o autoridades”⁴.

No cabe duda que la voz *amparo* como alocución ibérica alude a defensa, protección, tutela; expresaba Tena Ramírez que estamos ante un vocablo “castizo, evocador y legendario”⁵. Mauro Capelletti, por su parte, señala que el amparo, o con mayor precisión el juicio de amparo, es una institución incompatible con un régimen dictatorial, amparar de *anteparare* (voz provenzal: *ante-parar*) significa defender, proteger, y en este caso, la defensa se refiere al hombre en sus derechos de libertad frente al Estado⁶. Recordemos que ya desde las viejas expresiones castellanas, existían los llamados “amparamientos”, que tenían, en las Partidas de Alfonso X El Sabio, una connotación tanto literal como de protección que dispensaba el rey a los desvalidos, así como procesal, en lo referido a los mecanismos procesales establecidos para la protección de los derechos de los súbditos.

III. Una ojeada panorámica: su *nomen iuris* y su regulación en Latinoamérica

El proceso constitucional de amparo hoy está presente en 17 países de América Latina, acaso desde el primigenio influjo mexicano. En Europa, el registro no es desdeñable: 12 países lo regulan, y en el continente africano, Cabo Verde también lo comprende, tanto como en Asia, la Región Administrativa Especial de Macao. Es decir, en 31 países del mundo, el proceso de amparo, aunque con diversos *nomen*

4 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 2014, p. 1871.

5 TENA RAMÍREZ, Felipe: *Derecho Constitucional Mexicano*. 7ª edición, Porrúa, México, 1964, p. 458.

6 CAPELLETTI, Mauro: “La voz ‘Amparo’ en la *Enciclopedia del Diritto*”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, Año XI, N°. 33, septiembre-diciembre de 1958.



iuris, forma parte de una concreta manifestación de la tutela de los derechos fundamentales en los actuales y modernos sistemas de jurisdicción constitucional de la libertad.

Actualmente, los derechos de naturaleza *ius-fundamental* se ven protegidos por un conjunto de procesos de tutela ordinaria y otros, a través de sendos procesos constitucionales que, en la comparativa, reciben distintos *nomen iuris*, pero que, al fin y al cabo, son las garantías de la tutela de aquellos derechos fundamentales. En un mundo cada vez más convulsionado, en donde el acceso a la impartición de justicia se ve mediatizado por la dilación procesal, el amparo se presenta acaso como la gran herramienta que debe afirmar la protección frente a aquellos actos lesivos que pueden provenir indistintamente de cualquier autoridad, funcionario o persona; y esta última, que puede manifestarse a través de grandes entidades monopólicas, oligopólicas o transnacionales, cuyo desarrollo empresarial muchas veces genera diversas afectaciones medioambientales o complejos derechos difusos o colectivos.

El proceso constitucional de amparo constituye el instrumento *non plus ultra* para afirmar la tutela de los derechos *ius-fundamentales* y, con ello, los principios y valores constitucionales que encierra la Constitución como norma. Esta aseveración se pone de manifiesto en una constatación empírica: la elevada carga procesal que tienen los tribunales constitucionales en el mundo, en relación a este proceso, y que constituye un alto porcentaje del universo de procesos constitucionales que conocen los Colegiados Constitucionales⁷.

A la fecha, se puede sistematizar la cuantiosa legislación de los diversos países de América Latina, de Europa, África y Asia, en donde existe este instrumento procesal para tutelar la defensa y la protección de los derechos fundamentales de las personas, así como a nivel de los dos principales sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como son el sistema europeo, a través del Convenio Europeo

7 FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores): *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México D.F., 2006.



para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y el sistema americano, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica; en donde se recoge, aunque con distinta nomenclatura, el instituto del amparo como un medio de tutela de urgencia para proteger los derechos humanos. Veamos a continuación los distintos *nomen iuris* que recibe el amparo en Iberoamérica.

Así, en lo que respecta a América Latina, Argentina ha recepcionado el instituto del amparo a nivel constitucional en el art. 43, párrafos 1 y 2 de su Ley Fundamental y lo ha desarrollado a nivel legislativo mediante Ley 16986, Ley de Acción de Amparo de 1966, recibiendo el nombre de “Acción de Amparo”; Bolivia, por su parte, ha sentado su base constitucional en el art. 128 de su Carta Magna, y lo ha reglamentado mediante el novísimo Código Procesal Constitucional de ese país, promulgado el 5 de julio de 2012, que le denomina “Acción de Amparo Constitucional”; Brasil, a su vez, lo ha recogido en el art. 5º, LXIX y LXX de su Constitución y desarrollado mediante Ley 1533, *Lei do Mandado de Segurança* de 1951, con el *nomen iuris* de “Mandado de Segurança”, cuya traducción del lusitano es “Mandamiento de Seguridad o de Amparo”; Colombia le ha dado reconocimiento constitucional en el art. 86 de la Constitución Política de 1991 y reglamentado a través del Decreto 2591, donde se denomina al instituto “Acción de Tutela”; Costa Rica le ha dado configuración constitucional en el art. 48 de su Comando Normativo Mayor y desarrollo legislativo a través de la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley 7135 de 1989, denominándole “Recurso de Amparo”; Chile ha sentado su marco constitucional en el art. 20 de su Carta Política, y su desarrollo reglamentario está previsto en el Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales de 1992, calificando al instituto como “Recurso de Protección”; Ecuador lo comprende a nivel constitucional en el art. 88 y su regulación se encuentra en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, denominándole “Acción de Protección”; El Salvador lo prevé en el art.



247 de su Constitución y a nivel infraconstitucional, en la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960, donde le denomina al instituto como “Proceso de Amparo”; Guatemala lo comprende en el art. 265 de su Constitución y su ordenamiento reglamentario se encuentra en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad a través del Decreto N° 1-86 de 1986, denominándole simplemente “Amparo”; Honduras, por su lado, le da asiento constitucional en el art. 183 de su Carta Magna y desarrollo legislativo a través de la Ley sobre Justicia Constitucional de 2005, y le denomina “Garantía o Recurso de Amparo”; México, cuna de esta institución, lo comprende en los arts. 103 y 107 de su célebre Constitución de 1917, que se ve reglamentada a través de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de los Estados Unidos Mexicanos, de 1936, denominándole “Juicio de amparo”; Nicaragua lo prevé en los arts. 45 y 188 de su Constitución y lo desarrolla a través de la Ley de Amparo de 1988, consignándolo como “Recurso de Amparo”; Panamá, por otro lado, recoge este instituto en el art. 54 de su Constitución y lo desarrolla en su Código Judicial de 1987, en el Libro IV, que trata de las Instituciones de Garantía, específicamente en el Título III, denominado “Amparo de Garantías Constitucionales”, donde se le asigna el nombre de “Recurso de Amparo de Garantías Constitucionales”; Paraguay, por su parte, le ha otorgado rango constitucional a través del art. 134 de su Carta Política, y lo reglamenta en la Ley Número 1.337/88, Código Procesal Civil de 1988, en el Libro IV, “De los juicios y procedimientos especiales”, en especial en su Título II, rotulado “Del Juicio de Amparo”, y le llama, simplemente, “Amparo”; República Dominicana, a su vez, reconoce este recurso en el art. 72 de su Constitución, y lo regula en la Ley 137-11, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, que lo denomina “Acción de Amparo”; Uruguay, que a pesar de no recoger expresamente este instituto procesal en su Constitución, lo ha regulado a nivel legislativo en la Ley Número 16.011 de 1988, que le denomina “Acción de Amparo”; y finalmente, Venezuela, que ha recepcionado esta figura procesal en el art. 27 de su Constitución y la ha reglamentado a través de la Ley Orgánica de Amparo



sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, donde recibe dos nombres o acepciones “Acción de Amparo Constitucional” o “Acción de Amparo a la libertad o seguridad”.

IV. Breve panorama del amparo en Iberoamérica

4.1. El amparo como acción o como recurso ante un solo tribunal

La figura más generalizada es que el amparo se residencia ante un solo tribunal, bien sea especializado (jurisdicción constitucional concentrada) o ante la Corte Suprema. Aquí se podrán apreciar dos variantes que se pueden precisar según la competencia ante un Tribunal Constitucional o ante la Suprema Corte. Veamos:

4.1.1. El amparo a cargo de un Tribunal Constitucional

En este caso, estamos ante una competencia exclusiva de la jurisdicción constitucional concentrada vía un colegiado constitucional⁸. En el caso del “Recurso de Amparo de España”⁹, el amparo se encuentra regulado en la Constitución de 1978, y más específicamente a través de su regulación legal ordinaria, vía la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.1.2. El amparo a cargo del órgano supremo de la vía judicial

Entre otros sistemas constitucionales, el amparo se establece como una acción ante un solo tribunal, pero integrado dentro del po-

8 Entre los países que tienen esta competencia tenemos a Alemania, Austria y España. En el caso de Alemania, vía reforma de 1969, y se produce a través del llamado “Recurso de Amparo Constitucional” y solo sirve para la defensa de los Derechos Fundamentales. En el modelo austriaco, al amparo se le conoce con el *nomen iuris* de “Recurso Constitucional Austriaco”, y se introdujo en 1920 por la Constitución aun vigente y por la Ley del Tribunal Constitucional de 1953.

9 Al respecto, puede verse el reciente trabajo de Carlos Ruiz Miguel, “El amparo constitucional en España: derecho y política”, en *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional. Transformación, evolución, transmutación*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014.



der Judicial y específicamente, ante la Corte Suprema o ante el órgano judicial supremo. Demos una mirada comparativa de este particular sistema:

Los países latinoamericanos son Costa Rica, El Salvador y Nicaragua¹⁰. En el caso de Costa Rica, allí existe el llamado “Recurso de Amparo” a través de la Reforma Constitucional de 1984 y cuya competencia la detenta la Sala Constitucional, que es una sala especializada de la Corte Suprema. En el caso de El Salvador, el amparo está incorporado en su texto de 1983, vía la Corte Suprema, denominada la “Sala de Amparo”. Nicaragua, en su texto de 1986 establece el amparo a través de la Suprema Corte. También podríamos decir que México, en parte también se encuentra en esta sub-modalidad competencial.

4.2. El amparo como una acción o recurso, pero ejercido ante una globalidad de tribunales

Siguiendo el más puro estilo del modelo difuso, en la mayoría de los sistemas latinoamericanos que consagran expresamente el amparo, la configuración de estos procesos lo definen una globalidad de tribunales, cuyos casos son los siguientes: Argentina (artículos 4 y 15 de la Ley 16.986), Bolivia (artículo 32° del Código Procesal Constitucional), Brasil (artículos 14 de la Ley 1.533), Chile (artículo 1° del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales), Colombia (artículos 32 y 33 del Decreto 2591), Guatemala (artículos 11 al 16, 83 y 84 de su Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad), Honduras (artículo 10 y 11 de la Ley sobre Jurisdicción Constitucional) Panamá (artículo 2616 del Código Judicial), Perú (artículo 51° del Código Procesal Constitucional), Uruguay (artículos 3 y 10 de la Ley 16011), y Venezuela (artículo 7 de la Ley Orgánica del Amparo).

¹⁰ Y, a nivel europeo, tenemos el caso de Suiza.



Así, en Argentina desde la Ley 16986 sobre la Acción de Amparo; el Perú vía la Acción de Amparo que lo conocen los jueces de primera instancia en lo civil; Chile, vía el “recurso de protección ante las Cortes de apelación”; Brasil, el elenco de las garantías constitucionales: el mandato de *segurança*, el recurso de hábeas corpus, el mandato de *injunção* y el hábeas data. En el caso del mandato de *segurança*, lo conoce el Tribunal Superior de Justicia; luego, Venezuela tiene la Acción de Amparo, que la conocen los Tribunales de primera instancia; Colombia tiene la Acción de Tutela, Panamá, el Recurso de Amparo, Bolivia, la Acción de Amparo y Honduras, el Recurso de Amparo. En todos estos países, son los jueces civiles los competentes para conocer estas materias.

4.3. Los derechos que tutela el amparo en el sistema latinoamericano

Existe una gama en el sistema de protección, que va desde el extremo de proteger todos los derechos fundamentales o derechos constitucionales a solo algunos de ellos. Aquí, igualmente, podemos observar, por razones convencionales de exposición, dos modalidades. Veamos:

4.3.1. Sistema que protege, vía el amparo, todos los derechos fundamentales

Aquí tenemos el universo de los siguientes países: Venezuela, Costa Rica, Argentina, Uruguay, Perú, Guatemala, El Salvador, Bolivia, Honduras, Nicaragua, Brasil.

El caso de Venezuela, con su reciente Constitución de 1999, protege, vía el amparo, todos los derechos fundamentales. Costa Rica distingue entre el *hábeas corpus* y amparo a través de la Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989; Argentina, vía la Ley 16986, protege todos los derechos fundamentales, sin excepción. Uruguay, a través de la Ley 16011 de 1988; el Perú, a través del Código Procesal Constitucional;



Guatemala, a través de la Constitución de 1985 distingue el *hábeas corpus* cuyo *nomen iuris* es la acción de exhibición personal y el amparo. Su regulación actual es a través de la Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de 1986. El Salvador cuenta con la Ley de Procedimientos Constitucionales y allí se prevén los siguientes procesos: el de la inconstitucionalidad de las leyes; el de amparo, el de exhibición personal. Bolivia, en su artículo 128 de la Constitución de 2009, regula el amparo; Honduras, en la Carta de 1982, vía el artículo 183, igualmente prevé la tutela de los diversos derechos fundamentales; Nicaragua, a través del artículo 45 de la Ley de Amparo de 1988. En el caso de Brasil, la protección de los derechos fundamentales se expresa a través de los siguientes remedios procesales: el *hábeas corpus*, para la libertad individual; el mandato de *seguranca*, para la protección de los derechos líquidos y ciertos frente al abuso del poder; a su vez, este mandato de *seguranca* se expresa vía el individual y colectivo; el *hábeas data* tutela el acceso a la información y el mandato de *injunctio*, frente a la omisión de normas reglamentarias de derechos fundamentales.

4.3.2. Sistema que protege el amparo solo a ciertos derechos fundamentales

Normalmente, esto ocurre en el sistema europeo, como en Alemania y España; en Latinoamérica, tenemos los casos excepcionales de Chile y Colombia.

4.4. Legitimación procesal

Distinguimos aquí tanto la legitimación activa como la pasiva.

4.4.1. Legitimación activa

El común denominador en toda la legislación iberoamericana es, con fraseos más o menos equivalentes, cualquier persona, sea natural o jurídica. A esta regla, adicionalmente, se observa lo siguiente: Argenti-



na: lo puede plantear el Defensor del Pueblo y asociaciones registradas conforme a la ley; Bolivia: el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo; Brasil: partidos políticos, organizaciones sindicales, asociaciones; Ecuador: Defensor del Pueblo; Guatemala: Ministerio Público; Perú: personas jurídicas y Defensor del Pueblo; Uruguay: persona jurídica pública o privada; y Venezuela: Defensor del Pueblo.

4.4.2. Legitimación pasiva

Aquí existe una variada posición bajo el signo de si solo pueden ser emplazadas autoridades públicas o también particulares.

a) Contra autoridades públicas o privadas

La regla, por lo general, es que procede contra cualquier autoridad o funcionario, o incluso, contra particulares; son los modelos de jurisdicción de Argentina (artículo 43° de la Constitución); Bolivia (artículo 19° de la Constitución); Brasil, bajo la figura del agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público (artículo 5°, LXIX de la Constitución); Colombia (artículo 85° de la Constitución); Costa Rica (artículos 29° y 57° de su Ley de Jurisdicción Constitucional); Ecuador (artículo 95° de la Constitución); Guatemala (artículos 9 y 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad); Paraguay (artículo 134° de la Constitución); Perú (artículo 200°.2 de la Constitución); Uruguay (artículo 1 de la Ley 16.011) y Venezuela (artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

b) Solo contra entidades públicas

El modelo iberoamericano del amparo admite una corriente que solo debe emplazarse a autoridades o funcionarios públicos o del Estado. Estos países son Chile (artículo 3 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales); El Salvador (artículo 12 de la Ley



de Procedimientos Constitucionales); Honduras (artículo 41° de la Ley sobre Justicia Constitucional); México (artículo 103°, fracción I, de la Constitución y artículo 11 de su Ley de Amparo); Nicaragua (artículo 188 de la Constitución y artículo 24 de la Ley de Amparo) y Panamá (artículo 50 de la Constitución y artículo 2613 del Código Judicial).

4.5. Motivos de la protección del amparo

Los motivos por los que una persona puede utilizar el proceso de amparo son diversos y complejos en el derecho comparado; pero, en todo caso, siempre que se trata de una hipótesis de un acto lesivo, acto reclamado o un agravio constitucional que, para los efectos procesales es a través de una acción u omisión lesiva de derechos constitucionales. Ahora bien, estas acciones u omisiones pueden ser de particulares, de autoridades o funcionarios. Veamos una muestra panorámica.

4.5.1. El amparo frente a particulares

- a) Sistemas que lo admiten en forma general. Tenemos los casos de Argentina, Venezuela, Uruguay, Chile, Perú y Bolivia. Es decir, aquí procede interponer un amparo contra una persona particular y no necesariamente contra una autoridad estatal.
- b) Sistemas que lo admiten restrictivamente. En este caso, se pueden plantear en forma excepcional, y aquí están Costa Rica, Guatemala y Colombia. En rigor, la procedencia del amparo contra particulares ocurre siempre y cuando estos se encuentren cumpliendo actos de autoridad.
- c) Sistemas que excluyen el amparo frente a autoridades u omisiones de particulares. Aquí se encuentran España, Alemania y Austria, a nivel Europeo; y México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua, a nivel latinoamericano.



4.5.2. *El amparo frente a leyes*

Aquí estamos ante un complejo problema que no es abordado de forma sistemática en América Latina; en primer lugar, habría dos modelos:

- a) Sistemas que lo admiten. En este caso, los regímenes que lo admiten, distinguen dos tipos de leyes, las normas auto aplicativas y las *normas heteroaplicativas*. Las primeras son aquellas que no requieren de ninguna intermediación para que surtan efectos instantáneos; son normas de eficacia directa; y en este supuesto, los países admiten el amparo directo contra leyes. En este modelo se encuentran Venezuela, México, en parte, el Perú, Guatemala, Honduras y Costa Rica.

Igualmente, se admite contra leyes auto-aplicativas en Alemania, vía el recurso de amparo constitucional.

- b) Sistemas que lo prohíben. Los países que lo prohíben son Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia y **España**.

4.5.3. *El amparo contra las sentencias*

Este tópico es de por sí complejo, y bien se podría quintaesenciar en tres grandes modelos:

- a) Tesis negativa. Que prohíbe el amparo contra sentencias. En este modelo se ubican Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Honduras y Nicaragua.
- b) Tesis permisiva débil. Que plantea la posibilidad de residenciar amparos contra sentencias, pero en forma excepcional, y siempre y cuando se den determinados presupuestos. En este modelo se encuentran los casos de Perú, Venezuela, Guatemala, Honduras, Colombia; Brasil solo lo plantea si no existe algún recurso contra la sentencia.
- c) Tesis permisiva fuerte. Aquí, es factible plantear acciones de amparo contra todo tipo de sentencias, y ello ocurre en México y España. A todo ello, bien puede señalarse que, a caballo entre la tesis per-



misiva débil y fuerte, existe una mixtura en la dinámica jurisdiccional, donde Perú reclamaría dicho status, dado que la propia legislación (Código Procesal Constitucional, artículo 4) permite el amparo contra resoluciones que afectan la tutela procesal efectiva; expresión esta que, a la postre, permite, vía el amparo, controlar constitucionalmente el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

El amparo en Iberoamérica, como se podrá apreciar, constituye una institución en tierra fértil, y dependerá de los órganos jurisdiccionales dinamizarlo bajo los marcos de una judicatura garantista y no restrictiva, en la tutela de los derechos básicos de la persona.

AMPARO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

MAG. PAMELA MARTÍNEZ LOAYSA
Vicepresidenta de la Corte Constitucional de Ecuador

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Buenos días.

Sin duda alguna, uno de los temas de sustancial importancia para el análisis, por parte de los operadores y actores jurídicos de la región, es descifrar la naturaleza y efectividad de los mecanismos internos de protección de derechos con los que cuentan nuestros países. Por esta razón, me referiré a la acción de protección de derechos ecuatoriana, equivalente, en términos generales, a las acciones de amparo o tutela que rigen en la normativa comparada.

Esta acción de protección, en tanto mecanismo para la protección de derechos constitucionales y de la naturaleza, fue insertada en el Ecuador en el año 2008, a propósito de la expedición de la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en ese mismo año. A pesar de ser una garantía jurisdiccional con una vigencia de aproximadamente nueve años, hasta el momento su naturaleza, presupuestos y alcance no han sido asimilados o comprendidos del todo por jueces y, particularmente, usuarios del sistema de administración de justicia constitucional

ecuatoriano. Entre esas confusiones destacan problemas en torno a diferenciar esta nueva acción de protección con aquella acción de amparo que rigió en el Ecuador hasta la vigencia de la Constitución de 2008. Esta explicación resulta necesaria, considerando que la temática que se me sugirió abordar para este foro fue la acción de amparo, garantía constitucional que, como mencioné, fue eliminada con la Constitución 2008 y en su reemplazo, se estableció una nueva garantía jurisdiccional como lo es la acción de protección.

Con esta breve aclaración, abordaré mi análisis en torno a la acción de protección de derechos constitucionales ecuatoriana. Para el efecto, el análisis que realizaré se desarrollará a partir de cuatro momentos.

En un primer momento, haré referencia a las principales características del modelo constitucional implantado en el Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución del año 2008. En un segundo momento, se distinguirán las principales diferencias de la acción de protección con el extinto amparo constitucional, lo cual nos permitirá diferenciar claramente a la nueva garantía jurisdiccional de derechos constitucionales. En un tercer momento, se identificarán las características sustanciales de la acción de protección, así como de la problemática sociológica o pragmática, que ha generado su desconocimiento, lo cual nos llevará al cuarto momento de esta ponencia, en el que se resaltará la importancia que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador para desarrollar el contenido de la garantía jurisdiccional y generar un mensaje educativo-pedagógico a todos los operadores jurídicos.

1. Introducción.-

La Constitución de la República expedida en el año 2008 determinó, en su artículo 1, que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia¹, lo cual implicó la generación de una irradiación

1 Constitución de la República, artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos



constitucional dentro de todos los ámbitos, tanto público como privado, esto porque a partir de ese momento, la protección de los derechos constitucionales se constituyó en el más alto deber del Estado.

Como consecuencia del modelo constitucional adoptado por el Estado ecuatoriano, el constituyente además consideró de fundamental importancia rediseñar las garantías constitucionales anteriormente previstas en la Constitución Política de 1998, circunstancia que no solo generó que se fortalezcan las garantías ya existentes sino que además llevó consigo la creación de nuevas garantías, orientadas a materializar el ejercicio de los derechos constitucionales.

En el caso de las garantías jurisdiccionales, una de las innovaciones sustanciales es la creación de la acción de protección, garantía prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República. Esta garantía tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas e incluso por vulneraciones a derechos provenientes de personas particulares.

En consecuencia, la acción de protección responde a la necesidad y obligación convencional de contar, a nivel interno, con un mecanismo eficaz y de espectro amplio para la protección de los derechos constitucionales, que valga la aclaración, no existía en el modelo constitucional antecesor a la Constitución ecuatoriana del año 2008.

2. Diferencias de la acción de protección con el amparo constitucional.-

En muchos foros, espacios jurídicos e incluso dentro de la misma administración de justicia ecuatoriana se ha observado que constan-

y justicia, social, democrático, soberano, independiente, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.



temente, de forma errada, se asemeja a la acción de protección con la extinta acción de amparo constitucional, llegando en algunos casos a sostener que tienen la misma naturaleza, y en otros a ni siquiera diferenciarlas.

Esta situación, sin duda alguna, ha generado una problemática que refleja que pese a que la Constitución vigente fue dictada hace nueve años, aún existe desconocimiento de su contenido y alcance.

La acción de protección difiere sustancialmente de la extinta acción de amparo constitucional, consagrada en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998. Acorde a la normativa en mención, esta acción debía ser tramitada de forma preferente y sumaria, y a través de su presentación se podía requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

Es decir, la acción de amparo constitucional tenía un carácter cautelar, en tanto su objetivo era cesar, evitar o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública, mas no conocer el fondo del asunto controvertido y, en consecuencia de ello, declarar una vulneración de derechos constitucionales, y lo más importante, reparar integralmente esas vulneraciones. Estos déficits de la acción de amparo fueron superados con la Constitución 2008, particularmente a través de la nueva acción de protección.

3. Principales características de la acción de protección.-

En razón de las consideraciones señaladas, se debe resaltar que la acción de protección es una garantía jurisdiccional propia de la Constitución del año 2008, que refleja el carácter garantista de la norma constitucional y que demuestra el tránsito de garantías constitucionales



extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos –como sucedía en la Constitución Política de 1998–, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales².

De la mano del rediseño de las garantías constitucionales, la Constitución de la República además transformó la administración de justicia constitucional, por cuanto consideró que todos los jueces que conforman la administración de justicia, al encontrarse en la obligación de aplicar los postulados constitucionales, debían conocer, tramitar y resolver garantías jurisdiccionales, convirtiéndose en jueces constitucionales; esto fue denominado por los académicos nacionales como el proceso de constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano.

En consecuencia con este proceso de constitucionalización, el papel de los jueces constitucionales es fundamental dentro del modelo constitucional vigente, ya que conforme lo ha determinado la Corte Constitucional del Ecuador en su jurisprudencia, particularmente en su sentencia no. 146-14-SEP-CC, los jueces se constituyen en los actores protagónicos de la protección de derechos a través del conocimiento de las garantías jurisdiccionales.

A partir de lo señalado, los jueces constitucionales, al conocer una acción de protección, deben asegurar el objetivo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República, esto es, que esta garantía funcione como un mecanismo que tutele de forma directa, sumaria y eficaz los derechos constitucionales, observando las características comunes a todas las garantías jurisdiccionales previstas en el artículo 86 de la norma constitucional, como lo son: la legitimación activa amplia, la existencia de un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, la informalidad, entre otros; y principalmente, preservando su carácter amplio, en tanto

2 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia no. 001-10-PJO-CC, dictada dentro del caso no. 0999-09-JP.



protege todos los derechos constitucionales, excluyendo únicamente aquellos derechos que encuentren protección a través de otras garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, como lo son la acción de habeas corpus (derecho a la dignidad humana, integridad personal, libertad ambulatoria), acceso a la información pública (derecho a acceder a la información pública), habeas data (derecho al acceso a datos personales e incluso su corrección), acción por incumplimiento de normas o informes de organismos internacionales de derechos humanos (derecho a la seguridad jurídica), acción extraordinaria de protección (garantía para tutelar derechos constitucionales en decisiones judiciales) y acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (pluralismo jurídico).

Sin embargo, como fue señalado, aún el foro jurídico ecuatoriano no ha comprendido en su totalidad la dimensión de la acción de protección, por cuanto los jueces constitucionales han optado en sus decisiones por negar la garantía jurisdiccional, bajo el discurso reiterado de que el tema debatido corresponde a un asunto de legalidad reservado a la justicia ordinaria, sin previamente haber verificado si en el caso concreto existió o no vulneración de derechos constitucionales.

Esta situación ha generado la emisión de sentencias que han negado acciones de protección, sin ninguna carga argumentativa, recurriendo únicamente a la enunciación del artículo 173 de la Constitución de la República, que establece que los actos administrativos pueden ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, atentando contra los derechos constitucionales al debido proceso, en tanto estas decisiones han carecido de una adecuada motivación; seguridad jurídica, ya que la garantía no ha cumplido el fin para el cual fue creada; tutela judicial efectiva, puesto que la administración de justicia constitucional no ha cumplido el rol instaurado en el Estado Constitucional de Derecho y Justicia, entre otros.

En este escenario, la realidad práctica dentro de la cual ha funcionado la acción de protección nos lleva a la conclusión de que aun los jueces constitucionales no se encuentran preparados para cumplir su objetivo



de convertirse en los guardianes de los derechos constitucionales y, en consecuencia, de la Constitución.

Estas circunstancias llevaron a que la Corte Constitucional del Ecuador, como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, a través de sus decisiones desarrolle el contenido de la acción de protección, clarificando no solo su ámbito de acción, sino además el papel que los jueces constitucionales deben cumplir en la sustanciación y conocimiento de este mecanismo de protección de derechos.

4. Análisis de las decisiones dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador respecto de la acción de protección.-

Para el efecto, es necesario destacar los principales criterios emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador a través de la acción extraordinaria de protección (tutela contra decisiones judiciales), respecto de dos aspectos: en primer término, la negación constante de las acciones de protección, bajo los argumentos de que el tema debatido corresponde a un asunto de legalidad y de la existencia de otras vías; y el segundo aspecto, referente a la inadmisión de la acción de protección en primera providencia, en virtud del argumento de que no existe vulneración de derechos constitucionales.

En cuanto al primer aspecto, esto es, *“la negación constante de las acciones de protección, bajo los argumentos de que el tema debatido corresponde a un asunto de legalidad, y que existen otras vías para el efecto”*, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia no. 016-13-SEP-CC dentro del caso no. 1000-12-EP.

En esta decisión, la Corte Constitucional del Ecuador conoció el caso de una acción extraordinaria de protección presentada dentro de una acción de protección, en la cual los accionantes establecieron como principal sustento de su demanda que se vulneraron sus derechos constitucionales al trabajo y seguridad jurídica, por cuanto se aplicó un decreto ejecutivo que contradecía lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público.



Ante el escenario planteado, la Corte Constitucional consideró imprescindible pronunciarse respecto de la naturaleza de la acción de protección, a efectos de evitar, por un lado, que los jueces constitucionales nieguen la acción de protección sin ningún sustento, y por otro lado, que los abogados presenten acciones de protección respecto de temas de mera legalidad.

Siendo así, la Corte determinó que la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. Así mismo, estableció que no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional, ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional estableció que la acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional, resaltando que es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor, para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o, si por el contrario, por su naturaleza infraconstitucional, su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.

De esta forma, a partir de esta decisión, la Corte Constitucional estableció con claridad que las garantías jurisdiccionales se constituyen en los mecanismos idóneos para conocer las vulneraciones a derechos constitucionales, no obstante, estas garantías no pueden invadir espacios propios de la justicia ordinaria, ya que se generaría una superposición de la justicia constitucional sobre la justicia ordinaria. Por lo que a efectos de que la garantía cumpla su objetivo, la Corte Constitucional estableció que le corresponde al juez constitucional –el cual, conforme lo señaló anteriormente, se constituye en el actor protagónico del respeto a los derechos constitucionales– analizar caso a caso, sobre la base de un



ejercicio de profunda razonabilidad, si el tema puesto a su conocimiento corresponde a un asunto de constitucionalidad, o caso contrario, a un asunto de legalidad.

Es decir, en esta decisión se resaltó la obligación del juez constitucional de expedir sus decisiones, centrando su análisis en la verificación de la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales, lo cual, sin duda alguna, debe realizarse de forma motivada, esto es, cumpliendo los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, criterio que además fue reforzado en la sentencia de jurisprudencia vinculante no. 001-16-PJO-CC.

En consecuencia, un juez constitucional que conozca una acción de protección no puede negar la acción bajo el único argumento de que se trata de un tema de legalidad, sin que previamente haya analizado la vulneración de derechos que fue alegada en la demanda de acción de protección, y que demuestre las razones por las que el asunto no se constituye en un asunto de constitucionalidad.

Vale la pena recalcar que este criterio ha sido reiterado por la Corte Constitucional en múltiples decisiones, y ha servido como parámetro para analizar las sentencias dictadas dentro de acciones de protección que han llegado a su conocimiento a través de la presentación de acciones extraordinarias de protección donde se ha impugnado su contenido.

Respecto al segundo aspecto, *referente a la inadmisión de la acción de protección en primera providencia, sustentada en el argumento de que no existe vulneración de derechos constitucionales*, la Corte Constitucional dictó la sentencia no. 102-13-SEP-CC emitida dentro del caso no. 0380-10-EP, en el que conoció la acción extraordinaria de protección presentada por una persona en contra de una providencia por medio de la cual se negó la acción de protección que planteó en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El argumento de los jueces constitucionales que conocieron su acción de protección para inadmitirla, fue que la accionante no demostró en su demanda la vulneración de derechos constitucionales.



Es decir, los jueces constitucionales, a partir de la argumentación planteada en la demanda, en primera providencia, establecieron que en virtud del contenido de esta, no se evidenció la vulneración a derechos constitucionales.

En este escenario, frente a las circunstancias que presentó el caso concreto, la Corte Constitucional del Ecuador formuló dos problemas jurídicos. El primero, encaminado a determinar de qué forma debe entenderse el procedimiento informal en la tramitación de las garantías jurisdiccionales de los derechos; y el segundo, orientado a establecer si se vulneraron los derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva cuando, en el auto de inadmisión a trámite, no se ha observado el procedimiento constitucional para sustanciar una acción de protección.

En la resolución del primer problema jurídico, la Corte Constitucional destacó que las garantías jurisdiccionales, conforme lo previsto en el artículo 86 de la Constitución de la República, tienen como característica principal la informalidad, lo cual se evidencia en la disposición que establece que su sustanciación debe ser directa y eficaz, por lo que precisó que la tutela de los derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección –y de las garantías jurisdiccionales en general– se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado.

De esta forma, la Corte Constitucional además agregó que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se constituye en el cuerpo normativo que regula a la acción de protección, por lo que del análisis de su artículo 10 determinó que la inadmisión de la garantía jurisdiccional, solo debe darse ante la imposibilidad del juez de subsanar los requisitos de contenido mínimo de la demanda, ya que el juez constitucional debe encontrarse abocado al activismo judicial.

En consideración de este análisis, la Corte Constitucional distinguió los conceptos de admisión y procedencia, estableciendo que la admisión es la simple verificación de la existencia de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento, un primer



acto que da cabida a las siguientes etapas procesales, a diferencia de la procedencia, que implica una verificación material sobre la existencia de la razón o fundamento para la obtención de cierto pronunciamiento o para acceder a ciertos recursos. Por lo que la Corte precisó que en el procedimiento constitucional, esta distinción cobra una importancia radical en la sustanciación de los procesos, a la luz de un procedimiento caracterizado por ser “sencillo, rápido y eficaz” de las garantías jurisdiccionales de los derechos.

A partir de este análisis, la Corte Constitucional, en el segundo problema jurídico, determinó que la decisión de los jueces constitucionales que conocieron la acción de protección, de inadmitir la garantía sin previamente haber agotado todo el proceso, a efectos de determinar si existió o no vulneración de derechos, implicó una transgresión a los derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva.

No obstante, considerando que las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que regulan a la acción de protección podían generar una confusión en el ámbito práctico, consideró de sustancial importancia pronunciarse respecto de los artículos 40 y 42 de la referida ley.

Así, el artículo 40 determina los requisitos para presentar una acción de protección, siendo estos: a) la violación de un derecho constitucional; b) la existencia de una acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y, c) la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Mientras, el artículo 42 establece cuándo la acción de protección no procede, enlistando los siguientes casos:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.



4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

El artículo 42, último inciso, además, determina que en estos casos, de manera sucinta, el juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

Es decir, los artículos 40 y 42 establecían de forma indistinta las causales de improcedencia y de inadmisión de la acción de protección. Por lo expuesto, la Corte Constitucional consideró necesario determinar si los aspectos previstos en las normas eran sustanciales o de mera forma.

A partir de aquello, la Corte Constitucional efectuó una interpretación del artículo 42, distinguiendo cuáles de las causales que este artículo contiene son de admisibilidad, y cuáles son de procedencia. Es decir, en el primer caso distinguió qué causales del artículo 42 se ajustan a la inadmisión de una acción de protección en primera providencia, y qué causales deben ser analizadas ineludiblemente en sentencia.

En consecuencia, estableció que las causales sexta y séptima pueden servir de sustento para inadmitir la acción de protección, esto es, cuando se trate de providencias judiciales, y cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral, en tanto pueden ser verificadas del solo contenido de la demanda.

Mientras que respecto de las demás causales, esto es, de la primera a la quinta del artículo 42, precisó que requieren de un análisis más detallado por parte del juez constitucional, lo cual solo se consigue a partir del análisis del proceso constitucional, una vez sustanciado el proceso, y a través de una “sentencia”, la cual debe encontrarse debidamente mo-



tivada, conforme lo previsto en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República.

Ahora bien, en cuanto al artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional efectuó su interpretación condicionada a partir del siguiente criterio:

Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto, podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Esta decisión se constituyó en una sentencia hito, por cuanto, a fin de efectivizar que se cumpla el objetivo de la acción de protección, como una garantía jurisdiccional encaminada a tutelar los derechos constitucionales frente a vulneraciones generadas por actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, políticas públicas y personas particulares, efectuó una interpretación condicionada de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, diferenciando cuándo una acción de protección puede ser inadmitida y cuándo debe ser ineludiblemente resuelta a través de una sentencia.

Además, se resaltó la necesidad de que todas las decisiones que se dicten dentro del conocimiento de las garantías jurisdiccionales observen el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de motivación.

De esta forma, la Corte Constitucional del Ecuador destacó la naturaleza de la acción de protección como uno de los mecanismos constitucionales más garantistas de derechos, analizando las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que a partir de su interpretación, podían afectar la efectividad de la garantía.



5. Conclusiones.-

A partir de lo señalado, se concluye que el Estado constitucional de derechos y justicia social que rige en el Ecuador requiere de la presencia de garantías constitucionales fortalecidas, como lo es la acción de protección, así como de operadores jurídicos capacitados, que cumplan con su objetivo constitucional.

En consecuencia, esta garantía jurisdiccional no solo debe ser abordada a partir del análisis del artículo 88 de la Constitución de la República que la consagra, o de las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sino además, de la jurisprudencia dictada por el máximo órgano de control constitucional, interpretación y administración de justicia en esta materia, esto es, la Corte Constitucional del Ecuador.

Como hemos visto, los problemas que han aquejado a la efectividad de este mecanismo interno de protección de derechos -que son recurrentes y semejantes a los que han experimentado garantías similares en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, la residualidad o subsidiariedad de las garantías- han sido abordados centralmente por la jurisprudencia del máximo órgano de justicia constitucional del país, demostrando concomitantemente la importancia que tiene la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el Ecuador. El activismo judicial que ha llevado adelante la Corte Constitucional ecuatoriana ha permitido que esta garantía jurisdiccional cumpla, en la práctica, con el fin para el cual fue creada, esto es, la tutela judicial efectiva de los derechos, y que el componente procesal sea entendido como un instrumento para alcanzar la justicia, y no como el centro de preocupación de los juzgadores. Se trata, ahora, de seguir evaluando, con la debida rigurosidad, desde la dimensión sociológica o práctica, la efectividad y cumplimiento de estos criterios jurisprudenciales; esta será la única manera de evitar incurrir en una desconexión entre la norma y la sociedad, y así garantizar que el Ecuador sea, en la práctica, lo que define el artículo 1 de la Constitución, esto es, un Estado constitucional de derechos.



Soy una convencida de que SABER es PODER y de que no hay futuro sin PAZ, y no habrá paz sin una verdadera justicia social y constitucional

Gracias.

BIBLIOGRAFÍA

Storini, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini Editores, *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Ed. Corporación Nacional Editora y Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

FUENTES NORMATIVAS

- Constitución Política de 1998.
- Constitución de la República del 2008.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia o. 001-10-PJO-CC, dictada dentro del caso no. 0999-09-JP.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia no. 016-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1000-12-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia no. 102-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0380-10-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia no. 001-16-PJO-CC, dictada dentro del caso No. 0530-10-JP.



EL AMPARO EN LATINOAMÉRICA

PANELISTA

Lic. Juan Fernando Durán Alba

Profesor Titular de Derecho Constitucional
(Universidad de Valladolid, España)

LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES¹

DR. JUAN FERNANDO DURÁN ALBA
Profesor Titular de Derecho Constitucional en la
Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España

1. Introducción.

El Estado constitucional contemporáneo ha tratado de hacer *compatibles* (compatibles y posibles a la vez; me permito tomar el término prestado del filósofo Leibniz) los tres postulados que lo integran: el Estado de derecho, el Estado democrático y el Estado social. Es decir, siendo realidades históricas sucesivas, no son excluyentes, no se han sucedido en el tiempo superándose, sino que se han ido integrando en el Estado constitucional de su emergencia, a lo largo de su decurso –como una suerte de cláusulas definitorias del mismo– hasta generalizarse en las Constituciones europeas de la segunda postguerra (así, en el artículo 1.1 de la Constitución española, que paradójicamente las enumera en el orden inverso al de su aparición histórica). No obstante,

1 El estudio del autor se enmarca dentro de su participación en el proyecto de investigación: «El control de la Ley: constitucional, comunitario y convencional» (DER2016-78391-P; Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España).

más o menos explícitamente, en las Constituciones del período de entreguerras ya surgieron sus primeras manifestaciones formales (siendo este un período rico para el constitucionalismo, es también, por cierto, una buena muestra de *textos* inadecuados al *contexto* de entonces).

En este sentido, creo que los tempos en la construcción del Estado constitucional, según los conocemos (o los interpretamos) no son casuales, ni creo que puedan alterarse. Obviamente, sin previo Estado (Leviatán), no hay Constitución, entendida como una pretensión histórica, hecha norma, de controlar al poder (de domeñar al Leviatán) y, por lo tanto, como una técnica jurídica al servicio de la libertad (Estado de derecho entendido según el canon del artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789). Más adelante surgirá la pretensión de desplazar la titularidad de la soberanía hacia el pueblo y, por lo tanto, de ampliar (universalizar) la participación de los ciudadanos en la legitimación (y a fin de cuentas último control) de quienes ejercen el poder, o sea, se escindirá la titularidad del ejercicio del poder (Estado democrático). Solo de forma más reciente se asistirá a la plasmación en las constituciones de una serie de elementos que han permitido calificar a los estados contemporáneos como sociales, pero también es cierto que con una aprehensibilidad jurídica más débil que en el caso de los elementos o instituciones que definen las anteriores categorías del Estado constitucional, si bien sí es posible identificar como último objetivo la consecución de la igualdad material, para lo que, constitucionalmente, se habilitaría a los poderes públicos para remover los obstáculos que lo impidan. Por eso, estimo que es muy difícil que, en términos formales, pueda sostenerse que la realización del Estado social conduce a un Estado democrático, por lo menos no en los términos del Estado constitucional.

Y es que no puede confundirse Estado social, en términos constitucionales, con Estado prestacional o Estado con servicios públicos: los estados autoritarios europeos del pasado siglo, que emergieron como



modelos alternativos al Estado liberal –en su versión parlamentaria prerracionalizada–, fueron estados con sólidos, cuando no gigantescos, sistemas de servicios públicos: educación, sanidad, seguridad social, etc., sin que, ciertamente, sea posible calificarlos como estados sociales en los términos del constitucionalismo.

Por otro lado, no todo Estado social se encuentra constitucionalizado, habiéndose llegado a resultados parecidos a través de otras vías, por ejemplo, exclusivamente a través de la ley, de ahí que algunos autores hayan defendido que la cláusula social es infraconstitucional (las prestaciones se establecen *ex lege*) y no añade nada a la definición del Estado social (Forsthoff). Existen estados sociales constitucionalizados (Alemania) y estados sociales constitucionalizados y racionalizados, es decir, con una cierta delimitación del mismo en el texto constitucional (España o Brasil).

Frente a esta construcción formal del Estado social, se encuentra la construcción material del Estado social, que en realidad se aparta de la dogmática jurídica para vincularse a un concepto socioeconómico, frecuentemente confundido con el concepto jurídico: el Estado de bienestar. Esta perspectiva material, o prestacional, si se prefiere, emerge en la segunda postguerra, en los sistemas económicos de *capitalismo renano*, asentados en una pirámide de población laboral con una amplia base contribuyente en relación con el número de prestaciones a las que había de hacerse frente. El adelgazamiento material de este tipo de estados se demanda cuando la pirámide se invierte por razón del envejecimiento de la población. Paradójicamente, en los estados en vías de desarrollo y elevados niveles de pobreza o de desatención, existe una pirámide igualmente invertida, aunque no debido a circunstancias demográficas –pues se trata de países con tasas de natalidad muy altas–, sino a razones de capacidad económica: dicen los comentaristas alemanes de la Constitución que un Estado pobre puede llegar a ser un Estado de derecho (personalmente, tengo serias dudas), pero nunca un Estado social.



2. Delimitación previa.

2.1 Determinación de los derechos sociales.

Primera cuestión: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de derechos sociales? O, si se prefiere, ¿nos encontramos ante una realidad jurídica homogénea?

No procede, ahora, abordar en profundidad la dogmática de los derechos fundamentales, que es el terreno en el que nos movemos. Tan solo pretendo delimitar sucintamente la categoría a los efectos de la presente ponencia. En el marco de las clasificaciones más antiguas de los derechos fundamentales, los derechos sociales se vienen vinculando con derechos cuyo surgimiento –más allá de alguna rareza histórica– acompañaría al Estado social, como realidad constitucional cuyo objetivo sería la consecución de la igualdad material. En este contexto, se vincularía el contenido y alcance de estos derechos con la garantía de prestaciones públicas en los ámbitos materiales a los que afectan (vivienda, medioambiente, educación, trabajo, sanidad, seguridad social, entre otros). Esta concepción, demasiado estricta, deja fuera de la categoría derechos que, sin encajar en la aludida vertiente prestacional, tienen un innegable alcance social, como los derechos laborales de participación que además, en el caso de la Constitución española sí son auténticos derechos fundamentales: derecho de huelga, derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva².

Esta concepción restrictiva tiene, sin embargo, la ventaja pedagógica de contraponer nítidamente, nuevamente en el caso español, los *auténticos* derechos fundamentales con los derechos sociales recogidos en la Constitución y que no se han conformado como derechos subjetivos

2 Lo contrario también encuentra puntual manifestación, esto es, vincular los derechos sociales con los derechos laborales, acaso porque además de la vertiente de los derechos educativos –recogido en el artículo 27 CE– que tiene más prestacional, los únicos derechos sociales estrictamente fundamentales son precisamente los laborales. *Vid.*, en este sentido, MÉNDEZ, Cándido: “Tribunal Constitucional y los derechos sociales: pasado, presente y futuro” en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario* (dirs. M. Balado, J. A. García Regueiro), Centro Internacional de Estudios Políticos-Institut International de Sciences Politiques y Bosch, Barcelona, 2003, pp. 491-496.



sino como principios informadores. Si se prefiere, en términos inversos, en nuestro texto constitucional, con muy limitadas excepciones, los derechos fundamentales carecen de contenido económico prestacional³. Sin embargo, esta distinción dista mucho de aceptarse de buen grado, llegándose a afirmar taxativamente lo contrario, con consecuencias prácticas evidentes: “No obstante, en cuanto derechos fundamentales, también los derechos sociales tienen un contenido esencial que, aunque más flexible que el de otros derechos, no puede ser lesionado por el legislador o las Administraciones. Así pues se impone una distinción capital entre este contenido irrenunciable de los derechos y un contenido no esencial, variable según las circunstancias económicas”⁴.

Soy consciente de que la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, en función de su prestacionalidad, no es universalmente admitida⁵. La principal objeción deriva, a juicio de quienes se oponen del costo que tiene todo derecho:

“La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación -destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos-, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de poli-

3 BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. et al.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 79 (los autores introducen la salvedad, además de la expresa previsión constitucional, de que la institución protegida por el concreto derecho corriera grave riesgo, como la inexistencia total de subvenciones a los partidos políticos que podría amenazar el pluralismo).

4 REY MARTÍNEZ, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España. Un balance crítico*, Universitat de València y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 309. Por otro lado, sobre el riesgo de degradar la misma noción de derecho si se admite una gradación entre derechos constitucionales en función de su tutela, véase PAREJO ALFONSO, Luciano: “El Estado Social y el Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional”, en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes* (dir. S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado y L. González Seara), Escuela Libre Editorial y Civitas, Madrid, 2002, p. 804 y sg.

5 Prácticamente, un clásico en este particular es la conocida obra de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.



cía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera. Todas estas actividades implican, claro está, un costo para el Estado, sin el cual el derecho no resultaría inteligible, y su ejercicio carecería de garantía. Esta reconstrucción puede replicarse con cualquier otro derecho -piénsese, en materia de derechos políticos, la gran cantidad de conductas positivas que debe desarrollar el Estado para que el derecho de votar puede ser ejercido por todos los ciudadanos-. Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado: piénsese, por ejemplo, en el derecho a contar, en caso de acusación penal, con asistencia letrada costeadada por el Estado en caso de carecer de recursos suficientes, o en el derecho a garantías judiciales adecuadas para proteger otros derechos”⁶.

Sin negar acierto y perspicacia en las consideraciones de los autores, cuando se niega la utilidad de distinguir entre derechos civiles y sociales, más allá de su virtualidad como criterio hermenéutico para determinar el origen y devenir histórico de los mismos, se corre el riesgo, de *disolver* en lugar de *resolver* el problema. Los derechos sociales pueden ser derechos fundamentales, genéricamente considerados, en sentido metajurídico, pero si se pretende su aproximación al resto de los derechos en función de la ontológica necesidad de recursos públicos de todos los

6 Vid. de los citados autores: “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”, *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005, 1,3 (por la versión disponible en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>).



derechos se acaba desenfocando la cuestión. Abordar, por ejemplo, la cuestión del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y de las garantías procesales (artículo 24.2 CE) desde la perspectiva de los recursos humanos y materiales supone rebasar los contornos del derecho fundamental: la necesaria dotación personal y material de la justicia es anterior al derecho fundamental citado, anterior aún al propio Estado constitucional y hay que llevarla a la necesaria heterocomposición de los conflictos entre particulares por los jueces; si no, lo que no existe siquiera es el propio Estado.

Responderé, pues, a la pregunta inicial desde una perspectiva procedimental: tratándose la cuestión de determinar si existe tutela de los derechos sociales, me atenderé a la naturaleza prestacional de los mismos, pues esta, en conexión con el *locus* de su ubicación en la Constitución española, determina definitivamente su nivel de protección.

2.2 *¿Garantía o tutela de los derechos sociales?*

Segunda cuestión: ¿el contenido del término tutela es suficiente para comprender adecuadamente cómo se protegen los derechos sociales?

Al abordar la tutela de los derechos fundamentales se corre el riesgo de restringir la protección de los derechos fundamentales a su faceta –por lo demás, más evidente y visible– de los mecanismos de protección que pueden accionarse ante los tribunales. La cuestión es notablemente más compleja, pues la Constitución española aborda la protección de estos derechos, no solo en términos procesales, sino delimitando la intervención del *normador* de los derechos y estableciendo órganos cuyo cometido esencial es supervisar la actuación de los poderes públicos en la materia. Así pues, para una mejor intelección del problema acometeré la cuestión desde el marco de las garantías de los derechos fundamentales. Dichas garantías pueden ordenarse en torno a tres criterios:

- a) *Garantías normativas*: se trata de ordenar la intervención de los sujetos reguladores de los derechos fundamentales, incluso



vedando o restringiendo su intervención. Dentro de esta categoría se encontrarían:

- Con respecto del propio texto constitucional: la rigidez de la Constitución, que somete a su reforma a límites que pueden llegar, en su versión más extrema, a las conocidas como cláusulas de intangibilidad (no en la Constitución española). En lo que a los derechos fundamentales se refiere, la alteración de su régimen constitucional, vía la reforma, requiere de procedimientos diferentes en función del tipo de derecho fundamental. Así, como se verá en ulterior apartado, la Constitución española reserva el conocido como procedimiento agravado o de revisión constitucional a determinados derechos fundamentales (artículo 168 CE), mientras que el resto afrontarían el proceso a través del procedimiento ordinario, en cualquier caso, sometido a un régimen de mayorías parlamentarias reforzadas (artículo 167 CE).

Con respecto del legislador: cabe destacar la reserva genérica de ley para la regulación de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE), con expresa previsión de que el resultado de la intervención del legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho. Con esta reserva genérica se impide el uso de la técnica de la deslegalización en claro *fraus constitutionis*, atribuyéndole al Ejecutivo mediante ley la facultad de regular el régimen jurídico de los derechos fundamentales. La reserva de ley adquiere su máximo alcance con los derechos de la sección primera, del Capítulo segundo, del Título Primero de la Constitución, pues la ley constitucional apta en términos constitucionales es la Ley Orgánica (artículo 81 CE), recordando que la misma requiere de la mayoría absoluta en el texto final que adopte el Congreso de los Diputados para prosperar. Por último, en un Estado con amplia descentralización territorial, en el que el legislador estatal coexiste con las Asambleas



legislativas autonómicas, no se excluye la intervención de estas (salvo en el caso de los derechos reservados a la Ley Orgánica, que es norma estatal), pero en este caso, la constitucionalidad de la regulación autonómica ha de realizarse desde parámetros competenciales.

- Con respecto de las normas del Ejecutivo con fuerza de ley: el recurso a la legislación delegada, mediante decretos legislativos dictados previa habilitación parlamentaria, se encuentra vedado para el caso de los referidos derechos de la sección primera (artículo 82.1 CE). Por su parte, la intervención ejecutiva a través de la legislación de urgencia (decretos-leyes), si no estrictamente vedada, está restringida sin que pueda alcanzar a la configuración de los rasgos esenciales del derecho fundamental⁷.
- En cuando al normador reglamentario: la norma se erige exclusivamente como colaboradora de la ley, a la que desarrolla, sin que en ningún caso pueda contravenir ni desplazar a la ley⁸.

7 «[N]uestro análisis debe partir de que “afectar” derechos constitucionales es, según la doctrina del Tribunal, una noción restringida, pues ya en la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, este Tribunal sostuvo que “la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE (‘no podrán afectar...’) debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, ... ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos”. La misma concepción estricta de la afectación de derechos constitucionales se reitera, entre otras, en las SSTC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 18 de octubre, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7, y 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 8, en las que se sostiene que el “examen de si ha existido ‘afectación’ por el Decreto-ley de un derecho o libertad regulado en el título I de la Constitución ... exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (STC 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 8)» (STC 38/2016, de 3 de marzo, FJ 6).

8 “El alcance de esta reserva de Ley es distinto y más estricto que el que incorpora el art. 23.2 de la Constitución, pues, tratándose de un derecho sustantivo y no de la garantía de una situación jurídica de igualdad, es claro que corresponde al legislador, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 de la Constitución, regular su ejercicio. No se quiere con ello afirmar que en este ámbito esté vedada toda colaboración del reglamento con la Ley. En la medida en que aquel derecho de participación se ejerza a través de órganos de la Administración educativa, es lógico entender que el reglamento puede complementar la regulación legal de tales órganos, disciplinando determinados aspectos de su estatuto, o del procedimiento de designación de sus



- b) *Garantías jurisdiccionales*: se trataría, aquí, de verificar la existencia de acciones ante los tribunales de justicia en las que haya que impetrar la tutela de los derechos fundamentales. Vaya por delante que, en este ámbito, la intervención del Tribunal Constitucional español no se conforma en régimen de monopolio, como sucede con el ejercicio de la función monofiláctica, propia del control de constitucionalidad de las leyes; el Tribunal Constitucional (con excepción de las violaciones de derechos fundamentales cometidas por actos parlamentarios, que no cuentan con tutela judicial ordinaria), interviene con carácter subsidiario en defecto del amparo ordinario.
- En el ámbito interno: el referido amparo constitucional complementa al amparo que dispensan los jueces ordinarios a los derechos fundamentales, nuevamente, los incluidos en la ya reiteradamente mencionada sección primera, además de la protección de la igualdad (artículo 14 CE) y del derecho a la objeción de conciencia militar (artículo 30.2 CE) que, extramuros de la sección, disponen de tan privilegiada tutela por mandato constitucional (artículo 53.2 CE). Dicho amparo ordinario se construye, o bien ante un tratamiento sumario y preferente (prioritario y sujeto a plazos más breves) según lo que dispongan a tal efecto las normas rituarias en cada

titulares, sobre todo cuando ello sea indispensable por motivos técnicos o para lograr el mejor cumplimiento de las finalidades perseguidas por la Constitución y la propia Ley, siempre que se haga de acuerdo con ésta (art. 103.2 de la Constitución). Pero nada de ello ocurre cuando una norma reglamentaria restringe los derechos de participación establecidos por la Ley, añadiendo requisitos nuevos y más gravosos para acceder a órganos a través de los cuales se ejercen tales derechos fundamentales, máxime cuando la propia Ley ni siquiera ha previsto la colaboración del reglamento para la regulación particularizada o de detalle de aquellos requisitos. En tal caso no habría una regulación complementaria de la Ley, en el sentido arriba indicado, sino pura y simplemente un desplazamiento o contradicción de la configuración legal del derecho fundamental en cuestión, y con ello una conculcación del derecho fundamental consagrado en el art. 27.7 de la Constitución” (STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7).



orden jurisdiccional⁹, o bien mediante la existencia de instrumentos de tutela ligados exclusivamente a derechos fundamentales en concreto¹⁰.

- En el ámbito externo: la carencia constitucional de una cláusula que permita incorporar automáticamente al ordenamiento interno, como derechos fundamentales, los derechos contenidos en las declaraciones internacionales válidamente suscritas por España (no son, pues, parámetro de constitucionalidad) se mitiga parcialmente con el mandato constitucional (artículo 10.2 CE) dirigido a los aplicadores del Derecho de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹¹.
- c) *Garantías orgánicas*: con ellas aludimos a la existencia de instituciones que, como el Defensor del Pueblo (versión española del *Ombudsman* nórdico), supervisan el respeto a los derechos fundamentales por parte de la Administración (artículo 54 CE).

9 Artículos 249.1, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 114-122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 177-184 de la Ley de la Jurisdicción Social y 518 de la Ley Procesal Militar.

10 Habeas corpus (artículo 17 CE; Ley Orgánica 6/1984), acción de rectificación (artículos 18.1 y 20.1 CE; Ley Orgánica 2/1984), protección del derecho de reunión (artículo 22 CE; artículo 11 LO 9/1983 y artículo. 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), recursos electorales (art. 23 CE; artículos 49, 108.4 y 109- 117 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General). Con reservas: protección civil del artículo 18.1 CE (LO 1/1982) y la protección penal del artículo 18.1 CE (artículos 408 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

11 “[E]l art. 10.2 C.E., [...] se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta, de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica, este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

La Norma fundamental únicamente recoge dicha institución, pero el legislador bien puede crear otras; en este sentido, cobra especial relieve la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos, en un ámbito vinculado con el derecho fundamental a la libertad informática (artículo 18.4 CE).

3. Realidad e hipótesis de futuro en la conformación de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español.

3.1 El régimen jurídico-constitucional de los derechos sociales.

Tercera cuestión: ¿pero son los derechos sociales derechos fundamentales en la Constitución española?

Únicamente los contenidos en el capítulo 2 (derecho a la educación, derechos laborales y, en fin, aquellos que desde otras ópticas así pudieran definirse). El problema radica en el Capítulo tercero, que cuenta con varios enunciados con forma de derecho, pero que, sin embargo, de su reconocimiento constitucional no se deducen concretas pretensiones ante los tribunales, según desvela el texto constitucional más adelante: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.2 CE) o, en los conocidos términos del Tribunal Constitucional “aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”¹³.

La consecuencia más inmediata es su limitado alcance como canon de constitucionalidad de las normas legales, puesto temprana-

12 Derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45.1 CE), o el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47.1 CE).

13 Cfr. STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.



mente de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, cuando manifiesta que:

“[L]a naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida”¹⁴.

3.2 Hipótesis: eventual reforma de la Constitución.

Cuarta cuestión: *¿existe la posibilidad de alterar este panorama?*

En términos constitucionales, la hipótesis más ventajosa para una garantía plena de los derechos sociales sería la de su conformación formal (me refiero a aquellos que pueden extraerse del Capítulo tercero, del Título I de la Constitución) como derechos fundamentales. No es, sin embargo, cuestión que se haya suscitado sino hasta fechas bien recientes, cuando emerge episódicamente la cuestión de la reforma constitucional. Tradicionalmente las propuestas se han limitado, de forma más recurrente, a las siguientes materias: la eliminación de la discriminación de la mujer en determinados supuestos de sucesión a la Corona, disposiciones expresas sobre la recepción e incorporación del Derecho Comunitario al ordenamiento jurídico español, la sempiterna reforma del Senado para convertirlo en una auténtica cámara parlamentaria de

14 STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4.



representación territorial, más acorde con el modelo constitucional del ordenación territorial y el cierre del mapa autonómico del Estado¹⁵.

Este panorama tradicional de la cuestión se ha venido a alterar recientemente, con ocasión de la profunda crisis económica –estructural y sistémica, más allá del componente cíclico define en general a toda crisis económica– que viene padeciendo España desde 2007. Pues bien, cualquier lector bien avisado de la realidad conoce que una de las consecuencias de dicho proceso ha sido, desde el lado público, los tremendos ajustes presupuestarios en todas las administraciones territoriales, con el objeto de contener el gigantesco déficit público que se viene acumulando desde entonces –con algún riesgo puntual de colapso de las finanzas públicas– y una de cuyas manifestaciones más visibles para los ciudadanos ha sido los recortes que han padecido en los servicios públicos a consecuencia de esta situación; situación que ha motivado una inaudita reforma constitucional exprés, en septiembre de 2011 (exigida desde allende nuestras fronteras), con el objeto de incorporar la estabilidad presupuestaria como exigencia constitucional en el artículo 135 CE.

En lo que a la presente ponencia ocupa, la consecuencia de todo ello es que algunos partidos políticos han empezado a incorporar a sus programas electorales propuestas de reforma electoral que afectan a los derechos sociales aunque, lógicamente, con variado contenido y alcance. Sin perjuicio del análisis casuístico más detallado que se realizará a continuación, algún autor que se ha hecho eco de esta nueva tendencia alude como finalidad, si los derechos sociales se equiparan a derechos fundamentales, a impedir, desde criterios de protección de los mismos, “el desmantelamiento del Estado social a golpe de leyes sectoriales”¹⁶.

Dicho esto, sin embargo, la Constitución ordena los derechos fundamentales en dos grandes grupos, con consecuencias definitivas sobre sus garantías:

15 Para los interesados en la cuestión resulta imprescindible el magnífico *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

16 Así, BILBAO UBILLOS, Juan M.ª: “La reforma constitucional por fin en la agenda política”, *Gaceta Cultural* del Ateneo de Valladolid, núm. 76, enero-abril 2016, p. 7.



A los derechos recogidos en la sección primera (artículos 15 a 29) del Capítulo segundo, del Título primero, además de la igualdad tomada como derecho (artículo 14) y la objeción de conciencia al servicio militar (artículo 30.2) les reserva el máximo nivel de garantías normativas y jurisdiccionales. Entre las normativas: su rigidez constitucional más agravada, a través del procedimiento de reforma constitucional del artículo 168 CE y la configuración de su régimen jurídico mediante ley orgánica (artículo 81.1 CE). En cuanto a las jurisdiccionales (artículo 53.2 CE): la indudable ventaja, caso de ser invocados, de acogerse a la vía preferente y sumaria prevista en cada orden jurisdiccional (*amparo ordinario*) y, subsidiariamente, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (*amparo constitucional*).

Al resto de derechos fundamentales, los integrados en la sección segunda (artículos 30 a 38)¹⁷ del Capítulo segundo, del Título primero, les queda la genérica reserva de ley y la exigencia de que el legislador, en su acción normadora, respete el contenido esencial del derecho¹⁸, según dispone el artículo 53.1 CE¹⁹.

17 Con la excepción, como acaba de exponerse en el párrafo anterior, de la objeción de conciencia al servicio militar que, aunque recogida en el artículo 30.2 CE y, por ende, ubicada en la sección segunda, el artículo 53.2 CE extiende las garantías jurisdiccionales de los amparos ordinario y constitucional.

18 “[...] sobre el concepto del contenido esencial de los derechos, a que se refiere el mencionado art. 53.1 CE, este Tribunal tiene declarado que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona— viene marcada en cada caso por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que, desde otro ángulo metodológico, no contradictorio ni incompatible con aquel, ha sido expresada también por este Tribunal como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10)” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2)” (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 10).

19 “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.



Así pues, la primera dificultad que ha de afrontar una reforma constitucional de esta índole es la de la previa determinación del tipo de derecho fundamental con la que quiere revestirse a los derechos sociales, pues, si bien es cierto que los recogidos en la mencionada sección primera están revestidos de las máximas garantías normativas y jurisdiccionales, la operación de modificar la Norma fundamental, mediante el procedimiento agravado (artículo 168 CE), reviste una complejidad extrema²⁰. Todo ello sin olvidar que, de optarse por esta vía y resultar venturosa, la ulterior operación de conformar el régimen jurídico de los derechos sociales –ya en el núcleo duro de los derechos fundamentales– requiere del recurso a la ley orgánica, cuya aprobación exige “mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto” (artículo 81.2 CE).

Una vez realizadas estas consideraciones jurídico-formales ha de verse el alcance de las propuestas de reforma en relación con los derechos sociales²¹:

El Partido Socialista Obrero Español propone elevar a la categoría de derechos fundamentales “los derechos a la protección de la salud y a la protección por la Seguridad Social ante situaciones de necesidad previstas en la Ley, incluyendo el reconocimiento del derecho a una renta o ingreso mínimo vital ante situaciones de carencia efectiva para

20 A grandes rasgos, se trata de un itinerario que requiere: la aprobación inicial del texto de la reforma constitucional en cada una de las Cámaras parlamentarias (Congreso de los Diputados y Senado) por mayoría de dos tercios, disolución parlamentaria con la consiguiente renovación parlamentaria (es fácil suponer la relevancia que, en el debate electoral va a tener la reforma en curso); ratificación de la reforma en cada Cámara una vez renovada, tramitación parlamentaria de la misma con aprobación final del texto resultante por una nueva mayoría de dos tercios en cada una de las Cámaras y sometimiento del texto aprobado al cuerpo electoral para que lo ratifique mediante referéndum.

21 Por parte de algún se ha llamado la atención sobre el “efecto disruptivo y sin compensación” que, sobre las relaciones jurídico-privadas puede tener la elevación a derecho fundamental de algunos derechos sociales, como es el caso del derecho a la vivienda, para lo cual se reclama le necesaria precisión en la redacción del precepto constitucional; *vid.*, en este sentido, TENA ARREGUI, Rodrigo: “Serie sobre la reforma constitucional (VIII): la inclusión de nuevos derechos sociales (especialmente el “derecho” a la vivienda)”, en el blog *¿Hay Derecho?*, 9 de diciembre de 2015, disponible en <http://hayderecho.com/2015/12/09/serie-sobre-la-reforma-constitucional-viii-la-inclusion-de-nuevos-derechos-sociales-especialmente-el-derecho-a-la-vivienda/> (último acceso: 10/08/2017).



el mantenimiento de una vida digna”²². La justificación se encuentra, según desvela el programa de dicha formación, en que “que la realidad se ha transformado tan profundamente que necesitamos extender y garantizar con suficiencia los derechos fundamentales, singularmente los derechos sociales básicos”²³.

La formación política Ciudadanos es más ambigua, pues, aunque refiere la eventual incorporación constitucional de una sección de derechos sociales, no precisa su naturaleza, si bien introduce el criterio de la máxima protección para algunos de ellos y añadiendo el aparente refuerzo financiero de una Ley de Garantía Presupuestaria de los Derechos Sociales²⁴.

Por su parte, el partido Podemos se refiere genéricamente a la garantía constitucional de los derechos sociales, pretendiendo equiparar los derechos sociales a los derechos civiles y políticos (mediante la reforma del artículo 53 CE)²⁵.

4. Alcance de los derechos sociales como principios rectores.

Quinta cuestión: sin la oportuna reforma de la Constitución, ¿qué alcance queda a los derechos sociales conformados como principios rectores?

- 1) Aun con el limitado alcance que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no puede excluirse radicalmente

22 PSOE: *Programa Electoral. Elecciones Generales 2016*, p. 381.

23 *Ibíd.*, p. 379, partiendo como premisa de la insuficiente garantía que dispensa el reconocimiento de los derechos sociales como principios rectores ya que “no ha impedido su anulación o recorte y el consiguiente incremento de la necesidad, la pobreza y la sensación de desamparo” (*id.*).

24 “Daremos máximo grado de protección y garantías al derecho a la salud; el derecho a los servicios sociales; el derecho a la vivienda; el derecho y deber de protección ambiental; los derechos de los consumidores y usuarios; el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, al disfrute de los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general; y el derecho a la buena administración”, (cfr. *Ciudadanos: 350 soluciones para cambiar España a mejor. Programa de Gobierno de Ciudadanos*, 2016, p. 10).

25 *Podemos 26J*, 2016, p. 141.



su uso como parámetro de la constitucionalidad de las normas, sobre todo en un contexto de generalizadas restricciones de los servicios públicos básicos, en conexión con otros preceptos constitucionales más precisos.

- 2) Las responsabilidades derivadas de los textos internacionales de los que se deriven obligaciones para España (más singularmente en el caso de la normativa de la Unión Europea).
- 3) La utilización de los principios como elemento integrante de la ponderación, cuando proceda la conexión del derecho fundamental con algún otro principio o valor constitucional²⁶. En el siguiente extracto jurisprudencial puede advertirse cómo el Tribunal vincula la protección a la igualdad con uno de los principios rectores:

“La excedencia para el cuidado de los hijos menores, además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE).

»La transcendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado. Así, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar recientemente la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas

26 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M.ª: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizu Menor, 2013, p. 61.



trabajadoras, con fundamento en los arts. 39.1 y 9.2 de la Constitución, y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (concretamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES).

»Los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la transcendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como señalamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril²⁷.

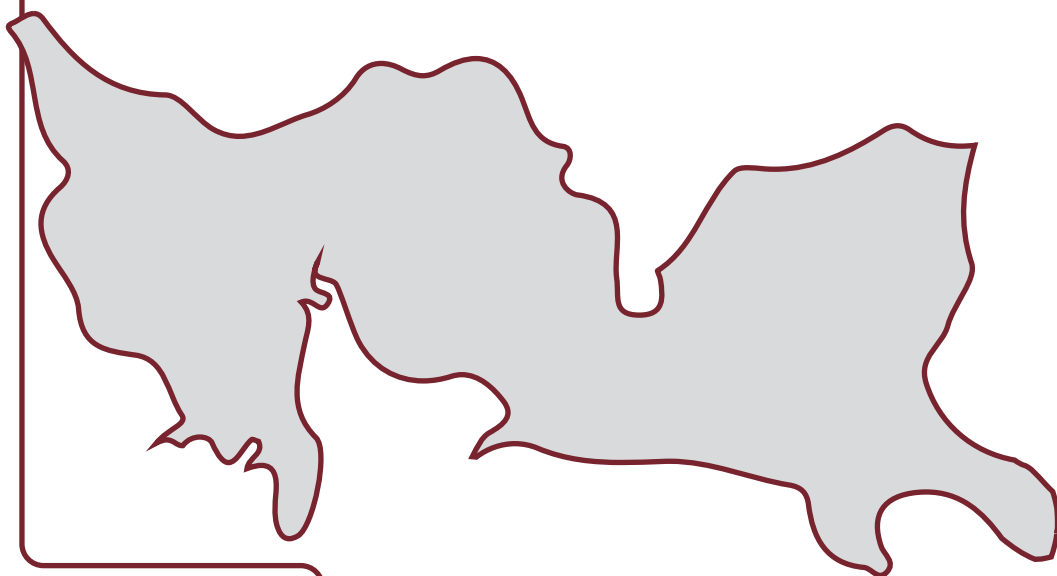
27 SENTENCIA 203/2000, de 24 de julio, FJ 4.

5. Referencias bibliográficas.

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. Una versión en línea con el título “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales” (*Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005) está disponible en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm> (último acceso: 30/09/2017)
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. et al.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio: “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, mayo-agosto 2017.
- BILBAO UBILLOS, Juan M.ª: “La reforma constitucional por fin en la agenda política”, *Gaceta Cultural* del Ateneo de Valladolid, núm. 76, enero-abril 2016.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M.ª: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizu Menor, 2013 (4.ª edición).
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69 (*ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución*), 2003.
- MÉNDEZ, Cándido: “Tribunal Constitucional y los derechos sociales: pasado, presente y futuro” en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario* (dirs. M. Balado, J. A. García Regueiro), Centro Internacional de Estudios Políticos-Institut International de Sciences Politiques y Boscho, Barcelona, 2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: “El Estado Social y el Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional”, en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes* (dir. S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado y L. González Seara), Escuela Libre Editorial y Civitas, Madrid, 2002.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España. Un balance crítico*, Universitat de València y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Reforma constitucional y derechos sociales”, *El Imparcial*, 29 de diciembre de 2015, edición electrónica disponible en <http://www.elimparcial.es/noticia/159907/opinion/> (último acceso: 15/10/2017)
- TENA ARREGUI, Rodrigo: “Serie sobre la reforma constitucional (VIII): la inclusión de nuevos derechos sociales (especialmente el “derecho” a la vivienda)”, en el blog *¿Hay Derecho?*, 9 de diciembre de 2015, disponible en <http://hayderecho.com/2015/12/09/serie-sobre-la-reforma-constitucional-viii-la-inclusion-de-nuevos-derechos-sociales-especialmente-el-derecho-a-la-vivienda/> (último acceso: 10/08/2017)



Jornada de Justicia y Derecho Constitucional



Provincia Santo Domingo

1 de diciembre de 2017

PALABRAS DE APERTURA

MAG. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Buenos días a todas y todos,

En el nombre del Tribunal Constitucional, les ofrezco la más cordial bienvenida a esta quinta Jornada de Justicia y Derecho Constitucional, que hemos desarrollado en el marco del quinto Aniversario de nuestra Institución.

Puerto Plata, La Romana, Barahona, Santiago y hoy aquí, han sido los escenarios para que continuemos cumpliendo con el mandato que nos impone el Artículo 35 de nuestra Ley Orgánica: promover la enseñanza y el conocimiento de la Constitución de la República. La educación constitucional es obligación ineludible del Tribunal Constitucional, habida cuenta del déficit tradicional en conocimiento de la Constitución que ha tenido nuestro pueblo. Indudablemente, en razón de que el árbol de la constitucionalidad sólo crece en democracia, en libertad y en el Estado de Derecho. El tribunal continuará propiciando todos los eventos académicos, culturales, históricos y científicos que confluyan en la formación de una generación constitucional.

Esta quinta jornada es el colofón de un exitoso diálogo constitucional, en el que han participado notables y acreditados juristas nacionales y extranjeros.

En esta oportunidad, el tribunal continúa sus pasos iniciales, guiado por el sentimiento de agradecimiento. El Tribunal Constitucional Español y la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica han sido generosos aliados de nuestro quehacer. El Tribunal Constitucional Español ha sido un verdadero tutor y mentor, brindándonos un apoyo reiterado, solidario y fraterno, de la mano con la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). A eso debemos agregar la influencia cada vez mayor de la doctrina constitucional española en Iberoamérica, que se traduce en especialidades, diplomados, maestrías y doctorados, muchos de los cuales se realizan con la participación de nuestras universidades.

Por su parte, la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y nosotros firmamos un Convenio de Cooperación, el 22 de octubre de 2012. La magistrada Ana Virginia Calzada, entonces presidenta, con entusiasmo extraordinario y singular desprendimiento no escatimó demostraciones de solidaridad en ese tiempo inicial.

Esta quinta jornada reúne pues, cuatro de los más prestigiosos magistrados y juristas constitucionalistas españoles. Me refiero a tres expresidentes del Tribunal Constitucional español: doña María Emilia Casas, don Pascual Sala y Francisco Pérez De Los Cobos y al maestro y magistrado emérito del Tribunal Constitucional español, don Manuel Aragón Reyes.

De igual manera, contamos con la participación de un académico y magistrado, que ha hecho de nuestro país una segunda casa: don Ernesto Jinesta Lobo, notable administrativista y presidente de la Sala IV de Costa Rica.

Permítanme evocar el nombre de un gran amigo del Tribunal Constitucional, ido a destiempo, que no escatimó esfuerzos para visitar nuestra tierra y comunicarnos sus conocimientos y hacernos disfrutar de su gran hombría de bien: el jurista y magistrado colombiano Carlos Gaviria.

Finalmente, quiero dedicar esta quinta jornada a un ilustre dominicano, misionero del diálogo, quien fue el coordinador de la consulta



popular que sirvió de documento base para la elaboración del proyecto de constitución, convertido más tarde en nuestra Carta Magna del 26 de enero de 2010: monseñor Agripino Núñez Collado. Durante más de cuatro décadas, rector de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), ha sido promotor incansable del diálogo social y desinteresado mediador en delicados momentos y crisis políticas e institucionales de los últimos cincuenta años de vida nacional.

Durante el proceso de elaboración y discusión de la Constitución de 2010, monseñor Núñez no desmayó en la búsqueda de consenso y entendimiento para lograr su aprobación. Adicionalmente, fue un sincero partidario de la creación del Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Con el espíritu de gratitud y renovado compromiso, continuamos nuestra labor para formar en Constitución, condición esencial para ¡Vivir en Constitución!

Estoy convencido de que esta jornada será tan exitosa como las precedentes, debido a la calidad e interés de los participantes y, por supuesto, a las eminentes personalidades que nos honran hoy como ponentes.

¡Muchas gracias!

DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

DR. MANUEL ARAGÓN REYES
Catedrático de Derecho Constitucional y magistrado emérito
del Tribunal Constitucional de España

1. Introducción

Debo comenzar agradeciendo al Tribunal Constitucional de la República Dominicana y a su magistrado presidente, Dr. Milton Ray Guevara, la distinción que me han otorgado al invitarme a pronunciar esta conferencia en el marco de las Jornadas conmemorativas del 5º aniversario de este Tribunal, al que me unen, desde su nacimiento, tantos vínculos personales e institucionales.

Se me ha pedido que hable de “democracia y justicia constitucional”, lo que voy a hacer procurando entrar en el fondo de ese tema, que es tan crucial como mal entendido, a veces, por algún sector de la doctrina del Derecho Constitucional. De ahí la necesidad de que mi exposición sea clara, para disipar confusiones, y realizada sin acudir a un repertorio de citas doctrinales que, aparte de innecesarias, por ser bien conocidas, podrían distraer la atención de ustedes. Como este tema, además, lo he tratado en varias de mis publicaciones, a ellas me remito para el que quiera conocer los datos eruditos que ahora eludo.

2. La democracia constitucional

Para enfocar debidamente la relación entre democracia y justicia constitucional es necesario partir del significado correcto de ambos términos. Por un lado, no toda apelación a la democracia puede servirnos, sino solo la que se refiere a la “democracia constitucional”. Por otro, no cualquier tipo de control de constitucionalidad puede tomarse como válido, a efectos de ser entendido como “justicia constitucional”, sino solo el que se encomienda a órganos jurisdiccionales independientes, jurídicamente solventes y que adoptan sus decisiones fundadas en razones de derecho y no de política o de moral.

La democracia, como forma de organización del poder de una comunidad política, solo ha podido verse garantizada cuando se ha formalizado a través de la Constitución, única norma que asegura la soberanía del pueblo e impide que el Estado vulnere los derechos de libertad e igualdad inherentes al titular de esa soberanía. Es la Constitución, en definitiva, la que obliga a los poderes constituidos a estar vinculados a lo decidido por el poder constituyente. La Constitución emana, a su vez, del único soberano en democracia: la voluntad popular. Pero un pueblo no pierde su soberanía una vez adoptada la Constitución, sino que es la propia Constitución la que garantiza que esa soberanía siga ostentándola, no mediante actuaciones anómicas y, por ello, fáciles de suplantar, sino a través de los propios cauces que el soberano constitucional ha determinado. Condición, pues, para ese ejercicio reglado, garantizado, de la soberanía popular a través de la Constitución es que esta preserve la libertad de los ciudadanos, ya que únicamente un pueblo libre puede ser soberano, y solo es libre un pueblo si los ciudadanos que lo componen tienen garantizada su libertad, es decir, si los ciudadanos, mediante la Constitución, son libres e iguales en su libertad. De ahí que no haya más Constitución auténtica que la Constitución democrática, esto es, la que limita el poder de manera funcional (división de poderes), temporal (elecciones periódicas) y material (garantía constitucional de los derechos fundamentales). La Constitución es democrática porque emana del pueblo soberano, pero esa Constitución sigue siendo democrática



siempre que garantice que el pueblo, bajo la Constitución, siga siendo un pueblo que conserve su libertad. Y ello obliga a distinguir los dos planos en que se proyecta la democracia constitucional: la democracia “de” la Constitución y la democracia “en” la Constitución, sobre lo que después volveré.

Solo entonces estamos en presencia del Estado constitucional, única forma de democracia que tiene garantizada, en y por la Constitución, su efectividad. En el fondo, eso no significa otra cosa que lo que hace casi dos siglos y medio estableció la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que después de proclamar que no hay más soberanía que la de la nación, estableció, en su artículo 16, que “todo país en el que no esté dividido el poder ni garantizados los derechos de los ciudadanos carece de Constitución”. Constitución y democracia son, desde entonces, elementos indisociables desde el punto de vista teórico, teoría que, sin excepción, la práctica ha confirmado. El largo camino que, desde finales del siglo XVIII, ha conducido en los países civilizados a la adopción del Estado constitucional, ha fructificado porque triunfó, históricamente, ese concepto de Constitución (“racional-normativo”, en términos de García-Pelayo), basado no solo en su significado material (soberanía popular y limitación del poder), sino también en su significado formal (la Constitución es Derecho, más aun, es el Derecho superior del ordenamiento jurídico, y por ello sus prescripciones vinculan a todos los poderes públicos). Ambos significados, material y formal, son también indisociables, en cuanto que el segundo está al servicio del primero, y en cuanto que el primero no puede desvirtuar, en modo alguno, al segundo, de modo que ni cabe Constitución sin democracia, ni cabe apelar a la democracia por encima de la Constitución.

La democracia constitucional supone, pues, la vinculación jurídica de todos los poderes públicos a la norma suprema del ordenamiento, y por ello, la invalidez de los actos del poder público que vulneren la Constitución, pues carecería de sentido que las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos solo quedasen preservadas si estos acceden voluntariamente a su cumplimiento. Únicamente si las



prescripciones constitucionales son normas de Derecho, la democracia está garantizada, y solo si hay una justicia que aplique ese Derecho, tal garantía puede ser efectiva. De ahí la unión, también indisoluble, entre democracia constitucional y justicia constitucional. Ese es el marco general insustituible para tratar en concreto de las relaciones entre ambos términos. Relaciones que no son fáciles, por supuesto, pero que solo pueden ser enfocadas de manera correcta si no se abandona ese punto de partida.

3. La justicia constitucional: género y especies

Si con la idea de “democracia constitucional” (sea cual sea la forma de gobierno que adopte: parlamentario o presidencial, territorialmente centralizado o territorialmente descentralizado) ya es suficiente para encuadrar uno de los términos de la relación a que esta conferencia se refiere, es preciso, sin embargo, detallar algo más en lo que afecta al otro término, “justicia constitucional”, dada la variedad y complejidad de los tipos en que esta se ha desarrollado.

En la actualidad, dentro del mismo género (no hay otro válido) de justicia constitucional, como institución jurisdiccional de control de la efectividad de la Constitución, encontramos diversas especies: modelos de jurisdicción concentrada (al estilo europeo), de jurisdicción difusa (el ejemplo norteamericano, que también se extendió a otros lugares, entre ellos, Iberoamérica) y mixta (coexistencia entre el control concentrado y el control difuso, especie muy frecuente hoy en países iberoamericanos). Sin embargo, esta multiplicidad, en el fondo, es menos variada de lo que suponen esas meras descripciones. De un lado, porque en los modelos de jurisdicción difusa se da hoy una relativa aproximación a los modelos de jurisdicción concentrada, al menos en lo que se refiere a los efectos generales de algunas de las resoluciones que en la jurisdicción difusa se adoptan, y a la existencia en ella, en determinados casos, de acciones colectivas, y no solo individuales, de acceso a la justicia constitucional, aparte de la función unificadora que genera el precedente. De otro lado, porque en los modelos concentrados, la Constitución también la aplican



los jueces y tribunales ordinarios, aunque esté encomendada únicamente a los tribunales constitucionales el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, y porque incluso, en algunos casos (allí donde existe el recurso de amparo), los ciudadanos pueden acceder directamente al propio Tribunal Constitucional. Y, por último, porque en los modelos mixtos hay una mezcla de jurisdicción concentrada y de jurisdicción difusa en el control de la ley, lo que no deja de plantear algunos inconvenientes en cuanto a la suprema interpretación de la Constitución, de manera que incluso se intenta, para paliarlos, la introducción allí de la cuestión de inconstitucionalidad, planteable ante el Tribunal Constitucional por los jueces y tribunales ordinarios. En definitiva, aunque existen diferencias, ya no puede hablarse, pues, de una distinción completamente radical entre jurisdicción constitucional difusa y concentrada.

De todos modos, y al margen de la aproximación entre los dos modelos, la transformación más profunda que hoy ha experimentado la justicia constitucional consiste en la existencia de instancias jurisdiccionales de control de constitucionalidad de ámbito internacional o supranacional, como sucede en Europa, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en Iberoamérica, con el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Estas instancias, de auténtica justicia constitucional, dado que aquí el parámetro de control que utilizan son normas materialmente constitucionales, aunque formalmente hayan sido establecidas como tratados o convenios, ya sean la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Convenio Interamericano de Derechos Humanos, son instancias que se superponen, en una relación de delicado equilibrio, a los órganos de justicia constitucional de los estados nacionales.

Ahora bien, en las instancias supranacionales y nacionales de justicia constitucional, la estructura y función que las caracteriza es la misma: órganos de composición meritocrática, en los que el principio democrático solo opera indirectamente en su designación, y que tienen, no obstante, facultades de control de actos y normas adoptados por los



poderes emanados de la representación popular. Esa aparente contradicción es la que ha conducido a que algunos, con escasa meditación, entiendan que hay una fricción entre democracia y justicia constitucional. Entendimiento viciado por un defecto de enfoque y por una inapropiada construcción teórica.

4. La inexistencia de contradicción teórica entre democracia y justicia constitucional

Ya en la primera parte de esta conferencia he intentado mostrar que la contradicción entre democracia y justicia constitucional -que algunos señalan desaparece si se enfoca debidamente el problema, en el sentido de que es de la democracia constitucional de lo que debemos hablar, y en ella, si la Constitución es Derecho-, es claro que su cumplimiento ha de ser jurídicamente (y no solo políticamente) exigible y, en consecuencia, que el control de la inobservancia de la Constitución, como control jurídico, que no político, solo puede corresponder a órganos de naturaleza jurisdiccional.

Además, todos los órganos jurisdiccionales a los que se les encomienda la tutela judicial de la Constitución, además de estar compuestos por juristas solventes (esa es condición de todo órgano judicial), derivan, en su composición, aunque sea indirectamente, de la voluntad de órganos democráticamente representativos (tanto en el ámbito nacional como en el internacional o supranacional). Pero más aun, la legitimidad de origen de tales órganos de la justicia constitucional tiene también su asiento en las propias normas (ya sean nacionales, normas constitucionales, ya sean internacionales, tratados) que han de proteger, pues sin ellos, tal protección, jurídica (es decir, efectiva), no existiría. Y su legitimidad de ejercicio se obtiene a través de la fundamentación en Derecho de sus decisiones, pues carecen de voluntad propia para adoptarlas, puesto que han de limitarse a exigir lo que el Derecho impone.

En definitiva, no pueden oponerse válidamente, desde el punto de vista teórico, democracia y justicia constitucional, ya que solo si esta



existe aquella podrá efectivamente realizarse. Ese es el enfoque adecuado del problema. Con lo que la vieja e inútil contraposición entre democracia y justicia constitucional, protagonizada hace casi un siglo por Carl Schmitt -y hoy por inercia, prolongada en los simplificados argumentos contramayoritarios-, ya no cabe referirla a la existencia misma de la justicia constitucional, dado que, por principio, en una democracia constitucional, la Constitución limita a la propia mayoría, sino que donde hay que situarla es en el funcionamiento, en el modo de actuar de la propia justicia constitucional, para examinar si sus decisiones se basan en el Derecho, como deben, o en la política, como no deben.

En definitiva, el problema, donde se sitúa hoy correctamente, es en la interpretación constitucional que aquellos tribunales realizan. Ahí sí que tiene sentido indagar si, por un exceso de activismo judicial, pueden producirse fricciones con el principio democrático. E incluso, por supuesto, con el Estado de Derecho, pues las decisiones de la justicia constitucional no deben fundarse en la voluntad política, sino exclusivamente en la *ratio iuris*, esto es, en las razones del Derecho, que es donde reside la única fuente de material de su legitimidad.

5. La interpretación constitucional

Los tribunales constitucionales, o los supremos tribunales en los modelos de jurisdicción difusa, son los supremos intérpretes de la Constitución, además de los supremos intérpretes de la constitucionalidad de la ley. De ahí que su doctrina, derivada del ejercicio de ambas funciones, sea vinculante para todos los poderes públicos y, en especial, para todos los jueces y tribunales ordinarios, que deberán interpretar la Constitución y las leyes de acuerdo con lo establecido en esa doctrina. Dicho ello, la cuestión principal, entonces, es la de los límites de la interpretación constitucional, pues mediante ella, ni el supremo intérprete constitucional puede suplantar al poder constituyente ni sustituir al legislador, cuyos actos puede anular por inconstitucionales, por supuesto, pero no desvirtuándolos o sustituirlos. Por ello, ni puede



hacerle decir a la Constitución lo contrario de lo que dice, pues para modificarla está el poder de reforma, no el poder jurisdiccional, ni, para salvar su constitucionalidad, hacerle decir a la ley lo que objetivamente ella no dice, pues si bien pueden hacer de legisladores negativos, no les cabe comportarse como legisladores positivos, suplantando el papel del parlamento democrático. Esas reglas generales de los límites de la interpretación constitucional han de seguirse, desde luego, pero solo con enunciarlas no se resuelven los complejos problemas que la interpretación constitucional plantea.

Y tales problemas radican en la peculiaridad que, frente a la interpretación de las leyes, tiene la interpretación de la Constitución, debida a la diferente naturaleza que tienen la Constitución y la ley. La Constitución es norma bien distinta de la ley, no solo por razones de forma, en cuanto que la Constitución es la norma suprema, a la que la ley está subordinada, sino también por razón de su contenido, en cuanto que la Constitución está integrada, además de por reglas, por una amplia variedad de principios que, como tales, están enunciados con una alta dosis de generalidad y abstracción. Ello es consecuencia de la función que cumplen las modernas constituciones, que no solo determinan el funcionamiento del Estado, sino que enuncian valores y principios que han de regir en la totalidad de la vida social, más exactamente, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico público y privado. Por ello, se ha dicho en frase gráfica que hoy “por la Constitución pasan todos los hilos del Derecho”. Una norma así, tan omnicompreensiva, y al mismo tiempo tan sintética (pues de lo contrario se convertiría en un cuerpo legal de dimensiones incalculables), requiere de una interpretación muy especialmente cualificada. Si interpretar la ley ya supone una actividad intelectual muy alejada de la vieja idea de que el intérprete ha de limitarse a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, dado que hoy (y creo que siempre), en las leyes existen enunciados que requieren de un proceso hermenéutico que encierra una dosis de actividad recreadora (aunque siempre limitada por las exigencias de la seguridad jurídica), interpretar la Constitución eleva esa actividad recreadora de manera



exponencial. En ambos casos, interpretación de la Constitución e interpretación de la ley, no debe perderse de vista que si la interpretación de una norma es, en muchos supuestos, recreación de ella, lo que no cabe admitir (salvo en los sistemas de *common law*) que, mediante la actividad interpretadora, el juez cree, *ex nihilo*, normas antes inexistentes.

Sin embargo, no es esa distinción de cantidad (más principios y más abstracción en la Constitución que en la ley), sino una distinción de cualidad la principal diferencia entre ambos textos normativos, derivada del hecho de que las indefiniciones de la ley pueden ser concretadas a la luz de su interpretación constitucional, mientras que las indefiniciones de la Constitución no pueden serlo apelando a una norma superior a ella. Y en todo caso, cuando cabe, en alguna materia constitucional, apelar a una norma más alta, al menos desde el punto de vista de la jerarquía interpretativa (como sucede en los supuestos de sumisión estatal a los tratados o convenios sobre derechos humanos y a la doctrina de las jurisdicciones internacionales o transnacionales que tienen encomendada su protección), los problemas interpretativos que tales normas plantean tampoco pueden resolverse apelando a otra norma más alta, que no la hay. De manera que en el plano superior, la indefiniciones normativas únicamente cabe concretarlas interpretativamente apelando a la teoría, esto es, a la teoría general de la Constitución (de la que forma parte la teoría general de los derechos humanos). Solo intérpretes muy cualificados, capaces de poseer los suficientes conocimientos teóricos pueden, en los casos difíciles, realizar una interpretación constitucional objetivada. Es decir, una interpretación fundada en el Derecho y no en el arbitrio. Una interpretación razonada y razonable, capaz de ser contrastada en el seno de la comunidad jurídica.

A estas razones que explican la singularidad de la Constitución, y por lo mismo, de la interpretación constitucional, se añade otra, también derivada de una última distinción entre Constitución y ley: la que se sustenta en la garantía del pluralismo político como valor constitucional. La Constitución, además de contener determinadas reglas cerra-



das, sin las cuales difícilmente podría servir de límite al legislador, ha de contener otras reglas abiertas, susceptibles de desarrollos legislativos distintos en función del propio pluralismo. De ahí que la interpretación de la Constitución sea, también por este motivo, una interpretación distinta de la de la ley. En la Constitución democrática (lo que significa democrático-pluralista) la ley no es ejecución de la Constitución -como el reglamento sí lo es de la ley-, pues la Constitución ampara que bajo su vigencia pueda haber políticas legislativas distintas, en función de la mayoría que en cada momento gana las elecciones. Mayoría que no goza de una completa libertad, por supuesto, pues si así fuera, no habría Constitución, pero sí que ha de tener una esfera de discrecionalidad, siempre dentro de los límites sustantivos que la propia Constitución ha marcado. Incluso en unas normas materiales tan significativas como las que enuncian los derechos fundamentales, la sumisión del legislador no lo es a la totalidad del ámbito en el que el derecho se desarrolla, sino al contenido esencial de ese derecho, que es el límite que, necesariamente, el legislador ha de respetar.

Ello convierte la interpretación constitucional en una tarea delicada y necesitada de suma prudencia, pues no le compete cerrar aquello que el constituyente dejó abierto. Solo una cuidadosa exégesis del texto constitucional, capaz de combinar, en la teoría y en la práctica, los principios y valores que la Constitución impone, sea cual sea la mayoría parlamentaria, y las cláusulas facultativas, que no obligatorias, que la Constitución también contiene, para garantizar la acción de esa misma mayoría, puede realizar con éxito aquella tarea. Y hacerlo de manera que la interpretación constitucional resultante no pierda su ineludible condición de objetividad mediante una argumentación razonable, capaz de ser compartida o criticada, a partir de los argumentos que el Derecho, y no la política, proporcionan.

En este campo de la interpretación constitucional, esto es, de la aplicación de la Constitución por los jueces, es donde hoy se sitúan, verdaderamente, los problemas atinentes a la relación entre justicia constitucional y democracia, y no ya en la existencia misma



de la justicia constitucional. Y esos problemas no son otros que los derivados de los límites de la propia interpretación constitucional, y por ello, de los límites que la justicia constitucional no debe traspasar. La discusión hay que centrarla entonces en el “activismo judicial” y en el “exceso de jurisdicción” a que ese activismo tiende, que sí puede poner en peligro el necesario equilibrio entre justicia constitucional y democracia.

6. El activismo judicial

Ante todo, debo aclarar que por activismo judicial no entiendo los casos, lamentables, de que en algunas ocasiones o lugares la justicia constitucional haya producido decisiones fundadas en razones políticas y no jurídicas. Eso no es activismo, sino incumplimiento grave de la obligación constitucional de juzgar conforme a Derecho y no por motivos ideológicos o morales. Que los tribunales que han de aplicar la Constitución deban tener en cuenta las consecuencias políticas de sus decisiones es una cosa perfectamente lógica, y otra bien distinta y rechazable es que la decisión que adopten, incluso tomando en cuenta ese factor, no se argumente con razones jurídicas. Por fortuna, en los países con justicia constitucional consolidada, resoluciones así, tan contrarias a la función jurisdiccional, no suelen producirse. Por activismo judicial entiendo otra cosa: la laxitud interpretativa de los textos normativos y la suplantación por el órgano judicial de las funciones de otros poderes del Estado. Ese activismo sí es relativamente frecuente y debe erradicarse.

En cuanto a la laxitud interpretativa, me refiero a la que puede recaer tanto sobre la Constitución como sobre las leyes, ya que, como más atrás señalé, a la justicia constitucional le corresponde la interpretación de la Constitución y la interpretación constitucional de la ley. Sobre ambos textos normativos ha de producirse, pues, una actividad interpretadora que debe tener límites, pues, de lo contrario, los órganos de la justicia constitucional no solo podrían suplantarse al constituyente, sino también al legislador, introduciéndose, de manera ilegítima, en el



campo reservado a la voluntad política democrática de uno y otro poder. Esta es una cuestión capital y compleja cuyo análisis resulta ineludible.

Es cierto, y ya se señaló, que la interpretación de la Constitución, por el amplio grado de abstracción y generalidad de muchas de sus prescripciones y por el carácter abierto de algunas de ellas, lleva consigo una alta dosis de recreación, e incluso de adaptación de la norma a nuevas circunstancias, pero también es cierto que esa capacidad, además del límite intrínseco que deriva de la obligada fundamentación jurídica de su ejercicio, tiene otro límite, circunstancial, aunque estrechamente ligado al anterior: el derivado del significado unívoco que determinados términos normativos pueden tener. Cuando este límite se desconoce, haciéndole decir a la Constitución lo contrario de lo que dice, no se está interpretando la Constitución, sino modificándola sin seguir su propio procedimiento de reforma. Los órganos de la justicia constitucional cooperan con el poder constituyente, por supuesto, pero no deben suplantarlos.

Y en lo que se refiere a la interpretación constitucional de la ley para adaptar su sentido a lo previsto en la Constitución, esa tarea de obligado cumplimiento no debe llevar al extremo de evitar la anulación o inaplicación de la ley mediante la operación de hacerle decir a la ley lo contrario de lo que dice, sencillamente porque entonces, a quien se está sustituyendo es el propio legislador. En un Estado constitucional de Derecho, los órganos de la justicia constitucional deben ejercer jurisdicción, no legislación. Pueden anular las leyes, pero no sustituirlas.

De este activismo judicial, de este criticable desvío de la justicia constitucional, sí que contamos con indudables ejemplos de decisiones jurisdiccionales en diversos países, que no es preciso ahora identificar, dado el carácter general de las reflexiones que estoy formulando en esta conferencia. Solo debo apuntar que de ese activismo judicial debe huirse mediante una seria reconsideración acerca de los límites de la interpretación constitucional y de los excesos de las sentencias llamadas interpretativas, reconsideración necesaria si no se quiere poner en peligro la propia legitimación de los órganos de la justicia constitucional.



Conectado con el problema anterior, de tal manera que es solo una variante de él, cabe señalar el activismo caracterizado por la actuación de los órganos de la justicia constitucional como verdaderos agentes de cambio social, formulando en sus decisiones programas concretos de políticas públicas y obligando a los poderes políticos (ejecutivo y legislativo) a su realización. Eso sucede en las llamadas, con discutible terminología, “sentencias estructurales”, nombre que ha hecho fortuna en algunos sectores de la doctrina constitucional iberoamericana. Tales sentencias, con la pretensión de asegurar la efectiva protección de los derechos (preferentemente sociales, pero no solo de ellos) de extensos grupos de personas, imponen al Estado amplias obligaciones de hacer (de tipo normativo e incluso ejecutivo), reservándose, a veces, el propio órgano judicial, el control de su cumplimiento.

Este tipo de activismo, o si se quiere, de judicialización de la política, aunque lo han practicado en ocasiones órganos judiciales ordinarios, es en la jurisdicción constitucional donde ha tenido su mayor proyección. Bien es cierto que solo en determinados países, especialmente en Colombia, en los últimos tiempos. No obstante, la existencia de resoluciones judiciales que ordenan a los poderes públicos la realización de un programa normativo no es algo nuevo, pues ya se habían producido parecidas sentencias (aunque conteniendo mandatos menos detallados e incisivos) en jurisdicciones constitucionales de otros lugares. Así, un ejemplo próximo podría ser el de las llamadas “sentencias piloto” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se impone a un Estado el establecimiento de determinadas medidas, o el de sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que marcan estándares de protección de derechos que las autoridades deben cumplir, o el de sentencias del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en el mismo sentido.

Es cierto que las sentencias “estructurales” tienen como finalidad la protección de ciertos derechos constitucionales de naturaleza prescricional y, por ello, necesitados de la actuación positiva (de carácter administrativo y financiero) de los poderes públicos, sin la cual estos



carecerían de efectividad. Obligar judicialmente a la realización de esas políticas públicas no sería otra cosa, pues, que obligarles a cumplir la Constitución, tarea que, en principio, no sería impropia de la justicia constitucional. Sin embargo, el asunto es menos simple y mucho más complejo, pues en el Estado constitucional ha de respetarse la división de poderes, de tal manera que le está vedado a la jurisdicción la adopción de medidas que únicamente a los poderes políticos (no jurisdiccionales) les corresponde adoptar. En resumidas cuentas, en el Estado constitucional, el fin no justifica los medios utilizados para alcanzarlo. Esa es la cuestión clave, intrínsecamente unida a la naturaleza de los derechos prestacionales.

Por ello, el principal problema de este tipo de sentencias radica en el riesgo de desnaturalización de la función jurisdiccional, que está para controlar a los poderes públicos, pero no para sustituirlos. Pero como es cierto que hacer cumplir la Constitución, y por lo mismo, los derechos que establece, es lo propio de la justicia constitucional, lo que no cabe entonces sostener es que la efectividad de los derechos prestacionales que la Constitución enuncia carezca por completo de garantía jurisdiccional. Con lo que, en el fondo, el problema de la pertinencia o la legitimidad constitucional de las sentencias “estructurales” no puede resolverse de manera simple, mediante un sí o un no, sino buscando el equilibrio entre el deber jurisdiccional de hacer cumplir la Constitución y el deber también constitucional de no destruir la división de poderes, especialmente la división primordial entre el poder político y el poder jurisdiccional. De ahí que el problema solo pueda afrontarse como una cuestión de grado, esto es, de ponderar hasta dónde debe llegar una sentencia en el establecimiento de un mandato de hacer con cargo a los poderes públicos. Pues, en realidad, el riesgo de desnaturalización de la función jurisdiccional se encuentra unido al del mayor o menor grado de concreción de ese mandato.

Que los tribunales, y especialmente los que ejercen la jurisdicción constitucional, en sus decisiones protegiendo un derecho han de adoptar las medidas necesarias para su conservación, es algo claro, pacífico y



debido. Pero cosa bien distinta es que impongan un programa detallado de regulación general (o para grupos o clases amplias de personas) de ese derecho para hacerlo efectivo (y en el caso de un derecho social, de una política pública detallada para lograrlo, que ha de incluir, pues, medidas no solo administrativas, sino también financieras). Y no es un tema que afecte solo a la legitimidad del órgano jurisdiccional, sino también a la eficacia misma de sus decisiones, ya que esta será siempre, de modo inevitable, inversamente proporcional al mayor o menor grado de concreción de las medidas que la sentencia establezca, como la experiencia en el cumplimiento de las llamadas sentencias “estructurales” ha demostrado.

7. La democracia “de” la Constitución y la democracia “en” la Constitución

Como se apuntó en la primera parte de mi exposición y ahora conviene desarrollar, la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de Derecho que limitan efectivamente el poder de la propia mayoría. Frente a planteamientos basados en la simpleza e incluso en la ignorancia, la capacidad de un órgano del Estado democrático, como lo es el que ejerce justicia constitucional, de anular las decisiones adoptadas por la propia mayoría democrática, no es una paradoja real, sino únicamente aparente, pues el Estado constitucional democrático no deja de serlo, democrático, por el hecho de que la mayoría no pueda ser soberana. El Estado constitucional democrático se basa en una distinción sin la cual tal forma de Estado carecería de sentido: la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido.

En ambos planos se proyecta el principio democrático, aunque no de igual manera. En el plano constituyente (democracia “de” la Constitución), la democracia no puede sustentarse en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso, esto es, de exigencia de unas mayorías muy cualificadas; cosa obvia, puesto que la Constitución garantiza derechos y estructuras que no pueden estar a disposición del



poder constituido, es decir, de las mayorías cambiantes que en cada momento se sucedan como consecuencia de los procesos electorales. Si así no fuera, la Constitución desaparecería, dado que dejaría de ser una norma supralegal, y entonces, como se expresó en frase afortunada y bien conocida, sería “una página en blanco que el legislador puede escribir a su capricho”, lo que significaría, simplemente, que no habría Constitución.

Una constitución es democrática porque emana democráticamente, pero una Constitución garantiza la democracia porque la preserva frente a la propia mayoría, en cuanto que establece unas prescripciones que la simple mayoría no puede cambiar. Unas prescripciones fundamentales (en su doble significado de superiores y de más importantes) que solo pueden ser establecidas por la democracia de consenso. Consenso que será obligatorio, en coherencia, para la reforma de la misma Constitución. Esa es la base democrática de la rigidez constitucional.

Distinta es la proyección del principio democrático en el poder constituido, que opera a través de la regla de la mayoría y no del consenso, salvedad hecha de que algunas medidas que la propia Constitución prevé que deban adoptarse por mayorías superiores a la simple, así la emanación de determinadas leyes, pero siempre con una mayoría cualificada inferior a la que puede disponer de la Constitución, pues de lo contrario se confundirían el poder constituyente y el poder constituido. Ese, el que se proyecta en el poder constituido, es el plano de la democracia “en” la Constitución, esto es, de la democracia que la Constitución establece. Y esta segunda forma de proyección de la democracia no puede sobreponerse sobre aquella primera, de manera que la democracia “en” la Constitución ha de atenerse a la democracia “de” la Constitución. Para que ello sea así está precisamente la justicia constitucional, que tiene como función garantizar que el poder constituido no vulnera lo decidido por el poder constituyente. En tal sentido, no solo resulta incorrecto entender que hay una oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional



la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la Constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de mayoría propia de las actuaciones del poder constituido.

En consecuencia, la democracia constitucional, en la que la democracia “en” la Constitución está subordinada a la democracia “de” la Constitución, exige que haya justicia constitucional. No se trata únicamente de una cuestión de lógica jurídica (la norma superior ha de prevalecer sobre la norma inferior), sino también de legitimación democrática (pues la rigidez constitucional lo que pretende es que la democracia constituida no pueda sobreponerse a la democracia constituyente). Si así no fuera, tendría todo el sentido la frase bien conocida de Rousseau, en *El Contrato Social*, de que “los ingleses se creen libres, pero solo lo son en el momento de votar, pues después quedan sometidos a un poder tan absoluto como el de los antiguos reyes, el poder del parlamento, que, en cuanto soberano, puede privarles de la libertad”. En la democracia constitucional, precisamente esa libertad está garantizada en todo tiempo porque la Constitución limita el poder de la propia mayoría, esto es, porque el parlamento no es soberano, que solo lo es el pueblo que, mediante la democracia de consenso, estableció unas reglas que garantizan los derechos y limitan el poder, y por ello no están a la plena disposición del Estado, existiendo una instancia objetiva, de aplicación de la Constitución, que tiene encomendada la custodia fiel de dichas reglas.

Justamente porque la justicia constitucional no puede dejar de estar sometida a la propia Constitución, su función de custodia ha de ser “fiel”, esto es, limitarse a fundar en razones jurídicas sus decisiones de preservación de la Constitución frente a los actos del poder constituido. Por ello, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional, como se dijo más atrás, donde reside exactamente es en la interpretación constitucional, de manera que para evitar la contradicción entre los dos términos de esa relación, aquella interpretación habrá de producirse de modo jurídicamente razonable, y por ello objetivable,



y no a través de decisiones fundadas en un mero ejercicio de voluntad política de la que, por principio, la justicia constitucional carece.

8. Los dos significados, procedimental y sustantivo, de la democracia

Si desechamos, por su patente inconsistencia teórica y su innegable falsedad práctica, la vieja contraposición entre democracia formal y democracia real, pues sin normas que la garanticen, la democracia no es posible, solo cabe discutir, en serio, otra distinción: la que pudiera existir entre democracia procedimental y democracia sustantiva. La primera sostiene que la democracia “es procedimiento y solo procedimiento” (frase bien conocida de Kelsen, aunque en cierto modo corregida en su obra “Esencia y valor de la democracia”) y la segunda proclama que la democracia se identifica con un conjunto de valores sustantivos que los procesos de decisión no pueden cambiar.

Una y otra versión de la democracia parten de un presupuesto común: no hay democracia fuera del Derecho. Pero se distinguen en cuanto a las reglas que el Derecho impone a la democracia. Para unos, el Derecho solo impone la exigencia de que para adoptar las decisiones políticas, el poder público ha de someterse a los procedimientos democráticos (elecciones populares por sufragio universal, libre y directo). Para otros, lo que el Derecho exige no es solo que se sigan tales procedimientos, sino que se acaten también unos valores (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes) que quedan sustraídos a la capacidad de decidir mediante procedimientos democráticos. Y así se ha dicho, en frase gráfica y muy repetida, que “la democracia no puede ser destruida mediante procedimientos democráticos”.

Este problema, como es obvio, no se plantea en el ámbito de la democracia “en” la Constitución (esto es, de la democracia en el poder constituido), puesto que toda Constitución exige al acatamiento no solo de unas reglas procedimentales, sino también materiales, que limitan la acción del poder del Estado. En tal sentido, la democracia



“en la Constitución” es procedimental y sustantiva al mismo tiempo y de manera inseparable. Donde el problema se plantea es en el ámbito de la democracia “de” la Constitución (esto es, de la democracia en el poder constituyente). Para Kelsen, toda ley inconstitucional lo sería por razones formales, es decir, por no haber seguido el legislador el procedimiento de reforma de la Constitución. Lo que significa que, si ese procedimiento se siguiera, la Constitución podría cambiarse sin límite material alguno. No habría, en consecuencia, valores vedados a la capacidad de acción del soberano popular, siempre que actúe a través de los procedimientos de reforma constitucional. En cambio, para los defensores de la democracia en sentido sustantivo, el poder constituyente democrático está también limitado, pues la Constitución, y su reforma, no podrían ser democráticas si el texto constitucional resultante no garantizara la existencia de unos valores y derechos inherentes a la democracia misma.

Este y no otro es el problema de los límites materiales, explícitos o implícitos, de la reforma constitucional. Y este, en consecuencia, es el problema al que se enfrenta la justicia constitucional, al controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

9. Justicia constitucional y reforma de la Constitución

En un Estado democrático de Derecho es claro que la justicia constitucional tiene legitimidad para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, en cuanto a comprobar si han seguido o no el procedimiento que para su reforma la propia Constitución ha establecido. Si así no fuera, las normas constitucionales sobre la reforma, al carecer de la garantía jurídica de su cumplimiento, no serían Constitución, aunque formaran parte de su texto. La rigidez constitucional sería, simplemente, un mandato político cuya eficacia dependería exclusivamente de la libre voluntad del poder constituyente-constituido. Es obvio que ello no puede aceptarse teóricamente, aparte de que prácticamente haría que la Constitución, pese a presentarse como rígida,



sería, en realidad, flexible. En consecuencia, se hace evidente que la justicia constitucional posee legitimidad para controlar las reformas constitucionales por razones de forma.

Cuestión distinta es si puede también controlarlas por razones de fondo, esto es, porque tales reformas alteren el sistema de valores materiales sin los cuales no cabría hablar de Constitución democrática. Y aquí se abren dos perspectivas, según que la Constitución haya fijado o no, de manera expresa, límites materiales a su reforma. Si lo ha hecho, la legitimidad de la justicia constitucional para efectuar ese control de fondo es clara, por ser coherente con el mismo texto constitucional. Si no lo ha hecho, entonces la cuestión es mucho más compleja, pues nos encontraríamos con el problema de los límites materiales implícitos, cuya aceptación depende, creo, del modo de participación del soberano popular en la propia reforma constitucional.

En ausencia, pues, de límites materiales explícitos a la reforma, si es el pueblo soberano el que al final del procedimiento de reforma se pronuncia definitivamente sobre la misma, se hace muy cuestionable que la justicia constitucional pueda controlar la reforma por razones de fondo, pues el cambio constitucional lo ha aprobado el propio poder constituyente, juridificado en cuanto al procedimiento, por supuesto, pero no en cuanto a la materia. En cambio, si esa participación no se da, es plausible que la justicia constitucional haya de velar porque el cambio constitucional, aprobado no por el poder constituyente (juridificado), sino por el poder constituido, se atenga a unos límites que no debe traspasar, que operarían, interpretativamente, como límites implícitos a la reforma constitucional. Ahora bien, si toda interpretación de la Constitución es tarea compleja y delicada, esta de la obtención interpretativa de límites implícitos a la reforma lo es mucho más, de manera que solo en supuestos de clara obtención interpretativa de tales límites y de indudable trasgresión de los mismos, la justicia constitucional estaría legitimada para controlar la validez de la reforma constitucional por razones de fondo.



Nuevamente, en el tema de los límites implícitos, y especialmente en los casos en que no coinciden subjetivamente el poder constituyente y el poder de reforma, nos encontramos, pues, en el mismo terreno donde hoy cabe situar la relación entre justicia constitucional y democracia: el de la capacidad de la interpretación constitucional. Si esa capacidad es libre, entonces sí que cabría sostener que la justicia constitucional se ha sobrepuesto a la democracia. Si, por el contrario, esa capacidad está subordinada a una fundamentación jurídicamente razonable, lo que habría hecho la justicia constitucional es hacer valer, legítimamente, su función de preservar la propia democracia, haciendo prevalecer la democracia “de” la Constitución sobre la democracia “en” la Constitución.

Cuestión distinta, de naturaleza teórica y no de naturaleza dogmática, esto es, más propia del plano de la legitimidad que de la validez, es la de si una reforma constitucional puede dar lugar a una eliminación de la democracia. En tal sentido, el resultado de esa reforma ya no sería una nueva Constitución, sino un abandono de la Constitución, puesto que no cabe hablar, en sentido propio, de Constitución si la Constitución no es democrática, no solo en su origen, sino también en su contenido. En tales casos, el control de esa reforma, que más que reforma sería ruptura, en caso de inexistencia de límites explícitos o de límites implícitos apreciables interpretativamente, de la manera a la que antes aludí, me parece que es una tarea que excede de la jurisdicción y que únicamente cabe confiar a los políticos y, en última instancia, a los propios ciudadanos. No debe olvidarse que, además de las garantías jurídicas de la Constitución, esta se preserva también por las garantías políticas y sociales sin las cuales ninguna Constitución puede subsistir.

10. Conclusión: el futuro de la justicia constitucional en un contexto trasnacional de vigencia de los derechos humanos

Como he intentado explicar a lo largo de esta conferencia, carece de sentido plantearse la relación entre democracia y justicia constitucional en términos de contradicción insalvable, puesto que, en la democracia



constitucional, el control jurisdiccional de la Constitución es requisito de esa misma democracia. Dicho de manera más directa: sin justicia constitucional no hay democracia constitucional.

El auténtico problema de esa relación, y no importa reiterarlo una vez más, ya no se sitúa en la existencia misma de la justicia constitucional, sino en su modo de actuar. Si ese modo se realiza sin caer en el activismo judicial, esto es, sometiéndose a los límites jurídicos que la propia interpretación de la Constitución impone y sin excederse de la función jurisdiccional que permite controlar a los poderes públicos, pero no sustituirlos, no cabe hablar de contraposición entre democracia y justicia constitucional. Si, por el contrario, ambas condiciones no se observan, entonces sí que podría tacharse a la justicia constitucional de actuar de manera poco respetuosa con la democracia.

Ese es el desafío que ha de afrontar la justicia constitucional y solo si lo gana, esto es, si no pierde la única legitimación que la sostiene, que no es otra que la fundamentación en Derecho de sus decisiones, podrá mantenerse como lo que es y debe ser: la institución imprescindible para garantizar la efectiva vigencia de la Constitución; un marco, además, en que los valores y principios constitucionales trascienden el ámbito de las jurisdicciones nacionales como consecuencia del proceso de internacionalización de los derechos humanos, de manera que hoy, el constitucionalismo ha adquirido una dimensión global, convirtiéndose en una especie de *ius commune* de los países civilizados, al menos en los ámbitos europeo y americano.

Ese constitucionalismo global se sustenta precisamente en el entendimiento más correcto de la democracia constitucional, que consiste no solo en la existencia de procesos electorales libres, competitivos y transparentes, sino también en la garantía de que tales procesos no pueden conducir a la erradicación de unos valores sustantivos que, por fortuna, no pertenecen al mundo discutible de las ideas políticas, sino que han sido concretados en reglas jurídicas a través de tratados y convenios sobre derechos humanos, protegidos por auténticos tribunales internacionales o transnacionales. Así sucede con el Tribunal Intera-



americano de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas resoluciones crean una doctrina que vincula a los estados sometidos a la jurisdicción de dichos tribunales, sometimiento aun más fuerte en el caso de la Unión Europea, donde, de forma similar a lo que sucede en las federaciones, los ordenamientos nacionales están subordinados a un Derecho superior (del que forma parte una Carta de derechos) custodiado por un órgano judicial también superior: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La garantía jurisdiccional de los derechos humanos y de la forma de Estado democrática y de Derecho se ha supraestatalizado, al menos en determinados ámbitos geográficos. Esa es la nueva realidad.

La justicia constitucional de los estados ha de acomodarse, pues, a esta nueva realidad, que ha conformado una justicia constitucional global o “multinivel”, y que obliga a una leal cooperación y un continuo diálogo entre los órganos internos y los órganos supranacionales que tienen encomendada dicha tarea. Esta globalización no puede verse como un debilitamiento de la justicia constitucional estatal, sino como un refuerzo de su eficacia, en cuanto que la cooperación recíproca ya aludida entre tribunales internos e internacionales (incluso transnacionales) enriquece la función que de manera común unos y otros tribunales desempeñan.

Que en el futuro esta fértil conjunción de garantías de la democracia constitucional se mantenga depende, principalmente, de su resistencia frente a los peligros que le acechan, representados hoy, a ambos lados del Atlántico, por los movimientos fundamentalistas y populistas, cuyo objetivo no es otro que destruirla. También depende, por supuesto, del funcionamiento adecuado de los órganos nacionales e internacionales que desempeñan aquella función de garantía, que no pueden adoptar sus decisiones por un acto de voluntad, sino de razón, de razón jurídica. Solo la rigurosa fundamentación de sus resoluciones hace aceptable el ejercicio de unas facultades de tan alto relieve como las que esos órganos tienen atribuidas, entre ellas las del control del legislador democrático. De las resoluciones que dicten podrá discreparse, por supuesto, pero



siempre ha de exigirse que la argumentación que el órgano jurisdiccional emplee para fundamentarlas esté suficientemente razonada en términos de Derecho, de manera que también, razonablemente, pueda ser criticada por la comunidad jurídica, pues tal crítica supone el contrapeso más eficaz al ejercicio de la ingente potestad que la justicia constitucional tiene atribuida.

Al fin y al cabo, la justicia constitucional (como el Estado constitucional democrático a cuya conservación sirve) solo puede funcionar de manera adecuada allí donde existe una auténtica cultura política y jurídica constitucional, esto es, una sociedad mayoritariamente convencida de que democracia y Estado de Derecho son realidades indisociables. Por ello, la efectividad de los derechos de los ciudadanos (incluidos los indeclinables derechos sociales) solo debe buscarse dentro y no fuera de las reglas que la propia Constitución proporciona. Y si tales reglas no fueran suficientes, la alternativa es reformar la Constitución, pero de ninguna manera tergiversarla o destruirla.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA LABORAL: PRINCIPALES CÁNONES DE ENJUICIAMIENTO

DR. FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL
Catedrático, jurista y ex presidente del Tribunal Constitucional de España

Quiero que mis primeras palabras sean, como es de rigor, para agradecer al Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la persona de su presidente y querido amigo, Milton Ray Guevara, su invitación a participar en este ciclo de conferencias. Es para mí un verdadero placer volver a Santo Domingo, y un privilegio participar en este seminario, compartiendo programa con los ilustres colegas que lo integran. El título de la ponencia que me ha sido asignada, “Visión constitucional del Derecho del Trabajo” resulta en toda su extensión inabordable en el tiempo que tengo asignado –la doctrina laboral del Tribunal Constitucional suma miles de páginas y se extiende prácticamente a todo el ordenamiento laboral¹–, razón por la cual he decidido centrar mi intervención en el análisis de la jurisprudencia constitucional dictada al enjuiciar las reformas laborales y de Seguridad Social realizadas para

1 Para calibrar el alcance y amplitud de la doctrina laboral del Tribunal, vid. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Ed. Civitas; A. V. Sempere Navarro (dr.), *Prontuario de Doctrina Social del Tribunal Constitucional (1981-2005)*, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid 2005 y J. García Murcia (dr.), *El Control de Constitucionalidad de las Normas Laborales y de Seguridad Social*, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid 2015.

dar respuesta a la grave crisis económica que hemos padecido y cuyas secuelas aun sufrimos (2008- 2014), y más específicamente, a los principales cánones de enjuiciamiento utilizados por el Tribunal Constitucional español al efecto. Creo que la trascendencia de las reformas operadas y la actualidad del tema justifican esta reformulación de los términos de mi ponencia.

Entre las sentencias más relevantes que el Tribunal Constitucional español ha dictado en los últimos años, en materia socio-laboral destacan, en efecto, las referidas a la constitucionalidad de algunas de las medidas adoptadas por el Gobierno durante la «crisis económica». Resulta quizás innecesario, por generalmente conocido, hacer referencia a los efectos perniciosos que en la economía española produjo la crisis financiera internacional (2008-2014), que no pocos analistas consideran la más profunda padecida por el capitalismo desde la del 29, y que en mayor o menor medida afectó a todos los países industrializados. Pero permítanme que recuerde algunos datos, porque sin ellos, sin su contundencia, no se explica la incisividad de las medidas adoptadas en España, ni quizás la ponderación que el propio Tribunal Constitucional hace de la situación económica en que se adoptan y que algunos, a mi parecer de manera injusta, han criticado acerbamente.

Durante los años 2008-2014 la actividad económica española se contrajo el 5 % del PIB y la tasa de desempleo aumentó el 23 %; pasamos de un desempleo del 9'7 % en 2008 a otro del 22'3 % en 2014. Esta contracción de la actividad económica y del empleo produjo, de una parte, una drástica disminución de la recaudación económica del Estado, que por ejemplo durante el trienio 2007-2009, antes de que se iniciaran las correcciones fiscales, llegó a menguar el 30 %, y una notable reducción de los ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social, en torno al 10 % en el período considerado, y de otra, un incremento exponencial de las demandas de protección social. El gasto en prestaciones por desempleo aumentó el 88 % y el gasto en pensiones, el 39 %. El déficit público, por su parte, que en 2008 alcanzaba el 39 % del PIB, en 2014 suponía el 98 % del mismo. En fin, para concluir la descripción



de la “tormenta perfecta”, el Fondo de reserva de la Seguridad Social, esto es, la llamada lucha de las pensiones, destinada a garantizar la sostenibilidad del sistema, ha experimentado entre los años 2011 y 2015 una reducción superior al 51 por ciento, pues el Estado ha debido echar mano del mismo para atender al pago ordinario de las obligaciones contraídas.

Hay un segundo elemento contextual que debe ser tenido muy en cuenta, a la hora de calibrar estas reformas y es la pertenencia de España al euro, nuestra integración en la Unión Económica y monetaria europea. Porque de esa pertenencia derivaban y derivan importantes consecuencias y obligaciones que condicionaron y condicionan la acción de gobierno. De una parte, la pertenencia al euro excluye la utilización del tipo de cambio para llevar a cabo los ajustes exigidos por la crisis y la restauración de nuestra competitividad, y focaliza los ajustes sobre precios el control de los precios y, en primer lugar, de los salarios y de la productividad². Lo sabíamos desde Maastricht³, pero solo ahora algunos parecen haberse dado cuenta. De otra parte, las exigencias que en punto a la contención del déficit público contemplan las propias reglas del sistema de la unión económica y monetaria y que están en la base de la modificación llevada a cabo en 2011, en el art. 135 de la Constitución y de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, al que desde entonces deben adecuarse en su actuación todas las administraciones públicas (art. 135. 1 CE).

Las primeras decisiones adoptadas en España para dar respuesta a la crisis tuvieron por objetivo la contención del gasto público y se adoptaron a instancias del Consejo Europeo que en el año 2009 exigió a España la adopción de un paquete de medidas destinadas a la corrección del excesivo déficit público, actuación que consideraba necesaria para

2 Como ha escrito expresivamente Alain Supiot, los estados de la zona euro “se sont privés de tous les instruments de politique publique susceptibles de peser réellement sur l’activité économique” (A. Supiot, *Le Droit du Travail*, Ed Puf, París, 2016, pág. 18.)

3 F. Pérez de los Cobos Orihuel, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 168 y 169.



procurar nuestra recuperación económica y para cumplir los compromisos adquiridos con las instancias europeas.

En ese contexto, se adoptaron inicialmente medidas entre las que destacan la reducción de la oferta pública de empleo, la racionalización del gasto farmacéutico y la reestructuración de la Administración General del Estado y del sector público empresarial. Pero siendo aquellas insuficientes para el ajuste del gasto requerido, el Gobierno consideró preciso, a los efectos de acelerar la reducción del déficit, proceder a la disminución de los gastos de personal de la Administración Pública, acordando, a este respecto, después de la **reducción salarial** de los empleados públicos en un 5 %, (RDL 8/2010), la **supresión de su paga extraordinaria de diciembre** de 2012 por medio del RDL 20/2012.

La grave incidencia de la crisis económica sobre las cuentas públicas había de tener inevitable repercusión en nuestro **sistema de Seguridad Social**, que alcanzó en el 2012 un elevado déficit que hizo necesaria la disposición de activos de su Fondo de Reserva. Tal circunstancia condujo a que se adoptasen también medidas de ajuste en este específico ámbito, no solo para cumplir los objetivos de déficit público sino también para asegurar la viabilidad económica del referido sistema. De este modo, se decidió, entre otras cosas, dejar sin efecto la **«actualización» de las pensiones en el ejercicio 2012 y suspender su revalorización** para el 2013, a través del RDL 28/2012.

Aparte de las mencionadas medidas enfocadas a la consecución de la sostenibilidad de nuestras finanzas a través de la contención del gasto público, se llevó a cabo igualmente, y con el específico objetivo de frenar la destrucción de empleo e incentivar la contratación, la **reforma de nuestra legislación laboral** mediante el RDL 3/2012, y posterior Ley 3/2012. Una reforma⁴ que, al decir de la doctrina, es la más profunda

4 La bibliografía sobre la reforma del 2012 es cuantiosa y plural. Vid. A. Montoya Melgar y J. García Murcia (dr), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Ed. Civitas, Pamplona 2012; AA.VV., *La Reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012; J. Thi-



de las realizadas en España desde la reforma del año 1984, tanto por su extensión —abarca tanto a la regulación de la relación individual de trabajo como de aspectos fundamentales de nuestro sistema de negociación colectiva— como por su incisividad⁵.

Pues bien, respecto a estas últimas normas y las medidas anteriormente mencionadas, ha debido pronunciarse el Tribunal Constitucional, cosa que ha hecho descartando los motivos de inconstitucionalidad que se les reprochaban. El Tribunal, en efecto, ha considerado conformes a nuestro Texto Fundamental las normas que previeron la reducción salarial de los empleados públicos en un 5 % (ATC 179/2011), la supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 de los empleados públicos (STC 81/2015), la no actualización de la revalorización de las pensiones públicas en el ejercicio 2012 (SSTC 49 y 95/2015) y, en fin, la última gran reforma de nuestra legislación laboral, primero, a través del ATC 43/2014, y después, en las SSTC 119/2014 y 8/2015. Estas últimas sentencias, como es obvio, no enjuician todas las medidas instrumentadas por el legislador, sino obviamente, solo aquellas impugnadas y, en particular, se centran en aquellas referidas a la negociación colectiva, por ser las reformas que, sobre todo, centraron el reproche de los recurrentes.

Pero más que al contenido singular de cada uno de esos pronunciamientos constitucionales, que seguramente muchos de ustedes conocen, quisiera, como anunciaba, centrar mi intervención en un

bault Aranda (dr.), *La Reforma Laboral de 2012: Nuevas Perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Ed La Ley, Madrid 2012; A.V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, *Claves de la Reforma Laboral de 2012*, Ed Thomson- Aranzadi, Pamplona 2012; AAVV. *La reforma laboral del 2012, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MESS, Madrid 2013; J. I. García Ninet (dr.), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Ed Atelier, Barcelona 2014; AAVV., *Reformas laborales en la Gran Recesión*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

5 Conviene contextualizar las reformas españolas en el conjunto de las reformas laborales acometidas en Europa, una identificación de las orientaciones básicas coincidentes en las distintas reformas en M. E. Casas Baamonde, “La eficacia y eficiencia del Derecho del trabajo: Reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, en AA.VV, *Derecho del trabajo, Constitución y Crisis económica*, Universidad de Valladolid, 2014, p. 87 y ss.



elemento común a todos ellos, esto es, el **CANON DE CONTROL CONSTITUCIONAL** que se les ha aplicado.

Efectivamente, merece la pena que nos detengamos en el examen de ese concreto aspecto, en tanto que ese canon no solo ha sido el determinante de los pronunciamientos señalados, sino también de los que le precedieron y lo será también de los que se puedan plantear en el futuro, con relación a otras normas laborales y de seguridad social, mientras que la doctrina constitucional a la que me referiré no sea modificada.

Pues bien, dado que en la mayor parte de los casos las medidas anti crisis mencionadas se han acordado por el Gobierno, a través de disposiciones legislativas provisionales en forma de «*decretos-leyes*», debemos comenzar recordando el **canon de control de esa «legislación de urgencia»**. La Constitución Española permite excepcionalmente al Gobierno el dictado de tales normas con fuerza de ley en casos de «extraordinaria y urgente necesidad», y siempre que con ello no se afecte, entre otras materias, «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» (art. 86.1 CE), entre los que se encuentran, por lo que ahora interesa, el derecho a la libertad sindical y la huelga, el derecho al trabajo, o, en fin, el derecho a la negociación colectiva laboral y a la adopción de medidas de conflicto colectivo.

La prohibición constitucional de que la legislación de urgencia *no afecte a los derechos constitucionales* del Título I CE ha sido entendida de forma laxa por el Tribunal Constitucional⁶, a través de una consolidada doctrina que viene siendo aplicada desde sus primeras sentencias y que ha sido la que ha marcado el enjuiciamiento constitucional de las medidas a las que ahora nos estamos refiriendo. Conforme a esa doctrina tradicional, la prohibición de no afectación de derechos constitucionales no puede reducir a la nada el uso del decreto-ley, sino que tan solo impide que a través de tal tipo de normas se puedan alterar el «régimen

6 Una reciente reflexión crítica sobre esta jurisprudencia en M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del Decreto-Ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Ed. Iustel, Madrid, 2016.



general» o los «elementos esenciales» de los citados derechos constitucionales laborales reconocidos en el Título I de la CE, siendo posible, por consiguiente, cualquier otra afectación de menor intensidad.

Conviene recordar, igualmente, que conforme a esa arraigada doctrina constitucional, el órgano llamado a valorar la realidad concurrente para poder hacer uso del decreto-ley es el Gobierno de la Nación, correspondiéndole solo a él ponderar si concurre el presupuesto habilitante (esto es, la «extraordinaria y urgente necesidad»), siendo su apreciación un *«juicio político o de oportunidad»*, en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional no puede suplantar al Gobierno en tal juicio, correspondiéndole un limitado *control externo «ex post»*, consistente en la verificación de que esa actuación legislativa del Gobierno se ha movido dentro de los límites marcados por la Constitución. De tal modo, debe limitarse a verificar, de un lado, si el Gobierno ha identificado, de manera explícita y razonada, la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, y si, siendo así, existe una relación de adecuación entre ese presupuesto habilitante y las medidas contenidas en la norma de urgencia; de otro lado, si se han visto afectadas por la norma materias excluidas por la Constitución y que en ningún caso pueden ser objeto de regulación mediante decreto-ley. En suma, el Tribunal Constitucional, realizando siempre, como digo, un *control “ex post”, externo y jurídico (nunca de oportunidad)*, podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la concurrencia de la “extraordinaria y urgente necesidad”, y declarar la inconstitucionalidad de un real decreto-ley por la inexistencia del presupuesto habilitante e invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución, o por la afectación de materias vedadas a tal tipo de normas de urgencia.

Utilizando ese **limitado canon de control**, el Tribunal Constitucional ha comprobado el ajuste constitucional de las medidas a las que antes he hecho referencia, como la reducción salarial de los empleados públicos, la supresión de su paga extraordinaria de diciembre de 2012,



o la no actualización de las pensiones públicas de ese mismo año. En todos esos casos, el Tribunal Constitucional **ha descartado que el uso de la legislación de urgencia resultase inconstitucional**, de una parte, al haberse explicitado y razonado, de forma suficiente por el Gobierno, la existencia de una «**situación de extraordinaria y urgente necesidad**», a saber, la obtención de la recuperación económica de nuestro país y el restablecimiento de la confianza de los mercados en el cumplimiento de los compromisos de reducción del déficit público; de otra parte, al no haberse sobrepasado los límites materiales impuestos por la Constitución, esto es, la no afectación a los derechos, deberes y libertades del Título I. En suma, se ha entendido que las medidas examinadas eran medidas excepcionales de restricción del gasto público, con el fin de hacer frente a la grave situación económica, al estado deficitario de nuestras cuentas públicas o a la necesidad de garantizar el reequilibrio financiero de nuestro sistema de Seguridad Social.

Dicho esto, y aunque el TC ha descartado, como ha quedado dicho, la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley que previó la reducción salarial de los empleados públicos (ATC 179/2011), conviene añadir al respecto que, por el contrario, ha declarado inconstitucionales por vulneración del orden constitucional de distribución de competencias [entre otras, en las SSTC 219/2013 o 5/2014] determinadas normas dictadas por las Comunidades Autónomas que aplicaron aquella medida de reducción retributiva a todo su personal público, sin tener en cuenta la excepción prevista en la legislación básica estatal, que había excluido de la misma a determinados empleados públicos (concretamente, el personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas). Así mismo, y por lo que atañe a la supresión de la paga extra de los empleados públicos, cuya inconstitucionalidad se rechazó, como ya se ha advertido en STC 81/2015, conviene también adicionar que con relación a esa disposición se formularon numerosas cuestiones de inconstitucionalidad en las que los órganos judiciales denunciaron la vulneración de la interdicción de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (art. 9.3 CE), así como la de



la prohibición de la expropiación de derechos sin indemnización (art. 33.3 CE), habiendo sido declarada la extinción de los correspondientes procesos constitucionales por la desaparición sobrevenida de su objeto (entre otras, en STC 83/2015), como consecuencia de la recuperación de la paga extra en los importes dejados de percibir en virtud de lo dispuesto en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015.

Efectuadas las anteriores advertencias, y para terminar con el examen del canon de control de la «legislación de urgencia», conviene indicar que la reforma de la legislación laboral de 2012 se aprobó inicialmente por ese cauce, y que el Tribunal Constitucional también debió pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de esta utilización. En este sentido, ha considerado en el ATC 43/2014, que también en ese supuesto el Gobierno respetó los límites formales y materiales para aprobarla por medio de Real Decreto-ley. De un lado, por cuanto el RDL, y señaladamente su Exposición de Motivos, satisfizo la exigencia requerida por la doctrina constitucional de haber explicitado y razonado la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» (a saber, la concreta situación del mercado laboral español y la insostenibilidad del modelo de relaciones laborales para afrontar la destrucción masiva del empleo durante la crisis económica)⁷, existiendo, además, la necesaria «conexión entre las medidas adoptadas y la situación de necesidad» (en tanto que las medidas laborales im-

7 En este sentido, el Tribunal subraya que, a diferencia de lo acontecido con el RDL 5/2002, que mereció la censura por su parte, “en este caso se aprecia que el Gobierno no basa la justificación del Real Decreto Ley 3/2012 en fórmulas o expresiones ambiguas y abstractas, de prácticamente imposible control constitucional, sino que construye su argumentación sobre datos constatables relativos a la situación de crisis económica y desempleo, mediante los que trata de acreditar la situación de excepcionalidad y gravedad que legitima la utilización de este instrumento legislativo como vía para incorporar con inmediatez las medidas laborales cuestionadas. A este respecto ya hemos declarado en otros pronunciamientos que el real decreto ley representa un instrumento constitucionalmente lícito para el tratamiento de “coyunturas económicas problemáticas”, expresión en la que sin duda se ubica la situación que el Real Decreto Ley 3/2012 pretende afrontar y que, como se ha visto, se encarga de describir en su exposición de motivos” (FJ. 4).



plementadas estaban dirigidas a obtener la eficiencia del mercado de trabajo en el contexto de la referida crisis económica, abundando en planteamientos de políticas del derecho ya perceptibles en reformas laborales precedentes). El Tribunal, en efecto, concluye que “dentro del juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados, y sin apreciarse abuso o arbitrariedad, el Real Decreto Ley 3/2012 satisface las exigencias requeridas por la jurisprudencia constitucional”.

Pasando después a realizar un análisis de fondo, se descartó también por el Tribunal Constitucional que se hubiesen incumplido los límites materiales fijados a los reales decretos-leyes, en concreto, la prohibición de afectar a los derechos, deberes y libertades regulados en el título I de la Constitución, dado que las normas cuestionadas respondían a una opción de política legislativa que, por más que pudiera contestarse políticamente, desde la estricta perspectiva propia del juicio de constitucionalidad, no generaba lesión en ninguno de los derechos constitucionales invocados y podía legítimamente instrumentarse dentro de los márgenes de discrecionalidad que la Constitución reconoce al legislador.

Llegados a este punto, y una vez especificado cuál es el canon de control constitucional con relación a la «legislación de urgencia», he de detenerme ahora en el **canon de control constitucional de la norma laboral, no ya desde un aspecto formal sino sustantivo.**

Hemos de tener en cuenta que conforme al Texto Fundamental corresponde al legislador estatal -ex art. 149.1.7 CE- la tarea de ordenar los principios y criterios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia laboral, y ha de hacerlo desde una concepción del conjunto de sus relaciones como “un” sistema en el que se garantice la «igualdad» de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE). A él le corresponde, pues, por imperativo constitucional (art. 35.2 CE) la tarea de regular un estatuto de los trabajadores, no estando condicionado, sin embargo, en el modo en que haya de llevarla a cabo. Por consiguiente, el



Tribunal Constitucional, al abordar el enjuiciamiento de cualquier norma laboral ha de partir de una premisa básica: la Constitución de 1978 *no ha diseñado un modelo cerrado de relaciones laborales*, sino que, por el contrario, ha dejado en manos del legislador estatal la configuración del mismo, pudiendo elegir la *opción* que estime más adecuada entre las distintas alternativas posibles, en atención a las *circunstancias económicas subyacentes* y a las *necesidades sociales* a las que se pretenda dar cobertura.

La determinación del contenido de la relación laboral no solo viene determinada por esa regulación legal, sino también, claro está, por la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE, siendo tal tipo de negociación “un valor constitucionalmente protegido”, prevalente sobre la autonomía individual y de cuyo fruto principal -el convenio colectivo- se reconoce constitucionalmente la fuerza vinculante. En definitiva, no cabe duda de que la negociación colectiva, junto a la regulación legal, se erige en un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo.

La doctrina constitucional ha destacado siempre la singular posición que dentro de nuestro sistema de relaciones laborales tiene el “sindicato”, al haber sido incluido su reconocimiento en el art. 7 CE dentro del título preliminar; también ha resaltado el papel indiscutible que desempeña en la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores y en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo mediante el ejercicio de la acción sindical, que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 CE. Ahora bien, y sin perjuicio de esa singular e institucional posición del sindicato, el Tribunal Constitucional ha precisado, con relación al derecho a la negociación colectiva, que:

1º) Es un derecho que no solo está atribuido constitucionalmente a los sindicatos sino también a otras representaciones colectivas de los trabajadores. En tal sentido, ha advertido que nuestra Constitución, al institucionalizar los derechos colectivos laborales, no los ha reservado



en exclusiva a los sindicatos, sino que ha optado por un «amplio reconocimiento» de sus titulares, evitando la «consagración de un monopolio» sindical en la materia.

2º) Se trata de un derecho esencialmente de configuración legal, siendo la ley la que habrá de concretar su contenido y los presupuestos para su ejercicio con un amplio margen de libertad, y

3º) Su reconocimiento no lleva consigo el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, pudiendo la ley desplegar (en virtud del principio de jerarquía normativa) una virtualidad limitadora sobre el mismo y, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva.

Todo lo dicho permite delimitar el canon de control constitucional aplicable al abordar el enjuiciamiento de cualquier norma laboral. Es claro que no será función del Tribunal Constitucional determinar si las soluciones adoptadas en las normas laborales que se impugnen son las más correctas técnicamente, o si constituyen las más oportunas de entre las distintas alternativas posibles, sino, únicamente, si se ajustan a los mandatos, reglas y principios que la Constitución impone. En otras palabras, el Tribunal Constitucional no podrá interferirse al realizar su control, en el margen de apreciación que le corresponde al legislador democrático, debiendo limitarse a comprobar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación o, por el contrario, entra dentro del referido **margen de configuración legal**.

Y siendo así, tampoco hay que olvidar que tratándose del legislador democrático, la **presunción de constitucionalidad** ocupa un lugar destacado en todo juicio de constitucionalidad, siendo doctrina constitucional reiterada que resulta necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación.



Pues bien, aplicando el canon de control descrito, el Tribunal Constitucional ha rechazado los reproches de inconstitucionalidad que se realizaron a la reforma laboral de 2012, siendo declarado su ajuste constitucional por medio de las ya mentadas SSTC 119/2014 y 8/2015. En concreto, y por lo que se refiere a los aspectos nucleares de la reforma laboral afectantes al derecho a la negociación colectiva, el Tribunal Constitucional ha apreciado que resulta respetuoso con nuestro Texto Fundamental la norma que prevé **la posibilidad de dejar de aplicar temporalmente determinadas condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo**, cuando concurren las causas justificativas previstas legalmente⁸. Tal inaplicación

⁸ El nuevo art. 82. 3 del Estatuto de los Trabajadores dice lo siguiente:
“Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.
Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:
a) Jornada de trabajo.
b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
c) Régimen de trabajo a turnos.
d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
e) Sistema de trabajo y rendimiento.
f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.
g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.
Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.
Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.
La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.
Cuando el período de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El



o “descuelgue” se puede realizar por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, previo desarrollo de un período de consulta, pero no alcanzado ese acuerdo y fracasados los procedimientos de solución negociada, tal desacuerdo entre las partes puede ser dirimido, en última instancia, por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas. Fue precisamente ese sometimiento de la controversia sobre la inaplicación del convenio a un órgano ajeno a las partes la que se cuestionó ante el Tribunal Constitucional, por considerarse, principalmente, que cercenaba

acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

En caso de desacuerdo durante el período de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito”.



el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE). El Tribunal Constitucional ha rechazado tales reproches de inconstitucionalidad sobre la base de que la intervención dirimente de la citada Comisión tiene una *finalidad legítima* (“la medida legislativa cuestionada se dicta en un contexto de grave crisis económica con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna en la empresa como alternativa a la destrucción de empleo o al cese de una actividad productiva, atendiendo, de este modo, a un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE) mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE)), como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE)”), y se trata de una medida, no solo justificada, sino también *razonable y proporcionada*, al constituir un remedio subsidiario y último (“La intervención controvertida de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente constituye un remedio subsidiario que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva o al ejercicio de la libertad sindical. Antes al contrario, opera cuando los diferentes cauces de solución del conflicto previstos en la norma se han mostrado inservibles y, por tanto, como un remedio ante el fracaso de la negociación colectiva, con el único objetivo de evitar una situación de bloqueo entre las partes quede abocada al enquistamiento, con grave peligro para la estabilidad de los puestos de trabajo o, incluso, de la propia viabilidad de la empresa” (STC 8/2015, FJ. 5), encomendado a un órgano de composición tripartita, que tiene legalmente garantizada la independencia e imparcialidad, al estar sujeta a límites causales (conurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas y de producción), materiales (puede afectar en exclusiva a las materias legalmente especificadas), y temporales (su duración como máximo alcanza hasta que un nuevo convenio sea de aplicación en la empresa afectada), y habida cuenta de la existencia



de un control judicial pleno sobre la decisión o laudo arbitral, que alcanza a la concurrencia de las causas y a la adecuación a ellas de las medidas adoptadas, que el propio Tribunal Constitucional reforzó mediante una interpretación conforme (STC 119/2014, Fallo).

Otra de las cuestiones clave de la reforma laboral objeto de impugnación ha sido la de dar **prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto del convenio colectivo sectorial** en determinadas materias⁹, medida que los recurrentes consideraban atentatoria de los derechos de negociación colectiva y libertad sindical.

El Tribunal Constitucional ha negado también la inconstitucionalidad de esa nueva previsión, partiendo de que la *descentralización de la negociación colectiva* constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, sin que se vulnere, con ello, el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los con-

9 El nuevo art. 842 del Estatuto de los Trabajadores dice lo siguiente:

La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”



venios o la libertad sindical. Se parte, una vez más, de la idea de que el derecho a la negociación colectiva es de configuración legal y de que es al legislador al que corresponde ordenar los *resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de los convenios*, pudiendo ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en función de la opción que en cada momento se valore como más conveniente. Por consiguiente, se considera legítimo, desde el punto de vista constitucional, que en el ejercicio de ese derecho de configuración, el legislador haya apreciado la conveniencia de declarar la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los de ámbito superior, como medida de flexibilidad interna y alternativa a la destrucción de empleo, y con el objetivo de posibilitar la adaptación de las condiciones de trabajo a la concreta realidad de cada empresa. Para el Tribunal, “tan legítima resulta desde el punto de vista constitucional la opción legislativa que otorga prioridad a la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa, como aquella otra que considera oportuno dar preferencia aplicativa al convenio de empresa para ajustar las condiciones de trabajo a la concreta realidad y necesidades de la entidad empresarial”, “porque, antes que suponer un límite o condicionante del derecho a la negociación colectiva, no hace sino promover su ejercicio a un diferente nivel. El legislador ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada sobre el resultado de una negociación centralizada, en uno y otro caso, entre los “representantes de los trabajadores” y los empresarios, asumiendo como de mayor validez el criterio de la cercanía del representante a la empresa, sobre el de su lejanía cuando se trata de regular condiciones de trabajo afectantes a determinadas materias” (STC 8/2015, FJ 6).

Como es sabido, también se ha declarado, entre otras cosas, el ajuste constitucional de medidas como: la *fijación de un período de prueba de un año* en el nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, al entender que a pesar de su mayor amplitud, tal medida atendía a la *finalidad legítima* de comprobar la viabilidad económica del puesto de trabajo en un contexto de grave crisis económica,



siendo, además, una medida *razonable y proporcionada*, al ir acompañada de límites, condiciones y garantías legales que evitan el uso abusivo de esa medida por parte de los empresarios; la norma que faculta al empresario a *alterar unilateralmente las condiciones de trabajo* previstas en acuerdos colectivos o pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, al estar dirigida al mantenimiento de los puestos de trabajo a través de la *adaptación de las condiciones de trabajo* a las circunstancias de la empresa, y al ser proporcionada a la vista de los condicionantes y límites a los que se sometía el ejercicio de esa facultad empresarial de modificación; o, en fin, la *nueva regulación del despido colectivo*, al no prescindir la nueva definición de sus causas del elemento de causalidad.

Tras indicar cuál es el canon de control constitucional de las normas laborales, he de efectuar unas breves precisiones sobre **el canon que resulta aplicable en el enjuiciamiento constitucional de las normas de seguridad social**.

Ante todo, hay que señalar que, a diferencia de otros textos fundamentales europeos (como los de Italia y Portugal), la Constitución Española no reconoce la seguridad social o la protección social como un «derecho» del ciudadano sino como una “función del Estado”, al disponer en su art. 41 que los «poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos». Esa flexible formulación impide hablar, como ha advertido reiteradamente el Tribunal Constitucional, de un modelo único de Seguridad Social. Por el contrario, permite afirmar sin ambages, la constitucionalización de **un modelo abierto de Seguridad Social** en el que caben distintas opciones de política legislativa en la materia, y que hace posible la evolución de nuestro sistema de Seguridad Social para la atención de nuevas y futuras realidades sociales¹⁰.

Ese modelo constitucionalmente “abierto” de Seguridad Social hace que el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en esa materia sea de

10 Sobre las previsiones constitucionales en materia de Seguridad Social, vid. por todos, Y. Sánchez Urán Azaña, *Seguridad Social y Constitución*, Ed Civitas, Madrid, 1995.



estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a las circunstancias económicas y a las necesidades sociales a las que haya que dar cobertura. Tal circunstancia condiciona, una vez más, el tipo de control que el Tribunal Constitucional puede efectuar sobre las normas que regulan nuestro sistema de protección social, no pudiendo interferir con **decisiones singularizadas que alteren el equilibrio económico-financiero del conjunto del sistema**, o a través de **juicios de oportunidad política**, pues es al legislador a quien corresponde ponderar, en un contexto de recursos escasos, el alcance de la protección. Por consiguiente, siempre que el legislador respete la garantía institucional del sistema de Seguridad Social prevista en el art. 41 CE (preservando lo elementos que lo hacen reconocible) podrán ser constitucionalmente admisibles distintos planteamientos de la cobertura social, sin que, en todo caso, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos constituya un imperativo jurídico. En definitiva, al igual que ocurre con las normas laborales, no es función del Tribunal Constitucional enjuiciar si la norma de seguridad social impugnada es la más correcta técnicamente, o la más oportuna de entre las distintas alternativas posibles de cobertura social, sino únicamente si es plenamente irrazonable o carente de toda justificación, o, por el contrario, **entra dentro del margen de configuración del legislador**. No cabe duda de que, también en este caso, el enjuiciamiento de la norma de seguridad social habrá de partir de la presunción de constitucionalidad.

Aplicando el canon de control expuesto, el Tribunal ha declarado el ajuste constitucional de la norma que acordó dejar sin efecto la *actualización de la revalorización de las pensiones públicas* en el año 2012¹¹. Ciertamente, partiendo de que nos movemos en una materia

11 El precepto cuestionado esta vez era el art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, que rezaba lo siguiente:

“Se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del art. 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social,



de configuración legal, el Tribunal Constitucional procedió a examinar si el legislador sobrepasó con tal medida el margen de configuración del que goza, en el ejercicio de su libertad de opción. De este modo, a través del análisis del contenido de la norma impugnada en conexión con las leyes de seguridad social que regulan la referida actualización de las pensiones, negó la inconstitucionalidad de la norma impugnada por no suponer ni una retroactividad ni una expropiación de derechos constitucionalmente proscritas, al no existir un derecho consolidado a la referida actualización de la revalorización sino tan solo una «mera expectativa» en los términos que estableciese la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las posibilidades económicas del Sistema de Seguridad Social.

Para el Tribunal, los preceptos cuya aplicación el legislador de urgencia ha dejado sin efecto, no procedían “a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que remiten a la Ley de presupuestos generales del Estado”. “La expresión “de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” supone reconocer –dice el Tribunal– un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5). La remisión que la LGSS y la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la Ley de presupuestos generales del Estado no es,

aprobado por Real decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril”.

Por su parte, el art. 48.1.2 de la LGSS, y en iguales términos el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, dice que “si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior”.



por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta ley habilite la correspondiente partida de gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social” (STC 49/2015, FJ 5).

En síntesis, cabe reiterar que el constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales y de Seguridad Social, ni tampoco restringir la libertad de configuración del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto. En consecuencia, al resolver los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional no podrá interferirse en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático, ni incurrir en apreciaciones que supongan un juicio sobre la oportunidad política de las decisiones adoptadas. Tales ideas se engloban en las pronunciadas recientemente por el Tribunal Constitucional, al abordar el enjuiciamiento de la reforma laboral (FJ 2 de la STC 8/2015), y que ahora me permito utilizar, como cierre de mi intervención, en síntesis de lo expuesto:

*“[D]e la evolución legislativa que ha experimentado el modelo de relaciones laborales a lo largo de estos últimos treinta años, se puede extraer una clara conclusión: cada norma que lo ha modulado representa una **opción legislativa** diferente como **un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento**, respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir su **presunción de constitucionalidad**”.*

EXPERIENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

PANELISTAS

Lic. Pascual Salas Sánchez

Socio Consultor de “Roca Junyent S.L.P.”
Ex presidente del Tribunal Constitucional de España
Ex presidente del Tribunal Supremo
y del Consejo General del Poder Judicial español
Ex presidente del Tribunal de Cuentas

María Emilia Casas Baamonde

Ex Presidenta del Tribunal Constitucional del Reino de España
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Complutense de Madrid

EXPERIENCIA COMO EXPRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DR. PASCUAL SALAS SÁNCHEZ
Socio Consultor de “Roca Junyent S.L.P.”
Ex presidente del Tribunal Constitucional de España
Ex presidente del Tribunal Supremo
y del Consejo General del Poder Judicial español
Ex presidente del Tribunal de Cuentas

LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I.- Introducción

Una de las experiencias más vivas, como miembro del Tribunal Constitucional español y Presidente del mismo, ha sido comprobar que la Constitución tenía un auténtico valor normativo y que, por tanto, trascendía claramente de una naturaleza programática o retórica y sin efectividad directa en la defensa de los derechos y libertades que la misma reconocía. Y es que la realidad de que las Constituciones son normas jurídicas y, además, las normas jurídicas supremas de los correspondientes ordenamientos a las que han de supeditar su validez e interpretación todas las demás, se ha convertido en un lugar común tanto para la doctrina científica como para la jurisprudencia de los respectivos Tribunales. Con ello, se ha puesto fin a la tradición secular

con que las Constituciones fueron entendidas a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX, no solo en España, sino prácticamente también en todo el mundo dotado de textos constitucionales, salvo puntuales excepciones –el ejemplo de la de USA de 1787, art. VI, puede calificarse de paradigmático-. En efecto, la aludida tradición las consideraba como “conjuntos ¿principales”? sin más posibilidad de aplicación efectiva que por medio de leyes de desarrollo de sus principios desde cambiantes perspectivas políticas, y aun esto con destacadas ausencias y omisiones y sin posibilidad de someter a enjuiciamiento jurisdiccional si esos desarrollos se ajustaban o no a los principios constitucionales de los que pretendían derivar.

En la actualidad, las constituciones son consideradas no solo como normas que regulan las instituciones del Estado, definiendo su estructura y competencia, sino también las que configuran el modelo de Estado de Derecho que en su inicio proclaman. Por ello, creo necesario relacionar la normatividad de las Constituciones con los elementos que caracterizan el Estado de Derecho que reconocen.

En España, el art. 1º de la Constitución la configura como “un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, en el que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Por consiguiente, será necesario relacionar la normatividad de la Constitución con este primer mandato y con el contenido del Estado Social y Democrático de Derecho que instituye.



II.- El valor normativo de la Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico y su interpretación.¹

Como se acaba de indicar, la Constitución es una norma jurídica, la norma jurídica suprema de nuestro Ordenamiento a la que han de supeditar su validez e interpretación todas las demás. Pero, como también se ha dicho, no solo es una norma que regula y ordena las instituciones del Estado, definiendo su estructura y competencia, sino también la configuradora del Estado Social y Democrático de Derecho que ella misma proclama en su art. 1º, con todos los elementos que lo integran. Por ello creo necesario relacionar la normatividad de la Constitución con este primer mandato y con todo el contenido del Estado Social y Democrático de Derecho que instituye.

1 Es obligada, por su importancia y significación, la cita del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La Constitución como norma jurídica” primeramente publicada en el Anuario de Derecho Civil, 1979, después incluida en la obra colectiva “La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático”, dirigida por García de Enterría y A. Predieri, Civitas, 1980, y por último publicada por la misma editorial (Civitas) integrando otro trabajo del mismo autor (“La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, publicado con el nº 1 de la Revista Española de Derecho Constitucional 1981), bajo el título de “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional” cuya primera edición es de 1981. Por lo demás son múltiples los trabajos en los que se hace especial hincapié en la naturaleza de norma jurídica que tiene la Constitución. Así. MUÑOZ MACHADO, S., en Constitución, Iustel, 2004, España, p. 125 y sigs. MARTÍN REBOLLO, L. en el “Estudio Preliminar; la Constitución de 1978: elaboración, contenido, significado general e incidencia en el ordenamiento jurídico”, en Constitución Española (Texto y Contexto). Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, España, p. 49 y sigs. ESPÍN TEMPLADO, E., en Derecho Constitucional vol. I, con Luis López Guerra, Joaquín García Murillo (+), Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui, Tirant lo Blanch, 2007, entre otros muchos. El mismo carácter normativo y vinculante de los preceptos constitucionales se recoge en la doctrina del Tribunal Constitucional tempranamente. Así, las SSTC: 9/1981, de 31 de marzo, califica a la Constitución como “la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”; la 21/1981, de 15 de junio, FJ 17, declara que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y ... son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos”; la 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; declara que “conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por la vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados ... están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 CE)”; la STC 80/1982, de 20 de diciembre, a propósito de un recurso de amparo contra Sentencia del TS –la de 8 de abril de 1982 (RJ 1982/1941)- que había declarado que el mandato del artículo 14 CE era “una declaración de principio”, concluye que “La Constitución es nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal”.



Pero previamente, hay que destacar que la naturaleza normativa de la Constitución viene expresada, de modo principal, por su art. 9^a.1 cuando, sin margen alguno para la duda, establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. Parece claro, pues, que somete o vincula a todos los ciudadanos, a todos los poderes públicos –no solo al legislativo– y se integra, como norma que es, en el Ordenamiento jurídico, del cual constituye la norma suprema a la que deben sujetarse todas las demás. Por ello, una de las consecuencias de esa normatividad y de su supremacía es la necesidad de interpretar todo el Ordenamiento de acuerdo con sus mandatos, principios y valores, que despliegan así una parte esencial de su naturaleza normativa y que claramente trascienden de principios retóricos o programáticos.

Acreditan, también, esta naturaleza de norma jurídica múltiples preceptos constitucionales, comenzando por su Disposición derogatoria, ap. 3, cuando establece que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, y siguiendo por todas aquellas que permiten su aplicación directa, sin necesidad de intermediación legislativa alguna, como ocurre con los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1^a del Capítulo II del Título I (art.53.1); o cuando señala la organización y competencias de órganos constitucionales, como el Tribunal Constitucional (art. 161.1); o la de los Jueces para plantear ante este último cuestiones de inconstitucionalidad (art. 163), entre muchas más.

Aunque es cierto que el grado de vinculación para poderes públicos y ciudadanos no es uniforme –como lo prueba la mera lectura de los tres apartados del art. 53 de la Constitución–, no puede olvidarse que la normatividad del texto fundamental se predica de todos y cada uno de sus preceptos, cualquiera que sea el tipo de norma que se considere, es decir, tanto si se trata de reglas de directa aplicación como si se está ante valores, principios o mandatos dirigidos al poder legislativo o a los distintos poderes públicos, pues inclusive estos principios, aun cuando no generen “per se” derechos subjetivos,



pueden operar como parámetros de constitucionalidad de las leyes que los vehiculen.

A) La interpretación de la Constitución²

La posición de la Constitución dentro del conjunto normativo que constituye el ordenamiento jurídico, como derivada directamente del poder constituyente, es la de ser norma primaria o norma superior a la que, como he destacado varias veces, se encuentran supeditadas todas las demás. Esta jerarquía normativa alumbró dos importantes consecuencias: la primera, la de necesitar un claro sistema de determinación de la constitucionalidad de las restantes normas integrantes de ese ordenamiento al que la Constitución pertenece, sistema que se concreta en el de justicia constitucional concentrada mediante la instauración de los Tribunales Constitucionales, como la vigente Constitución hace en los artículos 159 a 165, preceptos estos de aplicación directa, con independencia de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 2/ 1979, de 3 de octubre, que completa la regulación. La segunda consecuencia es la de servir de parámetro de constitucionalidad para el resto normativo del ordenamiento o, lo que es lo mismo, la necesidad de que todo ese conjunto sea interpretado de acuerdo con la Constitución y, en primer lugar, de acuerdo con los valores que consagra, recogidos puntualmente tanto en el art. 1º -libertad, justicia, igualdad y pluralismo político- como en el art. 10.1 al señalar que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Igualmente, la enumeración de los derechos fundamentales y libertades públicas especialmente protegidos (art. 53.2 CE), cuya aplicación es

2 Vid., mi trabajo “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, en Revista Española de Control Externo, Enero 2014, nº 46, pp. 11 a 122, concretamente en p. 42 y sigs.



directa, esto es, sin necesidad de intermediación legislativa aunque esta pueda completar su aplicación –nunca contradecirla ni disminuirla–, integra valores que han de inspirar también al resto del ordenamiento jurídico, como también han de hacerlo los principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica, de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que con puntual precisión enumera el art. 9.3 CE.

La interpretación de la Constitución, en principio, se enmarca en la interpretación jurídica, puesto que, como se acaba de ver, la Constitución es una norma jurídica, la suprema de nuestro Ordenamiento. Más concretamente interpretación constitucional, en supuestos de controversia jurisdiccional, será la actividad desarrollada por el Juez para determinar, en virtud de un razonamiento jurídico, el sentido de una norma constitucional, cuyo controvertido significado es el objeto del propio litigio mantenido por las partes ante aquel.

A la interpretación constitucional son aplicables, pues, los criterios básicos que son propios de toda interpretación de normas y que, en una completa y resumida enumeración, determina el artículo 3º del Código Civil cuando establece que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Se contienen aquí los tradicionalmente considerados criterios básicos de interpretación de las normas, a saber: la interpretación literal o gramatical; la interpretación sistemática; la referida a la *mens legislatoris*, o de la *ratio legis* o “interpretación original”; la evolutiva o adaptativa, a fin de evitar la obsolescencia y, por último, la interpretación funcional o teleológica.

No es necesario –porque sería excesivo– hacer ahora una glosa de la aplicación en las Sentencias del Tribunal Constitucional –que es, enseguida se dirá, el supremo intérprete de la Constitución– de los



critérios que intervienen en el proceso de interpretación jurídica, pero sí es preciso destacar la importancia de atender a todo el contexto en que se sitúa la norma constitucional a interpretar. La interconexión de los ordenamientos jurídicos, y en materia de derechos fundamentales la llamada “interconexión orgánica y finalista” de los mismos, ha determinado que la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados y que, por la conexión de principios con derechos fundamentales, pueda verse ampliada la protección de los primeros³. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene sentado que es obligado considerar la Constitución “como un todo sistemático exente de contradicciones lógicas” (STC 278/1993, de 23 de septiembre), en que cada precepto encuentra su pleno valor y sentido en función del conjunto y, por tanto, “valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática” (STC 113/2004, de 12 de julio). Importancia la expuesta que permitirá, conforme posteriormente se reiterará, la conexión entre derechos fundamentales, o entre principios y derechos fundamentales, al objeto de lograr para éstos la protección reforzada que recoge el artículo 53.2 de la Constitución. También es destacable la apertura de la jurisprudencia constitucional al criterio evolutivo, que permite una adaptación de los preceptos constitucionales a la realidad social sin necesidad de modificar la Constitución, dentro, como es lógico, de los límites impuestos por la realidad normativa de esta, es decir, sin contrariar su clara y consolidada interpretación. Como paradigma de este tipo de interpretación, referido al derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), puede citarse la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil, para permitir el matrimonio entre personas del

3 Vid. MARTÍN RETORRILLO, L.: “La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho” *Cuadernos Civitas*, 2004. Vid. también PÉREZ LUÑO, A. E., en “Dogmática de los derechos fundamentales y transformación del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad constitucional*, UNED, R. Areces ed., nº 20, 2º semestre de 2017, págs. 495 y sigs.



mismo sexo. Dentro, incluso, de la interpretación sistemática podría comprenderse la necesidad para el intérprete de tener en cuenta las relaciones existentes entre las distintas y múltiples fuentes normativas que, con la Constitución en primer lugar, integran el Ordenamiento jurídico, interconexión la expresada que, a su vez, es resultado de la interconexión y globalización de la propia sociedad.

B) El Tribunal Constitucional como intérprete de la Constitución

El artículo 1º de su Ley Orgánica –Ley 2/1979, de 3 de octubre– define al Tribunal Constitucional como interprete supremo de la Constitución y así se desprende implícitamente de su regulación en el Título IX de la Constitución –arts. 159 a 169, inclusive– cuando lo configura como un órgano constitucional independiente de los demás órganos constitucionales, con un “status” organizativo y competencial regulado en la propia Constitución⁴ como un auténtico órgano jurisdiccional que desempeña una función material de esa naturaleza, aun cuando sus resoluciones aborden cuestiones de claro matiz político, pero que resuelve con estrictos criterios jurídico-constitucionales⁵.

4 Vid., por todos, GARCÍA PELAYO, M.: “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981.

5 La STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, a este respecto, declara: “que en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo”. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Acerca de la naturaleza material y sustantiva de la justicia constitucional. Vid. también PÉREZ TREMPES, P.: Escritos sobre justicia constitucional, Ed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005. Sobre el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, vid. también PÉREZ TREMPES, P.: Sistema de Justicia Constitucional, Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 22 y sigs. Vid. igualmente mi trabajo “La garantía constitucional”, cit. p. 45.



Es intérprete supremo de la Constitución, solamente sometido a ella y a su Ley Orgánica (art. 1º 1 LOTC), pero no el intérprete único de la misma. En cuanto están sometidos a la Constitución, según antes se ha visto al destacar el significado de su normatividad, todos los poderes públicos (art. 9º 1), es obvio que todos han de realizar en su actuación una labor interpretativa del texto constitucional. Incluso el poder legislativo, en el ámbito de su producción normativa, ha de realizar una interpretación de la Constitución para desarrollar aquella de acuerdo con ésta. Lo que no puede hacer es, suplantando al Tribunal Constitucional, dictar leyes con función exclusivamente interpretativa y vinculante de la Constitución (STC 76/1983, de 5 de agosto, LOAPA), ya que, si así lo hiciera, ello supondría que “el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional” (FJ 7º). Los jueces ordinarios, por otra parte, están particularmente concernidos a la hora de realizar una interpretación constitucional, hasta el punto de poder ser calificados también de jueces de la Constitución y no sólo porque pueden –y deben– plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (art. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ), sino porque, dada la naturaleza normativa de ésta y como se ha ya anticipado, pueden considerar derogadas por la Constitución las normas con rango de Ley (Disposición derogatoria) preconstitucionales y porque, por considerar las de rango inferior contrarias a la Constitución, han de inaplicar los reglamentos (art. 6 LOPJ) o incluso, si se trata de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, [(arts. 1º, 25.1, 26, 27, 70.2, 71.1.a) y concordantes LJCA)], anularlos si se opusieran a la Constitución o, en general, si no fueran conformes a Derecho. Todo ello aparte de que la tutela de los derechos fundamentales se confía por la Constitución, preferentemente, a la jurisdicción ordinaria y subsidiariamente, esto es, cuando aquella no hubiere otorgado con caracteres de plenitud esa tutela, al Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 53.2 CE y en los de los artículos 43 y 44



LOTIC, en cuanto exigen estos el agotamiento de la vía judicial procedente para tramitar el recurso de amparo.

Por eso ha podido llamarse acertadamente a los jueces ordinarios “jueces naturales” respecto de la tutela de los derechos fundamentales. Y todo ello, además, de que el propio artículo 5º.1 LOPJ impone a los jueces y Tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y los reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional en toda clase de procesos”⁶.

Es también necesario tener presente, a efectos de esta consideración del Tribunal Constitucional como “supremo intérprete de la Constitución” y de su supremacía e independencia en esa tarea, que le corresponde en exclusiva la delimitación del ámbito de su jurisdicción, hasta el punto de poder adoptar “cuantas medidas sean necesarias para preservarla”, con inclusión de “la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben” y sin que sus resoluciones puedan ser “enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado” (art. 4º 1 y 2 LOTIC, reformado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo).

Para cerrar, aunque sea someramente, el estudio del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, es preciso traer a colación la función de interpretar las leyes favoreciendo su constitucionalidad y restringiendo, en lo posible, declaraciones que las sitúen contra la misma. Es esta una función que compete también a los tribunales ordinarios en los términos que explicita el art. 163 CE cuando les atribuye la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad solo si consideran, “en algún proceso, que una norma con rango de ley,

6 Vid. Al respecto, LOPEZ GUERRA, L.: “Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción constitucional”, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1997. También PEREZ TREMS, P. “Sistema de justicia constitucional” cit., págs. 151 y sigs. y 159 y sigs. sobre la labor del TC en la llamada “constitucionalización” del ordenamiento. Igualmente MEDINA GUERRERO, M.: “Comentario al artículo 1º LOTIC”, en la obra colectiva “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, coordinada por REQUEJO PAGÉS, J.L., ed. Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001, esp. Págs. 77 y sigs.



aplicable al caso (y) de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución" (también arts. 5º.2 LOPJ y 35.1 LOTC). Naturalmente que esta función se desenvuelve con normalidad cuando su práctica no traspasa las reglas clásicas de la interpretación, tal y como las enuncia, como ya se ha dicho, el art. 3º.1 del Código civil. El problema surge cuando se está en presencia de sentencias manipulativas, es decir, aquellas en que el tribunal añade o restringe el contenido de regulación legal en términos no contemplados por el legislador. Esta interpretación puede defenderse, cuando se trata del Tribunal Constitucional, en situaciones que podrían calificarse de extremas, porque si tiene la facultad de anular las leyes que estime contrarias a la Constitución (legislador negativo), puede reconocérsele, en casos aislados en que la anulación de la ley podría producir efectos jurídicos indeseados e incluso contrarios a valores y principios constitucionales, la de interpretarlas ampliando o restringiendo su contenido normativo. No puede reconocerse a los tribunales ordinarios esta extensión interpretativa porque carecen de la competencia para inaplicar o anular las leyes que estimen contrarias a la Constitución.

III. La normatividad de la Constitución en la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho

A) Los principios vertebradores de la fórmula constitucional

El valor normativo de toda la Constitución y, por ende, y del modo principal, de la declaración contenida en su art. 1º.1, supone dársele también a los elementos esenciales que definen el Estado Social y Democrático de Derecho que proclama.

Por consiguiente, respecto del Estado Democrático de Derecho, su característica esencial y elemento vertebrador es, junto al pluralismo político y esencialmente a la democracia representativa, la defensa y garantía de la libertad y dignidad del ser humano, de los derechos y libertades fundamentales, como claramente expresa el art. 10.1 CE y resulta igual-



mente de la obligación de todos los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y [de] facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” art. 9º 2, CE. Únanse a ello los presupuestos de imperio de la ley como genuina expresión de la voluntad popular; la división y distribución de poderes -de forma que, a través de frenos y contrapesos (checks and balances), esto es, mediante una recíproca limitación de los poderes por los órganos que los encarnan, se garantice el equilibrio político e institucional que dé como producto la libertad-; la legalidad de la actuación de las administraciones y los poderes públicos como único principio capaz de legitimar sus intervenciones no solo en la esfera de la libertad y de los derechos individuales, sino también en todos ámbitos que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos; y, por último, la garantía de los derechos, mediante el necesario control judicial independiente, última pieza de cierre del sistema que, con la sencillez y al mismo tiempo la solemnidad de los acontecimientos históricos, expresó el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que aprobara la Asamblea Nacional Francesa la noche del 26 de agosto de 1789 (“Toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada ni determinada la división de poderes, no tienen Constitución”) y que la Constitución reconoce expresamente en sus arts. 24.1 y 117⁷.

En cuanto al Estado Social de Derecho⁸, su nota principal es el estar dirigido a la satisfacción de derechos económicos y sociales a la

7 Por su carácter simbólico y lo completo de la exposición pese a la época en que se publicó, vid. Elías Díaz, “Estado de Derecho y Sociedad Democrática”, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid 1966.

8 Aparte de múltiples y valiosas publicaciones sobre el tema, pueden citarse los estudios de García Pelayo, M. “El Estado Social y democrático de Derecho en la Constitución española”; en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, obras completas, t. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Vid. También Garrorena Morales, A. “El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho”, Tecnos, Madrid, 1992 y Aragón Reyes, M. “Libertades económicas Estado Social”, McGraw-Hill, Madrid, 1995.



consecución de los valores de la igualdad y la solidaridad mediante políticas activas de recaudación y de gasto, del Estado y del resto de los poderes públicos, para la consecución de mínimos de bienestar en las clases sociales más desfavorecidas y para disminuir la desigualdad social. El Estado social de Derecho presupone, lógicamente, el Estado de Derecho, no lo modifica ni lo transforma, sino que le añade los fines indicados. Y, desde luego, el de reducir la desigualdad social como prevalente.

Las nuevas tendencias liberalizadoras de la economía no han dado al traste con el Estado social ni en el ámbito local, ni en el autonómico, ni en el Estatal, ni en el marco jurídico europeo⁹, máxime cuando se ha evolucionado del Estado prestador directo de servicios públicos al Estado “regulador” y “garante”, que asegura su efectividad¹⁰, y cuando la colaboración público privada en la gestión de servicios, con el necesario control de la Administración, es un hecho generalizado¹¹.

B) El valor normativo del reconocimiento constitucional de los derechos y principios económicos y sociales¹²

La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama en su mismo inicio la Constitución (art. 1º 1), como se ha razonado con anterioridad, tiene valor normativo, incluso con un con-

9 Vid. Sobre el tema, Sala Sánchez, P. “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, en *Revista Española de Control Externo*, nº 46, 2014, España, p. 21 y sigs. Con toda la bibliografía allí reseñada.

10 Vid. Muñoz Machado, S. “Hacia un nuevo Derecho Administrativo”, en la obra *El Derecho Público de la Crisis Económica*, coordinado por Blasco Esteve, A. INAP, Madrid, 2011, págs. 191 y sigs.

11 Vid. “El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada (Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica)” de José Mª Gimeno Feliu, Pascual Sala Sánchez y Gonzalo Quintero Olivares, *Cambra de Comerç de Barcelona*, mayo de 2017. Vid. Igualmente “Servicios públicos e ideología (el interés general en juego)” de Francisco Caamaño, José María Gimeno Feliu, Gonzalo Quintero Olivares y Pascual Sala Sánchez, con prólogo de José Luis Bonet, *Profit Editorial I, S.L.*, octubre 2017.

12 Vid. Sala, P. “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales...”, cit., p. 50 y sigs.

tenido esencial que es imposible desconocer y con la salvaguarda de que solo podría revisarse, como perteneciente su Título Preliminar, por el procedimiento riguroso que regula el art. 168 CE.

Los principios rectores de la política social y económica forman parte de un título –el I– de la Constitución que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales». Podría pensarse que todo su contenido tenía ese valor de derecho o deber «fundamental». Inclusive en el Capítulo I («De los españoles y los extranjeros»), que no regula propiamente derechos, sino condiciones para su ejercicio, se reconocen auténticos derechos subjetivos, que son, por tanto, derechos constitucionales (vgr. el derecho de asilo para ciudadanos de otros países y apátridas, artículo 13.4)¹³. La Constitución distingue los derechos fundamentales no con un criterio material ni sistemático, sino en función de la protección que les asegura¹⁴.

Así, los derechos fundamentales y libertades públicas (rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo II), a más del principio de igualdad y la objeción de conciencia, tienen la máxima protección que la Constitución reconoce (art. 53.2, amparo ante la jurisdicción ordinaria y subsidiariamente ante la constitucional); los derechos y deberes de los ciudadanos (rúbrica de la Sección 2.ª del mencionado capítulo) tienen como garantía expresa, y en unión de los con-signados en la Sección anterior, la de vincular a todos los poderes públicos y la que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, se podrá regular su ejercicio (art. 53.1). Los llamados por el Capítulo III «principios rectores de la política social y económica», según el apartado 3 del mismo precepto, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

13 Vid. PÉREZ TREMP, P.: «Los derechos fundamentales», en Derecho Constitucional, vol. I, cit, pág. 145.

14 Vid. Lucas Morillo de la Cueva, P.: “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en la obra La aplicación jurisdiccional de la Constitución, edición a cargo de Gerardo Ruiz-Rico, CGPJ, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 113 y sigs.



Aparte la incorrección que supone decir que estos principios sólo pueden ser invocados ante los Tribunales en los términos que establezcan las correspondientes leyes de desarrollo –invocados o alegados siempre podrán serlo, como cualesquiera otros preceptos constitucionales, vgr. a efectos interpretativos– lo que el precepto quiere señalar es que estos principios, por sí mismos, no generan derechos subjetivos actuables ante los Tribunales, sino que estos surgirán de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo. Tampoco quiere esto decir que el valor de tales principios sólo sea programático o retórico. Lo impide su valor normativo susceptible de determinar, como ya se dijo, incluso la institucionalidad de una Ley. Piénsese en una Ley que suprimiera el mantenimiento, en régimen público, de la Seguridad Social. Sería claramente inconstitucional por oposición frontal al artículo 41 de la Constitución.

Por otra parte, estos principios, junto con los demás integrantes de lo que viene denominándose «Constitución Económica», configuran el contenido del Estado Social de Derecho que proclama la Constitución y que en absoluto puede entenderse vacío, privado de efectividad o deferido a la discrecionalidad del legislador. En definitiva, si la normatividad de estos principios está fuera de toda duda y si la eficacia informadora que expresamente les reconoce el artículo 53.3 afecta a la legislación positiva, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos, es patente que dichos principios trascienden claramente la consideración de normas pro-gramáticas y se constituyen en sustrato necesario para alumbrar auténticos derechos subjetivos ejercitables por los ciudadanos. La condición de que hayan de ser alegados de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo no les priva de su condición de auténticos derechos (como tales los enuncia la propia Constitución en los artículos 43 –derecho a la protección de la salud–, 45 –derecho a un medio ambiente adecuado–, 47 –derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada–). Sería un verdadero absurdo que la Constitución considerara la educación como un derecho, fundamental en este caso como perteneciente a la sección 1ª del Capítulo 2º, y no lo hiciera, ni

siquiera para considerarlo derecho, respecto del derecho a la protección de la salud por estar éste ubicado en Capítulo diferente¹⁵. Además, la realidad de que no sólo estos principios rectores, sino los derechos fundamentales de prestación e incluso los derechos de libertad propiamente dichos (libertad personal, libertad ideológica, de expresión, de reunión, de asociación, etc.) se encuentran desarrollados legislativamente, conduce a la conclusión de que, aun cuando los derechos consignados en las Secciones 1ª y 2.ª del tan repetido Capítulo II del Título I podrían actuarse jurisdiccionalmente aunque no hubieran tenido intermediación legislativa, como la han recibido efectivamente, serán alegados ante la justicia junto con las leyes correspondientes, inclusive para impugnar su adecuación a la Constitución si estas leyes se separaran del contenido esencial que hace reconocible el derecho o desconocieran los específicos mandatos del texto constitucional que hicieran referencia al derecho fundamental de que se tratara, mediante la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el proceso ante la jurisdicción ordinaria en que estuviera ventilándose la pretensión del afectado –solicitud que no podría recibir una respuesta judicial inmotivada o incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, porque entonces supondría el desconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)– o en virtud de la inaplicación de la norma de desarrollo si tuviera rango inferior a la Ley (art. 6 LOPJ) o incluso de su impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en tal caso (art. 1.º de la Ley de esta jurisdicción [(SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15 a); 35/2002, de 14 de febrero, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8 y 58/2004, de 19 de abril, FFJJ 8 y11]).

Prácticamente lo mismo cabría decir de los derechos desarrollados legislativamente desde esos, a su vez, «derechos» reconocidos en el Capítulo III, o desde los principios y mandatos al legislador que en él se

15 Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «Protección y eficacia de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 1167 y sigs.



contienen. Sostener que su actuación ante la jurisdicción supondría la aceptación inconvencional de los términos en que el legislador ordinario los hubiera configurado, significaría negar normatividad a los «derechos», principios y mandatos de que dimanaran las leyes de desarrollo y, consiguientemente, impedir que pudiera aducirse, en defensa del derecho así configurado legalmente, contradicción de las indicadas leyes con la Constitución. Algo que no tendría otro entendimiento que, en contra de cuanto se lleva razonado, admitir que tales principios eran pura retórica programática.

Pero es que hay más. Aparte de que tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional han declarado que los preceptos integrados en el Capítulo III del Título I de la Constitución, con independencia de su formulación más o menos abierta, «enuncian proposiciones vinculantes en los términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución» (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, y SSTs de 25 de abril de 1989) (RJ1989/3233) y de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002/4826), es posible articular la existencia de verdaderos derechos subjetivos derivados de los específicamente llamados «derechos» en el mencionado Capítulo –antes ya se hizo referencia a ellos– y de los principios y mandatos que el mismo establece, si se parte de que existen obligaciones jurídicas de medios y obligaciones jurídicas de resultado. Ambas pueden sustentar un derecho subjetivo por cuanto pueden determinar la presencia de un obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cuando la Constitución reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47), o el derecho a la protección a la salud (art. 43), parece claro que no se está refiriendo al derecho a tener en propiedad una vivienda en concreto o al de estar sano en cualquier circunstancia. Estos derechos, pues, no comprenden obligaciones de resultado, sino de actividad o, lo que es lo mismo, de arbitrar los medios para, en el primer caso, establecer las condiciones necesarias y las normas pertinentes que lo hagan efectivo, «regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación» (art. 47) y, en el segundo, para «organizar y



tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y ser-vicios necesarios» (art. 43.2CE)¹⁶.

V.- Epilogo.

La normatividad de la Constitución, conectada con el Estado Social y Democrático de Derecho que la misma establece, ofrece a los españoles un contenido real, no meramente programático, susceptible de activar, por sí mismo, derechos económicos y sociales indispensables para la consolidación del Estado de Bienestar dentro de un marco auténticamente democrático.

Es cierto que esa normatividad, como he procurado poner de relieve en la exposición que precede, no opera por igual respecto de lo que son mandatos directos a los poderes públicos y lo que son valores y principios necesitados de intermediación legislativa para poder ser hechos valer directamente por la ciudadanía ante los tribunales. Pero no lo es menos que todos esos valores y principios han sido objeto de desarrollo legal, y tanto si son derechos fundamentales y libertades públicas objeto de protección máxima, como si son derechos y libertades con contenido esencial, de obligado respeto por todos los poderes públicos y solo regulables por ley o principios rectores de la política social y económica, siempre serán alegados con fundamento en la ley que los haya desarrollado, a no ser que esa ley, en vez de facilitar su efectividad, los hubiere restringido o incluso suprimido.

Sobre las posibles restricciones de esa normatividad constitucional en materia de Estado Social, por consecuencia de la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria y de la aplicación del Derecho de la Unión Europea vía art 93 CE, ha de señalarse que el meritado principio, que

16 Vid. al respecto, PONCE SOLÉ, J.: El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2013, págs. 32 y sigs. I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales.



hoy recoge el modificado art. 135 CE tras de su aceleradísima reforma -fue anterior incluso al Tratado Europeo de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de Marzo de 2012 que lo exigía- y la Ley Orgánica 2/2012, de 20 de Abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, no impone ningún orden de preferencias en las restricciones del gasto que pueda representar. De ahí que su posible influencia negativa en el sostenimiento del Estado Social de Derecho que consagra nuestra Constitución, aunque la admite la Exposición de Motivos del acuerdo de modificación constitucional acabado de citar, no deba considerarse como inevitable y menos aun cuando el Derecho Europeo, al que se atribuye la necesidad de su incorporación, lo entiende perfectamente compatible con los principios de progreso social que incorporan tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Tits. III "Igualdad" y IV "Solidaridad"), como los Tratados de la Unión Europea (arts. 2º y 3º.3) y de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 9º y 14º), versiones consolidadas por el Tratado de Lisboa de 2007. Lo único que incorporan el precepto constitucional citado y las normas europeas acabadas de reseñar es el principio de optimización del gasto y de proscripción del despilfarro, antesala de la corrupción cuando no la corrupción misma. Para que afectaran restrictivamente al contenido del Estado Social habría que motivar que previamente se habían restringido o anulado gastos no esenciales para la convivencia ciudadana y para el necesario desarrollo social.

En definitiva, que la Constitución de 1978 no sea retórica o programática y, por el contrario, que tenga un indudable valor normativo, no hace otra cosa que respaldar su pervivencia y continuidad, naturalmente sin perjuicio de la necesidad, apuntada antes, de cierre del tema de la regulación de la distribución territorial del poder en el solo hasta ahora diseñado Estado de las Autonomías, de reconocimiento de las singularidades identitarias que efectiva e históricamente constituyen una realidad y no un capricho de imitación más o menos fundado y de concreción de las mismas en el ámbito competencial de los correspondientes Estatutos.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY Y ALGUNA REFLEXIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO

DRA. MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Ex presidente del Tribunal Constitucional del Reino de España
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad Complutense de Madrid

Más de doscientos años después de la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Marbury v. Madison* (1 de febrero de 1803), resulta conveniente reflexionar sobre los problemas del control de la ley.

Es sabido que los Tribunales Constitucionales nacieron en un determinado contexto histórico, en unas circunstancias en las que era necesaria una solución nueva para una situación inédita en el continente europeo: la eficacia normativa de unas constituciones que en el pasado no sujetaban al legislador. Es sabido también que la evolución del modelo (la superación del modelo kelseniano) hará extensiva la sujeción del legislador a todos los poderes del Estado.

Un siglo después, los tribunales constitucionales europeos –y de otras realidades geográficas– han hecho posible que la normatividad de la Constitución sea hoy un hecho indiscutible. Buena parte de su papel histórico estaría, por consiguiente, en cierto sentido ya

cumplido. Sin embargo, es preciso reivindicar la continuidad de esta institución y de la excepcional naturaleza de su función. Entendida esta naturaleza, obviamente, en un sentido en todo acorde con las necesidades del presente y del futuro y con su función de garante de la Constitución.

Ciertamente, el carácter “suprainstitucional” de la jurisdicción constitucional está en el origen de los debates, antiguos y renovados, sobre la legitimidad de su existencia, de sus atribuciones, de su composición y de sus pronunciamientos sobre la interpretación de la Constitución y la determinación del contenido de los preceptos constitucionales y de la constitucionalidad de las normas con rango de ley a ella subordinadas y sometidas. Pero así es en lo que se refiere al control constitucional de la ley, expresión de la voluntad popular, del legislador constituido y democrático y de los demás poderes del Estado, porque la Constitución así lo ha decidido, siguiendo con ello lo que es común en los modelos constitucionales de distintos países.

En los sistemas constitucionales de corte continental no faltan razones para seguir defendiendo, tanto los privilegios jurisdiccionales de las leyes enjuiciadas por un órgano que tiene el monopolio de rechazo de la ley, como, en otro orden de cosas, la existencia del mecanismo de garantía de los derechos fundamentales, añadido al que ya de por sí representa la existencia de la jurisdicción ordinaria que supone la jurisdicción constitucional de amparo.

La extracción profesional de los magistrados constitucionales y su designación por parte de los órganos que disfrutaban de una legitimación democrática directa por una mayoría cualificada de tres quintos, que como siempre dijo el presidente Tomás y Valiente debería servir para renovar el consenso constitucional, prestan una legitimidad reforzada al juicio sobre la ley. La defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, que ciertamente ocupan un lugar privilegiado en la Constitución, efectuada en primer término por los jueces y tribunales ordinarios, ha de corresponder al Tribunal Constitucional, en ejercicio de su jurisdicción de amparo,



cuando su vulneración tenga trascendencia constitucional. Al Tribunal Constitucional compete, irrenunciablemente, la definición de su contenido esencial.

El sistema de derechos y libertades públicas posee una dimensión colectiva en cuanto ingrediente esencial de la democracia y del Estado social de Derecho que nuestra Constitución configura, sin el que quedarían absolutamente falseados nuestro modelo de Estado y nuestra sociedad.

Recordaré, para comenzar, que la defensa jurídica de la Constitución a través de la jurisdicción constitucional se dirige a velar por la supremacía normativa de la Constitución, para que las normas elaboradas por el legislador y la actuación de los demás poderes públicos, y no solo de aquel, no las contradigan. No hará falta que me extienda en subrayar la absoluta relevancia de tal tarea o función de garantía en un sistema constitucional que corresponde a un Tribunal Constitucional: preservar la Constitución en su letra y en su espíritu, haciendo de ella la realidad viva que ha de ser toda norma fundamentadora de la convivencia pacífica organizada en un Estado, garantizando su cumplimiento en todo momento.

La supremacía de decisión e interpretación de la Constitución que en exclusiva corresponde al Tribunal Constitucional, como dispone el artículo 164 de la Constitución y recoge el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial, es expresión de la supremacía de la Constitución. La lógica del sistema constitucional conduce a que al Tribunal Constitucional corresponda “custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos” y, desde luego, del legislador, “los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel” (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4).

Pero ¿cómo se ejerce el control constitucional de la ley? ¿Cómo se enjuicia la actuación del legislador democrático? La cuestión de la libertad del legislador democrático y los límites de la jurisdicción cons-



titucional no está exenta de problemas sobre los que reflexionaré al margen de su tratamiento procesal, esto es, de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículos 27 a 40): los recursos de inconstitucionalidad promovidos por órganos políticos (el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores frente a los Estatutos de Autonomía y demás leyes del Estado, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley, tratados internacionales y reglamentos de las cámaras y de las cortes generales; y los órganos colegiados ejecutivos y los parlamentos de las Comunidades Autónomas contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su autonomía) y las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por órganos judiciales frente a normas con rango de ley en el concreto proceso del que estén conociendo.

Únicamente será necesario precisar que el canon de constitucionalidad que ha de utilizar el Tribunal Constitucional para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, viene constituido obviamente por la Constitución, pero además por las leyes que dentro del marco constitucional se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, esto es, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas (artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), que constituyen el que se ha denominado “bloque de la constitucionalidad”. Bloque de la constitucionalidad del que no se sigue un concepto material, y no formal, de la Constitución. ¿no?

La confrontación de la ley democrática con la Constitución exige de los tribunales constitucionales una tarea de interpretación de las normas constitucionales, generalmente dotadas de mandatos abiertos, ambiguos con frecuencia, y, por ello, no exenta de problemas puestos de manifiesto por la teoría de la interpretación de la Constitución.

El presidente Tomás y Valiente acertó a expresar la razón de esta dificultad interpretativa con su particular tino: “La Constitución es obra



de muy inteligentes juristas, es una excelente constitución, y lo que en ella resulta oscuro, las más veces no es por incompetencia o torpeza técnica de quienes la escribieron, sino porque eran oscuros y difíciles los problemas respecto de los cuales estaban comprometidos a consensuar sus respectivas voluntades. Cuando personas que piensan de modo muy diferente acerca de determinadas realidades políticas se comprometen a escribir textos normativos acerca de esas mismas realidades, inexorablemente tienen que emplear un lenguaje ambiguo, porque solo en la ambigüedad cabe el consenso de quienes sostienen posturas ideológicas, políticas y jurídicas a veces contrapuestas. Esa ambigüedad [...] tenía que ser interpretada por algún poder dotado de fuerza vinculante, y ese poder u órgano constitucional del Estado ha sido el Tribunal Constitucional, que para eso, entre otras cosas, existen los tribunales constitucionales allí donde existen y particularmente aquí” (*Balance de diez años de jurisprudencia constitucional, Obras Completas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, V, págs. 4245 y ss.*).

El Tribunal Constitucional señaló, ya en sus primeras sentencias, que la “Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo” (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, después reiterada en numerosas decisiones). La Constitución, como marco normativo, dirá el Tribunal Constitucional, “suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. [...] El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de



tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional” (STC 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 2).

Desde luego, el Tribunal Constitucional no valora la conveniencia de la ley, ni su calidad, ni otras alternativas u opciones posibles a la ley ante él cuestionada dentro del marco constitucional, sino que limita su enjuiciamiento al encuadramiento constitucional de la ley con criterios estrictamente jurídicos. De modo que cuando desestima la impugnación constitucional de la ley afirma “nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6).

El ámbito de libertad del legislador es amplio; su límite, como el del propio Tribunal Constitucional, es su reforma. La Constitución española –lo ha dicho también el Tribunal Constitucional–, “a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma de ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento”. Pero la Constitución obliga a todos, en tanto no se reforme: “Ciertamente, la Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales [...] que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su Título X. Esto, sentado desde el respeto a esos principios, [...] cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7).

La reciente Sentencia 90/2017, de 5 de junio, en relación con la disposición adicional cuadragésima y diversas partidas presupuestarias



de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2017, lo ha vuelto afirmar con claridad meridiana, con cita de decisiones anteriores: “El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento del orden constitucional vigente, incluida la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía, es desde luego factible en nuestro Ordenamiento, “toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución... siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales, no hay límites materiales a la revisión constitucional” (STC 103/2008, FJ 4). Hasta este punto, es cierta la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo. En este sentido, hemos de reiterar que la Constitución depara la más amplia libertad para la exposición y defensa pública de cualesquiera concepciones ideológicas, incluyendo las que “pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica” (STC 259/2015, FJ 7). Pero el respeto a los procedimientos de reforma constitucional, como ya dijimos en la STC 103/2008, “es, siempre y en todo caso, inexcusable”, de forma tal que “tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia en la práctica” (FJ 4; en el mismo sentido SSTC 138/2015, de 11 de junio, FJ 4, y 259/2015, FJ 7).

Con estos límites, la presunción de constitucionalidad de la ley enlaza inmediatamente con la condición del legislador como representante de la voluntad popular, presunción de constitucionalidad que la jurisdicción constitucional respeta.



El control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley –la interpretación de la constitucionalidad de la ley– ha estado presidida, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, por el principio de conservación de la obra del legislador (técnica de interpretación de conformidad o conforme a la Constitución), siempre que, obviamente, esa conservación sea posible sin desnaturalizar el recto sentido de los preceptos enjuiciados, y por el respeto a la función constitucional del legislador democrático y a su amplia libertad de configuración política en los márgenes de las determinaciones de la propia Constitución.

El control de la ley lo ejerce el Tribunal Constitucional a través de los métodos propios de actuación de la jurisdicción constitucional, pese a las diferencias de modelos de justicia constitucional existentes. El Tribunal Constitucional español ejerce una función, inequívocamente jurisdiccional, a la que textualmente se refiere el artículo 161.1 de la Constitución, siendo el modelo español de control sucesivo de la ley promulgada, incluso si ha sido refrendada; a excepción de los tratados internacionales, respecto de los que la Constitución española prevé, además del control sucesivo (artículo 28.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), un control previo: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional” (artículo 95.1), autorizando al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras para requerir del Tribunal Constitucional “que declare si existe o no esa contradicción” (artículo 95.2 y artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). De esa posibilidad ha hecho uso el Gobierno español en dos ocasiones: ante la ratificación del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), que dio lugar a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, cuyo fallo declaró que la contenida en el futuro art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedara redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al art. 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles; y que el proce-



dimiento de reforma constitucional, que debía seguirse para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución era el establecido en su art. 167, lo que así se hizo, reformándose la Constitución.

La segunda oportunidad tuvo ocasión con el fracasado tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. La Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, del 13 de diciembre, no apreció incompatibilidad de la Constitución española con el tratado (bien que establecía la primacía del Derecho de la hoy Unión Europea, que el Tribunal precisó, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, y una Carta de Derechos Fundamentales), y así lo declaró en su fallo, declaración que contó con los votos particulares discrepantes de tres magistrados.

En el ejercicio de la jurisdicción constitucional se reconoce constitucionalmente la facultad de los magistrados constitucionales de formular votos particulares que se publican oficialmente con las sentencias a las que se oponen (artículos. 164.1 CE y 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Es así oportuno reflexionar, dentro de los problemas del control jurídico de la ley, acerca de los métodos de deliberación y de toma de decisiones por la jurisdicción constitucional, reparando en que la contraposición, la tensión que se plantea entre la “lógica de la democracia”, la lógica a la que responde la ley como expresión de la voluntad popular, y la “lógica aristocrática” o superestructural de una institución como el Tribunal Constitucional, llamada a garantizar la vida estable de la Constitución como expresión del acuerdo constitutivo del Estado frente a aquella voluntad mayoritaria se resuelve a su vez través de tensiones internas a la “lógica aristocrática”.

El órgano que en los estados constitucionales democráticos ejerce el control constitucional de la ley, resolviendo la tensión entre la “lógica democrática” y la defensa de la Constitución, lo hace por encima de la lógica del principio de la democracia, pero utilizando paradójicamente esa misma lógica democrática en la adopción de sus decisiones que, en cambio, responden a una “lógica aristocrática” por dirigida a la contra-



dicción de la voluntad mayoritaria. Los tribunales constitucionales, dijo el profesor Zagrebelsky, presidente emérito de la Corte Constitucional de Italia, en la solemne sesión de conmemoración del quincuagésimo aniversario de dicha Corte constitucional, deberían ser “aristocracias del saber, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar un punto firme para el desarrollo racional de la sociedad actual, una isla de razón en el caos de las opiniones” (*Discurso en el Campidoglio*, Roma, 22 de abril de 2006).

La cuestión no es baladí, y conduce a una reflexión importante y necesaria, que estuvo planteada entre nosotros en los momentos iniciales de nuestra jurisdicción constitucional, y lo sigue estando en otros modelos, sobre la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional y la relación de esa legitimidad con el carácter unánime o mayoritario de la decisión, sólidamente mayoritario o simplemente mayoritario; al menos de las decisiones que declaran la invalidez de la ley. No se trata de contemplar aquí esta cuestión solo desde la perspectiva de la *autoritas* del Tribunal Constitucional y de sus decisiones. En la actualidad, a la vista de la evolución de nuestro sistema constitucional, hemos aceptado que no sean infrecuentes las decisiones unánimes del Tribunal Constitucional, así como el valor y la funcionalidad del voto particular discrepante, e incluso de esa otra variedad que es el voto concurrente con el fallo, bien que discrepante con la argumentación, por cuanto, además de su utilidad doctrinal, facilitan la adopción de decisiones y la búsqueda de consensos y de mayorías. Pero tales técnicas ponen de manifiesto que la delicada tarea que al Tribunal Constitucional corresponde, de control de la voluntad política mayoritaria formalizada en la ley desde el plano superior de la Constitución normativa que la limita, acaba moviéndose según la lógica democrática del juego de mayorías y minorías para llevar a cabo precisamente el control de ese mismo juego en el Parlamento.

En la ocasión ya señalada, el citado profesor Zagrebelsky, partiendo de la definición que de Italia hace su Constitución como “República democrática” (art. 1.1), señaló con su brillantez habitual que “la justicia



constitucional es una función de la república, no de la democracia”, a la que corresponde la legislación, pues “la legislación es función de aquello sobre lo que “se vota”, mientras que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que “no se vota, porque es *res publica*”, para advertir de inmediato que, sin embargo, “también sobre la Constitución se vota. Más aun: son precisamente los jueces constitucionales quienes, para defender aquello sobre lo que no se vota, deciden votando. Hay en esto una paradoja, es más, una contradicción... Esta contradicción es advertida por los jueces constitucionales todas las veces que se trata de tomar una decisión propiamente constitucional –una decisión... donde está en juego no la aplicación de una norma constitucional, sino la determinación de su contenido-. En estos casos, lo natural es buscar la solución más compartida. La unanimidad es el *optimum*. Si no se alcanza, es necesario disponerse a llegar al máximo consenso posible. El recurso al voto de la mayoría es solo el remedio extremo a un defecto: la incapacidad de crear un consenso sobre los propios argumentos y la indisponibilidad a dejarse convencer por los demás... Con este tipo de decisiones, los tribunales constitucionales se exponen a la crítica política, es decir, de haber actuado arbitrariamente como pequeños parlamentos, donde el conflicto mayoría-oposición es connatural. En los tribunales constitucionales debe valer el espíritu deliberativo; en los parlamentos logra prevalecer el espíritu de una parte. Admitámoslo: en los tribunales constitucionales no siempre la actitud deliberativa logra afirmarse sobre la voluntad personal, y se cede al deleite de imponer una voluntad. Pero cuando eso ocurre, es una derrota para la justicia constitucional, un *vulnus* a su legitimidad”. Y concluía: la deliberación propia de la justicia constitucional no elimina la discrecionalidad, pero debe dirigirse “a lograr el consenso sobre la Constitución”, y en ello se distingue de la discrecionalidad del legislador democrático.

Desde luego, en los métodos de deliberación de la jurisdicción constitucional se dan cita tensiones muy relevantes, que determinan cómo se ejerce la jurisdicción constitucional y cómo se hace la jurisprudencia constitucional.



Otro tanto ocurre con los métodos y medios de interpretación de la jurisdicción constitucional, bien conocidos en la teoría de la interpretación de la Constitución. En el campo de los derechos fundamentales, el método particularista de interpretación, apegado a los enunciados del texto constitucional y encerrado en este, ignorante de la realidad jurídica supranacional en la que nos movemos, llámese esa realidad Convenio Europeo de Derechos Humanos, o esa otra, más apremiante hacia nosotros, que es el Derecho de la Unión Europea, se contraponen a una interpretación universalista, basada en los valores y reconocimientos de los textos internacionales, interpretados por sus respectivos tribunales, y en el análisis comparado de las experiencias de otras jurisdicciones constitucionales que pueden ser de utilidad para las propias. En esta tensión acostumbra a asignarse a la interpretación particularista mayor fidelidad al texto constitucional que a la universalista, sin perjuicio del logro de la integración que para la definición e interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española demanda su artículo 10. 2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”; y con independencia ahora de los problemas suscitados por dicha integración en especial, en relación con los derechos fundamentales, y, más allá de ello, por ese tipo particular de rebelión de la ley frente a su control constitucional a través de la intervención de la ley comunitaria, que cuestiona el dogma de la soberanía parlamentaria y desplaza el poder de control del Tribunal Constitucional y también de la minoría o minorías del Parlamento nacional o, en su caso, de los parlamentos autonómicos.

En relación con la interpretación de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español, reconociéndose como “órgano jurisdiccional” (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) ha planteado cuestiones prejudiciales de interpretación y validez al Tribunal de Justicia en relación con las normas de Derecho de la



Unión Europea que protegen los derechos fundamentales (la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado), en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.1 de la Constitución española), normas a las que el Tribunal Constitucional reconoce su “trascendencia constitucional” y, por tanto, la de su interpretación, modificando su doctrina en razón de la interpretación del Tribunal de Justicia (STC 26/2014, de 13 de febrero, dictada en un caso de entrega de ciudadano italiano para el cumplimiento de condena dictada por el Tribunal de apelación de Bolonia, en rebeldía pero con defensa letrada, en el marco de una orden europea de detención y entrega.). El Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías que despliega eficacia *ad extra*, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta. La cuestión, en el caso de la sentencia citada, se circunscribe a estas vulneraciones indirectas, pero el Tribunal Constitucional no oculta que el Tribunal de Justicia *aun* no se ha pronunciado sobre el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de los Estados miembros” (FJ 7 de la Sentencia citada).

A dicha tensión interpretativa se suman otras: aquella que tiene como extremos una interpretación originalista o literalista, que se quiere más respetuosa con el texto constitucional y con su necesaria estabilidad que una interpretación evolutiva, finalista, de adecuación social, de contexto, que vivifica la Constitución en el proceso vivo de la interpretación constitucional, pero se considera más proclive a cargarse de discrecionalidad y a separarse de la original voluntad



constituyente; la que enfrenta la interpretación de la Constitución como límite a los poderes constituidos con la que pretende su cumplimiento efectivo por estos. Todas las jurisdicciones constitucionales, y sin duda, la española, utilizan el método de interpretación evolutivo, que pone en evidencia la enorme capacidad de la interpretación de la Constitución para las nuevas cuestiones (como las surgidas como consecuencia del poder de las tecnologías digitales, de la digitalización, o de los cambios en las estructuras familiares, por referirme a dos fenómenos actualmente relevantes).

Y todas esas tensiones se soportan sobre las estructurales que afectan a la legitimidad de origen y de ejercicio de la jurisdicción constitucional, legitimidades que ha de renovarse en cada renovación parcial y composición personal del Tribunal Constitucional. Son tensiones que recorren la jurisdicción constitucional y sus métodos de interpretación y se proyectan, lógicamente, sobre su obra, sobre su jurisprudencia.

Y sobre su obra hay mucho sobre lo que reflexionar, sobre la recreación continuada del sentido de los preceptos constitucionales a través de su interpretación y aplicación cotidiana. Los tribunales constitucionales son, dijo el presidente García Pelayo, conocedores de que la mejor defensa de la Constitución es, precisamente, la que se produce con la revisión de su texto en el momento histórico adecuado (*La Constitución, Obras Completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1ª ed., 1991, 2ª ed., 2009, II, págs. 2915 y ss.).

En efecto, una constitución estable es una constitución con continuidad y, por tanto, con revisión en el momento histórico oportuno. El Tribunal Constitucional español lo sabe, ciertamente. Pero, ¿cuáles son los límites de esa recreación continuada de su sentido si o en tanto la Constitución no se reforma? No es difícil establecer las fronteras entre reforma de la Constitución, sobre todo en un modelo rígido como el español de reforma constitucional a través de los procedimientos regulados en los artículos 167 y 168 de la Constitución, y la recreación continuada de su sentido. Sin embargo, ese proceso de recreación continuada de su sentido a través de su interpretación jurisdiccional ha de ser



consciente de sus límites, pues la interpretación del Tribunal Constitucional podría llevar a una revisión de la Constitución distinta a aquella que tiene lugar a través de los procedimientos de reforma, peligro que ha de conjurarse con los métodos de interpretación de la Constitución con criterios estrictamente jurídicos dentro de la Constitución misma; o, por el contrario, podría conducir a una petrificación de la Constitución con el resultado de alejamiento progresivo de las generaciones presentes, inmersas en una transformación social y política tan acelerada y acusada que hace que la Constitución española de 1978 sea hoy, virtualmente –y no sin intentos de elusión y oposición gravísimos, como los sucedidos recientemente en Cataluña–, el único acuerdo reconocido entre una pluralidad de voluntades cada vez más divergentes.

Esto, sin duda, es verdad, y de nuevo aquí aparece el papel decisivo del Tribunal Constitucional, llamado a interpretar y aplicar, procurando estabilidad y vida a un tiempo, la Constitución en su integridad, pacto organizador de nuestra convivencia democrática y cauce de integración de esas voluntades divergentes y heterogéneas, y a resistir los “embates de un *demos* titular de una voluntad tan mudable como su misma identidad...” frente al *demos* constituyente (Requejo Pagés, Presentación del núm. 4 de la Revista *Fundamentos, La rebelión de las leyes*, Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2016, pág. 17). Al Tribunal Constitucional corresponde juzgar la corrección de la dinámica de las leyes a partir del canon estable y permanente de la norma constitucional. No es esta una tarea imposible, aunque ciertamente, coloque al Tribunal Constitucional en una situación de tensión, entendida en el sentido correcto de realizar su tarea de interpretación y aplicación de la Constitución y de sometimiento de la ley a la misma, consciente de las dificultades señaladas, de que los intereses cada vez son más divergentes, de que la pluralidad de voluntades se abre a una mayor divergencia.

Desde el punto de vista contrario, la evolución histórica habría convertido a los tribunales constitucionales, y también al español, como con claridad pondría de manifiesto su jurisprudencia, en aliados del legislador al que controlan. De ahí la crítica a la utilización por la juris-



dicción constitucional de las técnicas de la interpretación conforme, de las sentencias manipulativas, de la administración de los efectos en el tiempo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad y de la de sus característicos efectos de nulidad, técnicas que acabarían por expresar “una filosofía que se resume muchas veces en la obsequiosidad más rendida para con el legislador del momento” (Requejo Pagés, *La rebelión de las leyes*, cit., pág. 18). Así sería, en efecto, si el empleo de tales técnicas acabase por desvirtuar la voluntad constituyente, rindiéndola a la del legislador constituido, pero no si se utilizan debida y prudentemente, y se ordenan a reconocer el esencial papel del legislador democrático y su libertad de configuración dentro de la Constitución, que enmarca y limita la actuación legislativa, límites que concreta y actualiza el Tribunal Constitucional, preservando aquella.

La ponderación es siempre un elemento imprescindible del enjuiciamiento constitucional, que conjuga los distintos componentes en juego para recurrir al manejo de tales técnicas, unas ordinarias (la interpretación conforme), extraordinarias, las otras. Por lo que se refiere en concreto a las técnicas de la interpretación conforme, se convendrá en que el legislador democrático es el intérprete más autorizado de las concepciones ético-políticas de la sociedad de cada momento, concepciones sociales que evolucionan y mudan dentro de la Constitución estable, con lo cual, alcanzar el punto de equilibrio adecuado es una tarea no exenta de dificultades –tensión interpretativa– a la que se enfrenta el guardián de la Constitución y de su supremacía normativa. Es verdad que en una realidad concreta como la española, y en un ámbito concreto, por ejemplo, el económico, la suavización o desvirtuación de la sanción de nulidad en cuanto consecuencia propia de la inconstitucionalidad ha podido permitir al legislador económico disfrutar de una cierta inmunidad al control del Tribunal Constitucional, a sabiendas de que un fallo de inconstitucionalidad carente de sus ordinarios efectos anulatorios o mitigador de los mismos poseerá escasa incidencia sobre sus decisiones. Pero esta cuestión, además de responder a la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional de los valores e intereses que la Constitución



tutela, se relaciona muy directamente con los tiempos y el trabajo de la jurisdicción constitucional.

Pues, en efecto, no menos acusada es, desde luego, la tensión, esta también importante, que se cierne sobre la jurisdicción constitucional, como consecuencia del número de recursos que reciba o, más precisamente, del excesivo número de recursos que reciba, sin deber hacerlo. La jurisdicción constitucional española ha padecido históricamente, y padece, una sobrecarga de trabajo, contraída especialmente a los recursos de amparo que no cumplen los requisitos de admisión (6.685 en 2016, con un porcentaje de admisión muy bajo: en 2016 se admitieron 67 recursos de amparo y se dictaron 7.027 providencias de inadmisión; se inadmitieron también 77 cuestiones de inconstitucionalidad e ingresaron solo 44, frente a 114 que lo hicieron en 2015; datos del Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, Madrid, 2017, págs. 39 y 45), pero que repercute negativamente en el ejercicio de su genuina competencia de control de la ley (y en la de resolución de los conflictos territoriales). La tardanza en ese ejercicio, consecuencia inevitable del tiempo y esfuerzos destinados a la inadmisión de numerosos recursos de amparo carentes de trascendencia constitucional o aquejados de defectos formales, conduce también, inevitablemente, a la pérdida de su eficacia, aunque el tiempo de la respuesta judicial haya tendido a corregirse, y hoy se sitúe, de ordinario, en el entorno de los tres y dos años en los procesos de control de ley y en los recursos de amparo, respectivamente; con excepciones, la jurisdicción constitucional se puede convertir en un instrumento al servicio del legislador, cuyas decisiones, de ser declaradas inconstitucionales, lo serán tras un cierto tiempo de vigencia, en algunas ocasiones largo (seis o siete años), decisiones que han podido producir transformaciones sociales o económicas de envergadura, lo que podrá requerir de instrumentos de modulación de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad como los dichos, o incluso tras su derogación, caso en que las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de la ley carecerán de consecuencias (sin perjuicio de la suspensión por el Tribunal Constitucional de la vigencia de las leyes autonómicas y del



levantamiento de esa suspensión; o de que el contenido normativo de las leyes derogadas sea reiterado en otras posteriores). Este fenómeno no es, desafortunadamente, infrecuente atendiendo a la evolución del control de las leyes en España, como así lo acreditan la lectura y el análisis de la jurisprudencia constitucional (a propósito del control de constitucionalidad de leyes derogadas y su posible pérdida de objeto o no, y los complejos cánones de enjuiciamiento considerando el *ius superveniens* o no).

Y no acaban aquí las perjudiciales consecuencias de la sobrecarga de trabajo “negativo” que pesa sobre el Tribunal Constitucional, ya que en el ámbito mismo de la jurisdicción de amparo, lejos de favorecer la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, redundando en la pérdida de efectividad de la tutela constitucional de aquellos que han sido lesionados sin que la lesión haya sido reparada por la jurisdicción ordinaria y merecen ser amparados. El problema no ha sido y no es, pues, de exceso de trabajo, sino de exceso de trabajo indebido. La reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por la Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, vino en ayuda del Tribunal Constitucional para rebajar esa carga de trabajo indebido, al hacer más estrictos los requisitos de admisión de las demandas de amparo, evitando la conversión del recurso de amparo en una tercera instancia (exigencia de la justificación formal del requisito de la trascendencia constitucional de la demanda de amparo y de la concurrencia material de dicha trascendencia).

Frente al sistema anterior, de causas de inadmisión tasadas, “la reforma de 2006 ha introducido un sistema de admisión de los recursos de amparo en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”, como se señala en el preámbulo de la citada L.O. 6/2007. El reformado art. 50.1 de la LOTC reza hoy: “1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de



sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Se convendrá en que esa nueva regulación procesal del recurso de amparo del que conoce el Tribunal Constitucional español, tan puesta en razón, se ha orientado exclusivamente al cumplimiento de su función mediante el ejercicio efectivo de sus competencias jurisdiccionales, que son su sustancia medular, para así acomodar la institución al tiempo en que desenvuelve su tarea.

Se han dispuesto remedios procesales para convertir al recurso de amparo en un recurso realmente excepcional, que actúan sobre la fase de admisión, agilizando la negativa tarea de inadmisión, lo que solo actúa a favor de la garantía jurisdiccional de la Constitución. En efecto, una adecuada concepción del recurso de amparo y una administración ágil en su puerta de entrada permite una respuesta rápida en dicho umbral y, a la vez, liberar los recursos personales y temporales necesarios para la respuesta especialmente sosegada e intensa que requieran los asuntos que lo traspasen. Debe recordarse en este extremo que la sentencia de amparo no sirve solo a la satisfacción del demandante que la merece, sino que multiplica sus efectos positivos con la aplicación que de su doctrina hacen los órganos judiciales.

Tras treinta y siete años de vida, el Tribunal Constitucional español es una institución viva, que cuenta con el funcionamiento operativo adecuado al ejercicio efectivo y eficaz de sus competencias mediante las fórmulas legislativas procesales oportunas. Ha de tenerse en cuenta que vivificar el Tribunal Constitucional es, a la postre, vivificar la normatividad de la Constitución, cuya suerte aplicativa



va unida a la del órgano encargado de la defensa jurisdiccional de su supremacía normativa.

Los Tribunales Constitucionales deben, pues, operar como órganos de garantía del sistema; más precisamente, como solución frente a problemas que están vedados al juicio de los Tribunales ordinarios, o como remedio último cuando no han podido repararse en su sede primera y propia, la jurisdicción ordinaria.

Además, el Tribunal Constitucional ejercerá mejor su tarea conociendo la reflexión crítica efectuada sobre su actividad, tanto aquella que se formaliza en comentarios a su jurisprudencia, muy útiles siempre, como en los tratamientos teóricos en los que se abordan los grandes temas de la jurisdicción constitucional. Es de suma importancia que la jurisdicción constitucional disponga también de tiempo para reflexionar sobre su propia actividad. Esa reflexión no ha de ocuparse únicamente de la organización del trabajo, por importante que esta sea, que lo es, sino sobre la institución misma como órgano constitucional, sobre el ejercicio de su función jurisdiccional y sobre sus resultados, sobre la delimitación del ámbito objetivo de su jurisdicción y sobre sus cánones de enjuiciamiento, sobre las relaciones con otros órganos constitucionales e instituciones, con las profesiones jurídicas y con los ciudadanos, así como con otras jurisdicciones constitucionales y con los tribunales internacionales con competencias de garantía de los derechos fundamentales. Acerca de todo ello es preciso reiterar la necesidad, no ya la conveniencia, de esa reflexión. Y pedir a la comunidad científica, a la comunidad académica, que reflexione y debata también sobre las cuestiones y problemas, teóricos y prácticos, institucionales, materiales y procesales, que la propia jurisdicción constitucional señala a través de discursos de sus presidentes, de la presencia de magistrados y ex magistrados en actos como este y, desde luego, a través de su jurisprudencia y doctrina.



GENERACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL FUTURO DOMINICANO

CONFERENCIA DE CLAUSURA

Mag. Milton Ray Guevara
Presidente del Tribunal Constitucional

I. Introducción

Durante toda esta jornada hemos tenido el privilegio de aprender y compartir saberes con las notables personalidades que nos han precedido en el uso de la palabra. A esta hora, un viernes en que despunta el mes de diciembre y los aires navideños, constituye una osadía hablar de cualquier tema jurídico adicional, aunque se refiera a la “Generación constitucional y el futuro dominicano”.

Sin embargo, a siete años de habernos dotado de la Constitución más avanzada de Iberoamérica, al decir del prestigioso constitucionalista español Diego López Garrido, y a cinco de los inicios del Tribunal Constitucional, es tiempo propicio para, a partir de lo logrado, otear el horizonte y auscultar la ruta del futuro que permita a dominicanas y dominicanos vivir en Constitución.

Por esta razón, impulsado por el optimismo que guía al marino que sale a pescar en la Bahía de Samaná, quiero compartir las reflexiones que me inspira la responsabilidad de haber formado parte de la Comisión de Juristas que redactó el proyecto de Constitución que sirvió de base para la aprobación de nuestra Ley Sustantiva del 26 de enero de 2010, y en adición, ser juez presidente del Tribunal Constitucional en su primera etapa.

Una generación es un conjunto de todos los vivientes coetáneos o de un mismo tiempo o época. Muchas veces se habla de generaciones, en diversos ámbitos de la vida social: generación deportiva, generación musical, generación educativa, generación política, generación literaria, entre otras.

II. La Generación Constitucional

Hoy me referiré, por supuesto, a lo que he denominado la “Generación Constitucional”. Para ello, abordaré sintéticamente:

1. La Generación Independentista de 1844.
2. La Generación Constitucionalista de 1963.
3. La Generación Constitucional de 2010.

1. La Generación Independentista de 1844

Al fundar la sociedad patriótica La Trinitaria, el 16 de julio de 1838, Los Trinitarios se unieron alrededor del proyecto político de la creación e independencia del Estado República Dominicana. Ese sueño se cristalizó el 27 de febrero de 1844, con la proclamación de nuestra independencia.

La acción de esa generación que alumbró a los Padres de la Patria, Duarte, Sánchez y Mella, estuvo sustentada e impulsada por el constitucionalismo liberal que se refleja en el proyecto de ley fundamental o Constitución de Duarte. Apelo a tres disposiciones del mismo para ilustrar lo afirmado.

- a. En su artículo 1ero., la Constitución de Duarte señala “Ley es la regla a la que deben acomodar sus actos, así los gobernados como los gobernantes”.
- b. En su artículo 20 se consagra “La Nación está obligada a conservar y proteger, por medio de sus Delegados, y a favor de leyes sabias y justas, la libertad personal, civil e individual, así como la propiedad y demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen...”.
- c. Cuando al referirse al gobierno establece “Para la mejor y más pronta expedición de los negocios públicos se distribuye el gobierno en Poder Municipal, Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo.

Indiscutiblemente, en esas disposiciones citadas se asocian tres principios democráticos clave: el Estado de Derecho, en que la admi-



nistración se somete a la ley; la consagración y protección de la libertad, la propiedad y demás derechos individuales; y la separación de poderes, incluyéndose como primero al municipal, como mecanismo de limitación del poder de los gobernantes.

La generación de la independencia plasmó sus ideas libertarias en la Manifestación de los Pueblos de la Parte Este de la Isla -antes Española o de Santo Domingo- Sobre las Causas de su Separación de la República Haitiana, o Pre-Constitución del 16 de enero de 1844. Como señala el historiador y jurista Julio Genaro Campillo Pérez, de los 26 párrafos que componen el documento, 19 son dedicados a justificar la separación y a combatir las actuaciones de los opresores intervencionistas. En él, se lee “Veinte y dos años ha que el pueblo dominicano, por una de aquellas fatalidades de la suerte, está sufriendo la opresión más ignominiosa... ¡Al entrar a la ciudad de Santo Domingo entraron con el tropel los desórdenes y los vicios! La perfidia, la división, la calumnia, la violencia, la delación, la usurpación, el odio y las personalidades hasta entonces poco comunes en estos inocentes pueblos”.

En adición a ese memorial de agravios, la Pre-Constitución tenía una parte orgánica que proclamaba la libertad; la igualdad de los derechos civiles y políticos; inviolabilidad de la propiedad; libertad de cultos; libertad de expresión del pensamiento; responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio de sus labores; libertad de imprenta; la instrucción pública a expensas del Estado, entre otros.

Finalmente, contemplaba una parte orgánica que configuraba la división territorial en 4 provincias (fueron 5 al incluirse La Vega), estableciendo un gobierno con carácter provisional, la Junta Central Gubernativa, compuesta por once miembros, con la misión de dotarnos de la Constitución del Estado.

Desgraciadamente, el proyecto de Duarte no fue la base esencial de la Constitución de San Cristóbal del 6 de noviembre de 1844, y el virus del caudillismo conservador penetró nuestra primera Constitución a través del artículo 210 (transitorio): “Durante la guerra actual y mientras no esté firmada la paz, el Presidente de la República puede



libremente organizar el ejército y la armada, movilizar los guardias nacionales y tomar todas las medidas que crea oportunas para la defensa y seguridad de la Nación; pudiendo, en consecuencia, dar todas las órdenes, providencias y decretos que convengan, sin estar sujeto a responsabilidad alguna”.

El militarismo y conservadurismo de Santana se impusieron al civilismo y liberalismo político de Los Trinitarios, convirtiéndose el artículo 210 en nuestro pecado original en materia constitucional. Se impuso la fuerza, no el derecho ni la razón.

Esta tensión dialéctica entre una Constitución liberal, dinamitada por un artículo 210 claramente autoritario, recuerda a Ferdinand Lassalle, en su primera conferencia de noviembre de 1862: “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder. La verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social...”.

La incidencia del conservadurismo constitucional derivado de la hegemonía de aplicación del artículo 210 fue reforzada por la nefasta y santanista Carta Magna del 16 de diciembre de 1854. De manera excepcional, el espíritu liberal primó en las constituciones de Moca, del 19 de febrero de 1858, que estableció el sufragio universal, y en la Constitución del 13 de junio de 1924, cuyo artículo 61, numeral 5, instauró por vez primera en el país un sistema de control constitucional difuso y concentrado. Otra historia sería la de la llamada “Era de Trujillo”, que abarcó 1930-1961.

2. La Generación Constitucionalista de 1963

La dictadura de Rafael Trujillo, que se extendió durante 31 años, como toda dictadura, convirtió la Constitución en “formalidad semántica” o en pedazo de papel. Las reformas que se efectuaron no tenían



consecuencias democráticas. La caída del régimen tiránico dio paso, mediante elecciones libres, al profesor Juan Bosch y a su Partido Revolucionario Dominicano, iniciándose su gobierno el 27 de febrero de 1963. El 29 de abril de ese mismo año adoptamos la primera Constitución social dominicana, que aunque apenas tuvo vigencia por aproximadamente 5 meses, en razón del golpe de Estado militar, se convirtió en el símbolo de la más hermosa revolución de América.

Nos referimos a la Revolución Constitucionalista del 24 de abril de 1965, cuyo objetivo fue el retorno a la constitucionalidad, sin elecciones, reponiendo en el poder al presidente Juan Bosch y restableciendo la vigencia de la Constitución de 1963. El pueblo luchó, tomó las armas y derramó su sangre generosa.

Era época de guerra fría, a poco tiempo de la toma del poder en Cuba por el comandante Fidel Castro. Tropas norteamericanas, y luego de la denominada Fuerza Interamericana de Paz (FIP), surgida de la complicidad antidemocrática e indigna de la Organización de Estados Americanos (OEA), impidieron la victoria militar del movimiento constitucionalista, que sembró en el alma de los combatientes el amor por la Constitución, por la Patria y la soberanía.

La Constitución de 1963 introdujo el componente social como mecanismo promotor de la igualdad y dignidad de nuestros conciudadanos. Por ello, citamos algunas de sus disposiciones destacadas:

- a. Fundamenta la existencia de la nación dominicana principalmente en el trabajo, y lo erige en obligación ineludible para todos los dominicanos aptos.
- b. Declara la libre iniciativa económica privada, a condición de que no sea ejercida en perjuicio de la seguridad, la libertad o la dignidad humana.
- c. Establece, como norma general, que la propiedad debe servir al progreso y bienestar del conglomerado.
- d. Declara contraria al interés colectivo la propiedad o posesión de tierras en cantidad excesiva por parte de personas o entidades privadas.



- h. Prohíbe el latifundio de particulares, mandando a la ley adjetiva a fijar la extensión máxima de que puede ser propietario o poseedor un individuo o entidad.
- i. Establece que el minifundio es antieconómico y antisocial.
- j. Conforme la Constitución de 1963, solo las personas físicas dominicanas, en principio, pueden ser propietarias de tierras.
- l. Establece el derecho de cada familia dominicana de poseer una vivienda propia, asumiendo el Estado la obligación de proporcionarla a los que no tengan recursos económicos, quienes deberán contribuir en la medida de sus ingresos. El fundo y el hogar que sirvan de asiento a la familia son declarados inembargables e inalienables.
- o. Establece que los propietarios deberán ceder, a favor del Estado, una parte de los beneficios, en los casos de aumento del valor de la tierra y de la propiedad inmobiliaria, que se produzcan sin esfuerzo del trabajo y capital privados y únicamente a causa de la acción del Estado.
- p. Establece que las uniones de hecho entre personas con capacidad para contraer matrimonio, por razones de equidad e interés social, podrán surtir efectos puramente económicos similares a los del matrimonio.
- q. Consagra la carrera judicial, a fin de que los jueces y magistrados ingresen a la misma mediante oposición, y sus ascensos y promociones sean obtenidos por antigüedad y concurso de méritos.
- s. Consagra la inamovilidad de los jueces.
- t. Prohíbe que el presidente de la República pueda ser reelecto ni postularse como candidato a la vicepresidencia en el período siguiente.
- v. La no reelección se aplica también al vicepresidente de la República, que no podrá ser reelecto ni postularse como candidato a la presidencia de la República.
- y. Establece que la Cámara de Cuentas será elegida por el Senado, de las ternas que le somete la Cámara de Diputados.



A partir de 1966, el movimiento constitucionalista se ejemplificó en los militares constitucionalistas, generación de combatientes cuyos ideales han servido de bandera de principios, en lucha por el respeto de la Constitución. El triunfo de fuerzas conservadoras aglutinadas en torno al Dr. Joaquín Balaguer fue muro de contención para el desarrollo constitucional, y su Constitución del 28 de noviembre de 1966 se alejó del constitucionalismo social de 1963. Un fuerte giro del desarrollo histórico nos recordó a Lasalle, con su pedazo de papel.

3. La Generación Constitucional de 2010

El mérito más relevante de la Constitución de 1966, además de haber sido la de mayor vigencia sin ser reformada (28 años), fue haber permitido el ejercicio del poder durante la alternancia que se produjo de 1978 a 1986 al régimen de los doce años del Dr. Balaguer, con la victoria sucesiva de los presidentes Antonio Guzmán y Salvador Jorge Blanco. La crisis político-electoral de 1994, fruto de las irregularidades en las elecciones del 16 de mayo de ese año, en que fueron contendores los doctores Joaquín Balaguer, presidente de la República, y el Dr. José Francisco Peña Gómez, generó una significativa reforma parcial de la Constitución proclamada el 16 de agosto de 1994, que particularmente sentó las bases para una real independencia funcional progresiva del Poder Judicial. Posteriormente, el 25 de julio de 2002, se reformó nuevamente en aspectos puntuales, siendo el principal el restablecimiento de la reelección presidencial.

Los cambios y transformaciones experimentados por la sociedad dominicana en el lapso de 1966 (siglo XX), al 2010 (siglo XXI) fueron significativos. Nuevas realidades económicas, sociales, institucionales, tecnológicas y geopolíticas hacían necesaria una reforma integral de la Constitución. El 26 de enero de 2010, con la proclamación solemne en la Asamblea Nacional de la nueva Constitución de la República, se produjo un salto cualitativo en el contenido de nuestra Carta Magna, que tiene como rasgos estructurales:



- a. Una nueva dimensión y ampliación de los derechos fundamentales. La misma abarca los derechos civiles y políticos; los derechos económicos y sociales; los derechos culturales y deportivos; y los derechos colectivos y del medioambiente.
- b. Consagración de las garantías para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales: tutela judicial efectiva y debido proceso; habeas data; acción de habeas corpus; acción de amparo; y la nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional.
- c. Una organización de los poderes públicos más equilibrada, en la medida en que el constituyente ha establecido una variada gama de medios de acción recíproca entre los tres poderes del Estado, con la finalidad de evitar una concentración en uno de ellos que desvirtúe los principios rectores de un régimen presidencial, en un Estado Social y Democrático de Derecho.
- d. Un mecanismo de reforma constitucional que en determinados presupuestos requiere un referendo aprobatorio, según lo establecido en el artículo 272 de la Constitución.

La reforma de 2010 no fue el producto tradicional de una crisis política, de una guerra civil, de una revolución o de una coyuntura electoral. El proceso de reforma se justificó porque desde el año 1966, “la sociedad dominicana y el mundo experimentaron cambios significativos a nivel económico, político, social, cultural y demográfico, que han generado expectativas de cambio en la ciudadanía, tendentes a la modernización del Estado, la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, y una efectiva gestión gubernamental”.

La Constitución de 2010 tuvo su génesis en una consulta popular que “se convirtió en un ejemplo modélico de democracia deliberativa; el sentido de responsabilidad, la capacidad de discernimiento; el sentimiento institucionalista y las ansias de una Carta Sustantiva apropiada a los nuevos tiempos, pautó la entusiasta participación de los consulta-



dos”. Todo ese proceso fue coordinado por monseñor Agripino Núñez Collado: el misionero del diálogo.

A partir de la consulta popular, en la redacción del proyecto de reforma se logró una especie de consenso técnico. El consenso político, necesario para la aprobación del proyecto por la Asamblea Nacional, se materializó mediante un pacto entre los líderes de los principales partidos con representación congresual de entonces, firmado el 14 de mayo de 2009.

La Constitución de 2010, heredera del sustrato social de la Constitución de 1963, tiene “un techo ideológico en torno a la instauración del Estado Social y Democrático de Derecho”. Esto significa que lo individual se conjuga con lo solidario y se abren las puertas de una economía social de mercado.

En adición a lo expresado, “sin lugar a dudas, la incorporación a la Constitución dominicana de las figuras del Defensor del Pueblo, Consejo Económico y Social; referendo, plebiscito e iniciativa normativa municipal; presupuestos participativos en el ámbito local, son elementos esperanzadores adicionales para la generación de una cultura institucional y democrática, que sirva de soporte al buen funcionamiento de las instituciones gobernantes”.

El constituyente de 2010 tuvo conciencia clara de la necesidad del conocimiento de la Constitución como instrumento de liberación del ciudadano. Por ello, el artículo 63, numeral 13 constitucional, consagra “con la finalidad de formar ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes, en todas las instituciones de educación pública y privada serán obligatorias la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica”.

Cuando se haga realidad el imperativo mandato del artículo 63, numeral 13, la presente y la futura generación podrán abreviar en el conocimiento de la Carta Magna desde sus primeros años escolares, privilegio del que no disfrutaron las generaciones pasadas ni un porcentaje importantísimo de la presente.



III. Reflexión final

Permítanme citar al maestro Pellegrino Rossi, cuando en su Primera Lección de Derecho Constitucional en la Universidad de París, expresó lo siguiente: “Yo no me dirijo solamente a aquellos interesados en la honorable carrera de leyes, yo me dirijo a todo francés que quiere tener una educación... Ignorar la Constitución de su país es ignorar su Patria; ignorar la Constitución de su país es vivir en su país como si se fuera extranjero, es exponerse a cada instante a cumplir obligaciones que no se conocen, y dar a la individualidad un desarrollo peligroso y contrario a sus sentimientos”.

Para el maestro y amigo Manuel Aragón Reyes, catedrático y magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España: “El constitucionalismo requiere (...) de una cultura constitucional y obliga a su perpetuación, pues la Constitución democrática descansa, más que ninguna otra, no solo en las garantías políticas y jurídicas sino, sobre todo, en las garantías sociales, esto es, la aceptación popular de la Constitución. Sin garantías jurídicas (de ahí su carácter inexorable) no hay Constitución duradera, pero sin garantías políticas y sociales no hay Constitución que se mantenga. La educación constitucional, o si se quiere, la cultura política democrática, se presenta, pues, como la condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo”¹.

La Generación Constitucional no ha de partir de una concepción “cerrada” de los valores constitucionales sino que, por el contrario, se debe nutrir del pluralismo ideológico que está en la base del Estado Social y Democrático de Derecho.

El compromiso permanente con el afianzamiento de la Constitución, como pacto de convivencia, no puede entenderse al margen de la deliberación democrática entre visiones diferentes de sociedad que aspiran a realizarse bajo la sombra común de un conjunto de valores y principios que dejan ciertos márgenes de acción a los actores sociales y

1 Manuel Aragón Reyes, *Neoconstitucionalismo y Garantismo* (España), p. 10.



políticos. La Generación Constitucional es un proyecto en construcción conforme un diálogo e intercambio permanente entre concepciones e ideologías diversas que tienen como punto de partida y como punto de llegada la propia Constitución.

Cabe precisar que los acuerdos políticos necesarios para concretar los mandatos de la Constitución no pueden, en modo alguno, alterar el significado de las cláusulas o disposiciones que ella contiene.

La emergencia de una Generación Constitucional sería irrealizable sin un compromiso social y político que respete los límites de las posibilidades de realización constitucional. La apertura al pluralismo ideológico no significa licuar el contenido de los textos, para que quepan en ellos cuanto se quiera para satisfacer planes y proyectos políticos contingentes. La Constitución no puede manipularse hasta el punto de perder la identidad de su contenido.

El futuro de la generación constitucional tendrá que sustentarse en el desarrollo de la educación, el combate contra el crimen organizado, el narcotráfico y la corrupción; la lucha contra la pobreza y la exclusión social y la defensa intransigente de la identidad nacional dominicana. En consecuencia, se trata de un compromiso de todas y todos.

Siguiendo ese derrotero, como diría el ilustre jurista dominicano Rafael Justino Castillo: “No será una ilusión del patriotismo vislumbrar en el porvenir el día en que los ciudadanos de esta pequeña República podrán erguirse ante los de no importa qué nación, y con la misma altivez con que el Apóstol de los gentiles dijo a Festio Porcio: “Caves romanus sum”, decir, con la mano sobre el corazón: Yo soy dominicano”.

Me doy cuenta ahora de que he abusado de su paciencia. Me dejé llevar del entusiasmo y por la esperanza de que todas las dominicanas y los dominicanos, creando la Generación Constitucional, logremos vivir en Constitución, rescatando y realizando el sueño de los Padres de la Patria, de un Proyecto de Nación, sustentado en la Constitución.

¡Muchas gracias!





ISBN: 978-9945-610-45-1



9 789945 610451