

E



## EFFECTOS ABROGATIVOS DE LAS SENTENCIAS

El principal elemento que define la existencia de una jurisdicción constitucional, y una de las garantías de la supremacía constitucional, consiste en el poder de emitir sentencias que abroguen preceptos legales si se aprecia la existencia de una contradicción entre el precepto legal y la Constitución. Los efectos abrogativos de las sentencias dictadas por una jurisdicción constitucional se expresan con diversas consecuencias según el modelo de jurisdicción constitucional, la regulación legislativa y la tradición jurisprudencial de cada sistema constitucional en particular.

La consecuencia más frecuente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrada en el que un tribunal constitucional ostenta el monopolio de rechazo de normas legales es la nulidad con efectos generales de la norma declarada inconstitucional. La norma legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y en algunos modelos (véase efectos constitutivos de las sentencias), además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite, en los distintos sistemas que establecen la regla general de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, no se contempla cuando se trata de procedimientos penales o sancionadores administrativos, de modo que, aunque haya recaído sentencia firme en aplicación de una ley inconstitucional, la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de una norma penal o de derecho administrativo sancionador sí impone la revisión de la causa).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan la posibilidad de diferir la nulidad del precepto declarado inconstitucional hasta que el legislador no haya actuado con el fin de evitar posibles consecuencias inconstitucionales o alteraciones al principio de seguridad jurídica derivadas de la laguna (ello sucede con especial frecuencia cuando se advierte una lesión al principio de igualdad y se requiere una actuación del legislador para extender o suprimir el beneficio o la carga considerados discriminatorios). Otra solución, excepcionalmente invocada en algún sistema (aunque generalmente rechazada ya que implica un excesivo intervencionismo por parte de la jurisdicción constitucional) consiste en restablecer la vigencia de la regulación legislativa derogada por la ley declarada inconstitucional.

Incluso en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado se admiten ciertos grados de control difuso (al menos desde la perspectiva teórica) en lo que incumbe a la legislación anterior a la aprobación de la Constitución. Ello significa que la disposición preconstitucional estimada contraria a la Constitución por un juez o magistrado se considera derogada con la entrada en vigor de la norma suprema con la consecuencia de la inaplicación

del precepto legal preconstitucional sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

La consecuencia de la inaplicación de la norma legal estimada inconstitucional es característica de los modelos de control de constitucionalidad difuso, especialmente los vinculados al *Common Law*, en los que el sistema se unifica a través de la regla del precedente.

En los sistemas mixtos o difusos con elementos de concentración, la sentencia por la que se estima la inconstitucionalidad del precepto por parte de la jurisdicción constitucional también conlleva, generalmente, la nulidad o abrogación del precepto legal con efectos generales.

*Héctor López Bofill*

## EFFECTOS CONSTITUTIVOS DE LAS SENTENCIAS

En el marco de la jurisdicción constitucional y de los procesos de constitucionalidad, la cuestión del efecto constitutivo de las sentencias suele asociarse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en particular, en los modelos de control de constitucionalidad concentrado de la ley, a los efectos de la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad. Así, en los sistemas en los que la nulidad de la disposición legislativa tiene carácter *ex nunc*, esto es, la nulidad produce sus efectos a partir del pronunciamiento y de la notificación o publicación del fallo hacia el futuro (sin afectar a situaciones anteriores producidas al amparo del precepto en cuestión), se entiende que la sentencia de la jurisdicción constitucional tiene un carácter constitutivo. En cambio, si los efectos del fallo de inconstitucionalidad se proyectan como regla general hacia el periodo anterior al pronunciamiento de la jurisdicción constitucional (efectos *ex tunc*) se considera que la decisión del órgano judicial no crea una situación jurídica nueva sino que se limita a declarar una incompatibilidad ya existente en el ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las sentencias estimatorias sobre la inconstitucionalidad de la ley conviven una heterogeneidad de situaciones tanto entre los tribunales Constitucionales europeos como en los sudamericanos. Así, en Europa, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Polonia y Rumanía, los efectos de la nulidad establecida en la sentencia por la que se estima la incompatibilidad entre la ley enjuiciada y la respectiva Constitución suelen ser *ex nunc*. En cambio, en Alemania, Bélgica, España y Portugal, la regla general viene determinada por los efectos *ex tunc*. En el ámbito sudamericano, los fallos del Tribunal Constitucional ecuatoriano son de carácter constitutivo con efectos *ex nunc* y, por regla general, también las sentencias que profiere la Corte Constitucional colombiana tienen efectos hacia el futuro, aunque se admiten excepciones. Se contemplan, limitadamente, los efectos *ex tunc* de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano e implícitamente parecen reconocerse también ciertos efectos hacia el pasado en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno.

En lo que atañe a los efectos constitutivos de las sentencias de constitucionalidad recaídas en otro tipo de procesos, más allá de los relativos al control de constitucionalidad de la ley, parece haber consenso respecto a que en las

sentencias de los recursos de amparo y en aquellas que resuelven litigios entre poderes (territoriales o centrales), el fallo de constitucionalidad no es constitutivo ni del derecho fundamental (en el caso del recurso de amparo) ni de la competencia reivindicada (en el caso de los conflictos entre poderes). En el ámbito del recurso de amparo y en algunos sistemas, sin embargo, pueden considerarse constitutivos algunos efectos contenidos en el fallo de la sentencia de la jurisdicción constitucional destinados a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, la circunstancia de que la consecuencia de la estimación de las alegaciones en torno a la inconstitucionalidad de la ley se circunscriban a la interpretación del precepto legal aplicada al caso concreto (y que, por tanto, la disposición continúe formando parte del derecho vigente bajo otros casos diferentes u otras interpretaciones) aleja la sentencia que aborde un vicio de inconstitucionalidad de la ley de un carácter constitutivo.

*Héctor López Bofill*

## EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS

En los procesos de control de constitucionalidad de normas generales y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de la ley, la regla general en los modelos de control de constitucionalidad concentrado o difuso con elementos de concentración consiste en que el precepto legislativo se mantiene en el ordenamiento jurídico con plenos efectos. Con todo, en algunos sistemas (véase decisiones interpretativas) existe la posibilidad de que una decisión formalmente desestimatoria incluya una decisión interpretativa, esto es, la declaración de constitucionalidad del precepto examinado bajo la condición de una interpretación constitucionalmente conforme del mismo establecida por la jurisdicción constitucional. Otra variable consiste en desestimar el correspondiente recurso mediante una decisión formalmente desestimatoria en la que se declara la constitucionalidad del precepto pero bajo la prohibición de que se aplique según una determinada interpretación enunciada por la jurisdicción constitucional. En ocasiones, esta opción, basada en el rechazo de una interpretación, adquiere el carácter de sentencia estimatoria aunque no se produzca la declaración de inconstitucionalidad del precepto ni de nulidad.

Si una sentencia desestimatoria incluye una decisión interpretativa, el contenido de la misma suele vincular, en algunos modelos, a la aplicación de la ley que deben practicar los jueces y magistrados del Poder Judicial. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, la sentencia desestimatoria sobre los aspectos de constitucionalidad no excluye la estimación del recurso en relación con otros aspectos del ordenamiento jurídico. De hecho, en algunos ejemplos, como en el norteamericano, la resolución del recurso mediante una interpretación de la ley que evite el debate sobre la interpretación de la Constitución es una regla jurisprudencial (*avoidance doctrine*) que puede significar la estimación por razones de legalidad y la desestimación en aspectos constitucionales.

En los procesos de tutela de derechos mediante recurso de amparo, que puede articularse como procedimiento específico en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada o difuso con elementos de concentración, la sentencia desestimatoria implica que el órgano jurisdiccional (sea jurisdicción constitucional u ordinaria) no ha apreciado la vulneración del derecho fundamental alegado por parte de la norma u acto del poder público examinado. No obstante, especialmente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrado, las consideraciones de la jurisdicción constitucional sobre una ley cuya aplicación haya dado cobertura al acto impugnado por supuesta vulneración de derechos pueden tener, también en el recurso de amparo, alguna relevancia interpretativa que condicione la posterior aplicación de la ley por parte de la jurisdicción ordinaria.

Tanto en los recursos de impugnación de preceptos legales como en los recursos de amparo en los procesos de tutela de derechos, en el caso de los modelos de jurisdicción constitucional concentrada, las sentencias desestimatorias tienen efecto de cosa juzgada y son publicadas en los boletines oficiales de los respectivos estados.

Las sentencias recaídas en procedimientos de control de constitucionalidad de disposiciones legales tienen efectos generales. Algún tipo de procedimiento, según lo establecido en la normativa procesal constitucional de varios estados, no puede volver a activarse cuando ha recaído una sentencia desestimatoria relativa a la impugnación de un precepto legal si la ulterior cuestión se funda en la misma infracción del precepto constitucional (así sucede, por ejemplo, en las sentencias desestimatorias de recursos de inconstitucionalidad).

*Héctor López Bofill*

## EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, el efecto de la sentencia estimatoria habitual en la mayoría de dichos sistemas es el de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales impugnados. Las sentencias estimatorias tienen valor de cosa juzgada, se publican en el boletín oficial, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales. La nulidad con efectos generales contenida en las sentencias estimatorias es la expresión del papel de “legislador negativo” con el que Hans Kelsen, el jurista que concibió el control de constitucionalidad concentrado, calificó la tarea de la jurisdicción constitucional. La nulidad del precepto enjuiciado consignada en la sentencia estimatoria (véase efectos abrogativos de las sentencias) significa que la disposición legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y, además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite en los distintos sistemas no se contempla en el caso de los

procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan medidas de gestión de la nulidad como, por ejemplo, la posibilidad de diferir la expulsión del precepto declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico por un periodo determinado, facilitando que en ese lapso actúe el legislador mediante la aprobación de una legislación adecuada a los mandatos constitucionales. En algunos supuestos, la resolución de un procedimiento de control de constitucionalidad de la ley a través de una decisión interpretativa (véase la voz “Decisiones interpretativas”) también puede adquirir la forma de sentencia estimatoria, especialmente si se trata de una resolución en la que se rechaza una interpretación del precepto enjuiciado por considerarse inconstitucional. Suelen adquirir, asimismo, el carácter de estimatorias las resoluciones que introducen significados normativos mediante interpolación de texto que se añade al precepto legislativo, como sucede en las llamadas sentencias aditivas.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, las sentencias estimatorias en las que se aprecia la inconstitucionalidad de la ley suponen la inaplicación del precepto estimado inconstitucional al caso concreto. El sistema se unifica mediante la regla del precedente, de forma que las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la ley en circunstancias similares de aplicación deben, en principio, contemplarse por los órganos judiciales inferiores, por los órganos judiciales del mismo rango y por el mismo órgano judicial en el futuro. En este sentido, la estimación de la alegación de inconstitucionalidad en los modelos de control de constitucionalidad difuso no afecta al enunciado legal sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en el caso concreto. La apreciación de la incompatibilidad entre la norma legal y la norma constitucional solo tiene efectos *erga omnes* en cuanto se trata de aplicaciones que pueden ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes. Esta limitación hace posible la subsistencia, como derecho vigente, del enunciado del que se hizo derivar la interpretación considerada inconstitucional, pero el mismo precepto legal, aplicado a casos distintos o interpretado de forma distinta puede adecuarse a los mandatos constitucionales. Por ello, la declaración de invalidez solo beneficia a quien ha sido parte en el proceso, de modo que se requiere buscar, en cada caso, la protección judicial para impedir la eficacia del precepto legal.

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado, en los que se prevé el recurso de amparo de tutela de derechos fundamentales, las sentencias estimatorias suelen contener una declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución del poder público que han lesionado el derecho fundamental, un reconocimiento del derecho infringido y las medidas dirigidas a restablecer al recurrente en la integridad del derecho violado o, en su caso, a asegurar la conservación del mismo. La sentencia dictada en amparo no se

ocupa de aspectos de legalidad ordinaria que desborden el examen sobre la supuesta infracción del derecho alegado. Dichas resoluciones tienen valor de cosa juzgada y, en principio, no extienden sus efectos más allá de las partes, aunque la interpretación del derecho constitucional invocado realizada por la jurisdicción constitucional vincula a la jurisdicción ordinaria así como la interpretación de la ley conforme a la Constitución que pueda inferirse de los fundamentos de una decisión de amparo.

En distintos estados políticamente descentralizados, la jurisdicción constitucional también dicta sentencias en litigios que enfrentan a los entes territoriales con el Estado central o a los entes territoriales entre ellos que, en el caso de ser estimatorias, suelen establecer, a quien le corresponde, la titularidad de la competencia controvertida y la anulación del acto considerado invasivo de las competencias reconocidas al ente recurrente. La misma estructura de sentencia estimatoria se sigue en las resoluciones que ponen fin a los conflictos entre poderes del Estado cuyo examen también es atribuido por distintas Constituciones a la jurisdicción constitucional.

*Héctor López Bofill*

## EFFECTOS DECLARATIVOS DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias emitidas por las jurisdicciones constitucionales tienen un carácter eminentemente declarativo en la medida en que no crean una situación jurídica sino que constatan la presencia de un contenido normativo (el mandato constitucional) vulnerado por un contenido normativo de rango inferior (el mandato legal o incluso la norma de un precepto de rango infralegal). De ahí que, en la mayoría de sistemas de control de constitucionalidad concentrado, la misma legislación procesal constitucional califique de “declarativa” la decisión sobre la inconstitucionalidad de la norma. Ello también sucede, en aquellos modelos en los que se prevé un específico procedimiento de tutela de derechos ante la jurisdicción constitucional, en la apreciación sobre la vulneración o no de un derecho fundamental contenida en el fallo. En ese caso, la decisión judicial no constituye la atribución del derecho al recurrente sino que el órgano judicial “declara” si el derecho contenido en la norma constitucional, en su dimensión subjetiva, ha sido o no infringido. En los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, el carácter declarativo de la decisión convive con una cierta idea asociada a los efectos constitutivos en el supuesto en el que la constatación de la incompatibilidad entre la Constitución y el precepto legal examinado solo tenga consecuencias *ex nunc*, es decir, desde el pronunciamiento, notificación y publicación del fallo hacia el futuro (véase efectos constitutivos de las sentencias). Por el contrario, la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad hacia el pasado (la nulidad con efectos *ex tunc*) parece aproximarse a la idea declarativa del juicio de inconstitucionalidad por la que el precepto inconstitucional nunca ha producido efectos y la jurisdicción constitucional se ha limitado a constatar una incompatibilidad preexistente entre la norma legal y el mandato constitucional. Dicha circunstancia, no obstante, como ha sido subrayado por algún sector doctrinal, contrasta con el principio de presunción de consti-

tucionalidad de las leyes (del que se derivaría que hasta que la jurisdicción constitucional argumente lo contrario un precepto legal es válido y produce plenos efectos) y con la observación por la que en la realidad ningún sistema admite una retroactividad ilimitada del fallo anulatorio. Así, pese a las afirmaciones retóricas de algunas jurisdicciones constitucionales que ofrecen una visión del vicio de inconstitucionalidad como vicio “originario” (*Quid nullum est, nullum producit effectum*), lo común es que la irradiación hacia el pasado de los pronunciamientos de inconstitucionalidad se encuentre limitada y dependa de las apreciaciones de la jurisdicción constitucional que complementan la declaración de inconstitucionalidad.

En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, en los que la consecuencia del juicio de inconstitucionalidad es la inaplicación del precepto legal en el caso concreto (y ante la ausencia de nulidad de la ley con efectos *erga omnes*), se considera que la decisión de constitucionalidad tiene efectos declarativos, máxime cuando el objeto del juicio de constitucionalidad no es el precepto legal sino la interpretación que del mismo se realiza en circunstancias concretas y teniendo en cuenta que dicha disposición, pese a la apreciación de la inconstitucionalidad, permanece en el derecho vigente si se aplica a casos distintos o bajo otra interpretación que pueda ser acorde con la Constitución.

*Héctor López Bofill*

## EFFECTOS EX NUNC

La expresión “efectos *ex nunc*” (palabra latina que significa “efectos desde ahora”) alude a los efectos no retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de su publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

En el ámbito del derecho procesal constitucional, sobre todo en los sistemas de control sucesivo, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, sin llegar a una postura común, como lo demuestra el derecho comparado, en el que hay ejemplos diversos de ambos efectos. Sin embargo, como reflejamos en el comentario de la voz de los efectos *ex tunc*, entendemos que técnicamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe tener efectos retroactivos, los propios de la nulidad.

De cualquier forma, Kelsen defendió un esquema en el que los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

Para este autor, el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal ya que no aplica normas a hechos concretos, sino un legislador negativo, porque analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley), y



cuya actividad está absolutamente determinada por la carta magna. El juez constitucional actúa sobre la ley misma y no sobre su aplicación en un litigio determinado. A él le corresponde eliminar la ley incompatible con la Constitución, y al hacerlo pone de manifiesto la incompetencia en la que ha incurrido el legislador al intentar ocupar el lugar del poder constituyente. El tribunal constitucional es un “guardagujas” que indica que la vía correcta que debía haberse seguido para introducir la norma era la constitucional y no la legislativa, o sea, que debía haberse procedido a una reforma de la Constitución para incorporar esa norma al ordenamiento.

La eliminación de la ley inconstitucional tiene, en Kelsen, efectos *ex nunc* (irretroactivos) y *erga omnes* (frente a todos), que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. En este sentido, dicho jurista afirmaba que “la anulación de la ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo más que la elaboración con signo negativo” (Kelsen, 1928). Por lo tanto, la ley inconstitucional recibe la sanción de anulabilidad, que es irretroactiva, en consecuencia lógica con la naturaleza de legislador negativo. Y la derogación opera, como es sabido, *ad futurum*. Todos los proyectos, de Kelsen, de Constitución para la Austria de la Primera posguerra, que serán la base del proyecto oficial, prevén estos efectos *ex nunc* para las declaraciones de inconstitucionalidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad será, por ello, constitutiva. De esta forma, trataba de huir de los riesgos de un gobierno de jueces, que en la época del jurista austríaco podía venir favorecido por ciertos postulados en boga en algunos ambientes como los de la Escuela de Derecho Libre, que trataban de relajar el sometimiento de los jueces a la ley.

Estos planteamientos se plasmarán en la Constitución austríaca de 1920 y en la checoslovaca del mismo año, gracias a las cuales la construcción teórica señalada encontrará, casi de inmediato, aportaciones de la práctica. Asimismo, la influencia en la configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 también es evidente.

A pesar de que, superado Kelsen y, como ya dijimos, lo más correcto desde un punto de vista técnico es el efecto retroactivo para la declaración de inconstitucionalidad, no existe unanimidad en este sentido. De esta forma, en diversos ordenamientos el efecto general de esta declaración es la irretroactividad. En Europa nos referimos a Albania, Austria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Macedonia, Moldavia, Polonia y Rumania (en este caso, tanto para las sentencias estimatorias como desestimatorias). No obstante, en Grecia, el art. 51 de la ley que regula el Tribunal Especial Superior habilita a éste a dotar de retroactividad su decisión de inconstitucionalidad, al tiempo que permite la introducción de demandas destinadas a revisar sentencias firmes. Además, la administración está obligada a retirar los actos administrativos tomados con base en la ley ilegítima. De igual forma, los arts. 139.6 y 140.7 de la Constitución austríaca también posibilitan a su Tribunal Constitucional a decretar la retroactividad. Asimismo, el art. 132.2 de la carta magna albanesa permite al Tribunal Constitucional fijar la fecha en la que la decisión de inconstitucionalidad adquirirá fuerza.

Incluso, en América la opción más generalizada es la de los efectos *ex nunc*. Así, en Guatemala, ante la declaración de inconstitucionalidad, la nor-

ma afectada dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación del fallo en el *Diario Oficial* (art. 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). En Honduras también hay que interpretar este efecto ya que se habla de la derogación de la ley inconstitucional (art. 185 de su Constitución). En México, la declaración de invalidez en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad “no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal” (art. 105 de la Constitución mexicana). En Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma legal “no tiene efecto retroactivo” (arts. 204 de la Constitución peruana y 81 de su Código Procesal Constitucional). En fin, en la República Dominicana, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos “para el porvenir”, aunque el Tribunal Constitucional puede “reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones” (art. 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

*José Julio Fernández Rodríguez*

## EFECTOS *EX TUNC*

La expresión “efectos *ex tunc*” (locución latina que significa “efectos desde entonces”) alude a los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se registrarán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

Como dijimos en la voz anterior, en el ámbito del derecho procesal constitucional, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Se trata de una cuestión en la que la doctrina se ha mostrado discrepante, y el derecho comparado también, dado que acoge ejemplos diversos de ambas opciones.

De todos modos, a nuestro entender y desde un punto de vista teórico, en el control de constitucionalidad de la ley por parte de un tribunal constitucional parece que la solución más acertada respecto de la decisión estimatoria de la inconstitucionalidad son los efectos *ex tunc* o retroactivos. La sanción de nulidad de la norma contraria a la carta magna entraña la expulsión de esa disposición con efectos retroactivos (si los efectos fueran irretroactivos habría que hablar más bien de anulabilidad, no de nulidad). La ley inconstitucional incurre en un vicio sumamente grave, el mayor vicio que puede contener una norma: ser contraria a la *lex superior* que objetiva la soberanía del pueblo. Por ello, el vicio de inconstitucionalidad debe ser castigado con la mayor sanción posible, la nulidad y sus consiguientes efectos retroactivos. Es necesario eliminar, desde su nacimiento, la propia norma y los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones, según veremos más abajo, que impone la seguridad jurídica.

La naturaleza de la sentencia que contiene la declaración de nulidad de la norma inconstitucional es declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional).

A pesar de defender que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser retroactivo, en el esquema de Kelsen, sin embargo, los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos, tal y como vimos en el comentario a la voz sobre dicho efecto. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que ésta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que ésta entra en vigor. No obstante a lo dicho, no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad de la teoría general del derecho. En efecto, la nulidad, como categoría general, consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del derecho procesal constitucional.

En este orden de cosas, el art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán obliga a declarar la nulidad de la ley considerada inconstitucional. En la misma línea se expresan los arts. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español y 282 de la Constitución portuguesa. La retroactividad de esta declaración está clara en Bélgica, España (interpretando *a contrario sensu* el art. 40 de la Ley del Tribunal Constitucional) y Portugal (aunque el párrafo cuarto del art. de la Constitución lusa acabado de citar permite al Tribunal dar un alcance más restrictivo a la inconstitucionalidad en razón de la seguridad jurídica, la equidad o el interés público). Por su parte, los arts. 136 de la Constitución italiana y 30 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional italiano no resultan tan nítidos al indicar, el primero, que la declaración de ilegitimidad constitucional de una disposición legislativa o de un acto que tenga fuerza de ley supone que esa disposición cesa de estar en vigor desde el día siguiente de la publicación de la decisión, y, el segundo, que no puede recibir aplicación a partir de la misma fecha. No obstante, la jurisprudencia italiana (al igual que, entre otras, la alemana y española) confirma lo dicho sobre el carácter retroactivo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad.

En América también encontramos ejemplos de efectos hacia atrás en el tiempo, aunque menos numerosos que los efectos *ex nunc*. En Costa Rica, la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto retroactivo “a la fecha de

vigencia del acto o de la norma” (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), aunque la sentencia podrá graduar en el tiempo dicho efecto.

La virtualidad retroactiva que hemos atribuido al pronunciamiento de inconstitucionalidad no es absoluta sino que se salvan distintas situaciones. No cabe duda de que la lógica de la nulidad de la ley inconstitucional no debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, destruyendo así relaciones ya consolidadas y de efectos fenecidos. El principio de seguridad jurídica exige tal limitación, dando lugar, en general, a que se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (ejemplos de ello son Alemania, España, Italia, Portugal, Costa Rica o México). En efecto, el art. 40.1 de la Ley del Tribunal Constitucional español prevé la revisión de los casos penales o contencioso-administrativos en que la nulidad de la norma aplicada beneficie al castigado (reducción de la pena o de la sanción, exención o limitación de la responsabilidad). Ello no es óbice para entender corregida la línea jurisprudencial relativa a esos preceptos anulados, según el art. 40.2 de la misma ley. Por su parte, el art. 105 de la Constitución mexicana da efectos retroactivos a las declaraciones de invalidez en materia penal que se producen en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, siendo la regla general la irretroactividad (se supone que esta retroactividad en materia penal solo se produce en sentido favorable).

La tentativa de eliminar los efectos que ha dejado la ley inconstitucional, por mor de la sanción de nulidad que técnicamente debe aplicarse, tendría que dar lugar a que las normas derogadas por la ley inválida vuelvan a entrar en vigor. Así lo establecen los arts. 282.1 de la Constitución portuguesa y 140.6 de la Constitución austríaca (salvo que en el fallo se disponga otra cosa), y ello a pesar de que en el país centroeuropeo la sanción es de anulabilidad. Esta es una solución poco extendida porque, al margen de otras consideraciones, resulta demasiado agresiva con la seguridad jurídica. En este sentido se expresa el art. 83 del Código Procesal Constitucional del Perú, donde se establece que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

La construcción explicada en los párrafos anteriores puede verse alterada cuando un tribunal constitucional dicta una sentencia atípica (del estilo de una recomendación al legislador, que no incluye nulidad), precisamente, a lo mejor, para huir de la rigidez del binomio inconstitucionalidad-nulidad y poder adaptarse mejor a la realidad que debe resolver.

*José Julio Fernández Rodríguez*

## EFFECTOS FISCALES DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

La labor interpretativa que realizan los órganos jurisdiccionales, como garantes de la Constitución, es una función creadora y dinámica del derecho que permite concretizar principios generales de las Constituciones. En esta labor,

los jueces constitucionales se convierten en intérpretes judiciales de la Constitución para decidir, con base en el derecho, lo que es o no derecho, haciendo una reconstitución de la realidad. Sin embargo, las decisiones judiciales derivadas del control de la constitucionalidad de normas trae aparejada una serie de consecuencias que puede estudiarse a la luz de los efectos que despliegan (jurídicos, políticos, sociales, económicos, etcétera). De esta forma es posible identificar una tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales (Hernández Valle, 2010) que pueden clasificarse de la siguiente manera:

*Sentencias aditivas.* Son aquellas que integran el contenido lagunoso u omiso de la legislación y propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales. En materia tributaria, se trata de sentencias que amplían la cobertura de la norma extendiendo el supuesto de no sujeción o de exención al grupo de contribuyentes arbitrariamente excluido por la imposición legislativa, con el objeto de otorgarles el mismo tratamiento respecto de las deducciones, exenciones o minoraciones. Sin embargo, en ocasiones, equiparar el beneficio a determinados grupos puede implicar altos costes de operación en detrimento de la hacienda pública.

*Sentencias de recomendación al legislador.* También conocidas como sentencias declarativas o estimatorias, se caracterizan por dirigir recomendaciones al legislador acerca de cómo reparar la inconstitucionalidad. Debido a su poco éxito, en Italia se han incorporado las denominadas sentencias *doppia pronuncia*, que consisten en dictar una primera sentencia en la que se otorga un plazo al legislador para enmendar el vicio de inconstitucionalidad de la ley, de no cumplir oportunamente, se dicta una segunda sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

*Sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales.* Son sentencias que anulan la disposición impugnada pero con eficacia prospectiva (*ex nunc*), por lo que se tutela la disposición constitucional pero sin efectos retroactivos. En materia tributaria, este tipo de sentencias suele hacer nugatorio el derecho de los contribuyentes a la devolución de cantidades pagadas indebidamente a la administración tributaria con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo.

*Sentencias de inadmisibilidad (o anti-aditivas).* Son aquellas en las que la Corte o tribunal constitucional reconoce su incompetencia para invadir la función legislativa, indicando que la resolución corresponde al legislador en ejercicio de sus potestades discrecionales, por lo que este tipo de sentencias cumplen una labor cuasi exhortativa en relación con el legislador. Al respecto, en la mayoría de los textos constitucionales, la facultad impositiva está sometida a reserva de ley; es decir, no hay tributo sin ley.

*Sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple.* Este tipo de sentencias no cuestiona la exclusión arbitraria de beneficio a un determinado grupo de contribuyentes, sino el beneficio mismo otorgado a los otros. Por tanto, tienen un doble efecto: respecto de los recurrentes, declaran la inadmisibilidad por considerarse un tema propio de la discrecionalidad legislativa y, respecto de los beneficiarios originales, anulan el privilegio violatorio del principio de igualdad tributaria. Así, estas sentencias tienen el problema de que pueden perjudicar a personas que, sin haber recurrido a los estrados ju-

diciales, ven lesionados o disminuidos derechos prestacionales adquiridos de buena fe al amparo de una decisión discrecional del legislador.

*Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial.* Son aquellas que anulan la norma impugnada en cuanto benefician o perjudican exclusivamente a determinadas categorías de sujetos pasivos del tributo, rompiendo la igualdad ante la ley tributaria. Los tribunales tienen entonces dos opciones: extender el beneficio a los contribuyentes excluidos o dejar que sea el legislador quien enmiende el vicio de inconstitucionalidad eliminando el supuesto trato privilegiado.

*Sentencias aditivas distributivas.* Se trata de fallos judiciales que amparan el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordenan que el monto originalmente presupuestado para hacer frente al pago de los beneficiarios originales se prorratee entre todos, tanto entre los originales como entre los nuevos, aunque se disminuyan sustancialmente los derechos de aquéllos.

Tomando en cuenta que las decisiones judiciales pueden involucrar que se tome a consideración la fuente de las asignaciones presupuestarias para restaurar la constitucionalidad, o para sufragar presupuestalmente los costos derivados de extender el privilegio al grupo de contribuyentes excluidos por la imposición legislativa, los jueces constitucionales deben ponderar, caso por caso, el tipo de sentencia más favorable para el mantenimiento de las finanzas públicas, siempre en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

*Israel Santos Flores*

## EFECTOS INTER PARTES

Este tipo de efectos, en sentido jurídico, significa que la decisión que los posee se aplicará solo a las partes que han intervenido en el procedimiento o proceso que acaba con tal decisión (traducido literalmente del latín significaría “efectos entre la partes”). La categoría contraria a ésta serían los efectos *erga omnes*, que originan que la decisión se aplique a todos y no solo a los que han intervenido en el procedimiento o proceso (la traducción literal del latín sería “efectos frente a todos”).

La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del derecho procesal constitucional puede imponer una visión diferente. En efecto, en este ámbito del derecho procesal constitucional, en función del sistema en el que estemos y del tipo de proceso, los efectos serán unos u otros.

En sistemas difusos de control de constitucionalidad, la sentencia del juez ordinario que efectúa tal control tendrá efectos entre las partes de su proceso. Lo que hace dicho juez es inaplicar la norma inconstitucional al caso. El control en un sistema difuso es un control concreto, en la medida en que se ejerce con ocasión de un litigio determinado, y sus decisiones tienen una autoridad de cosa juzgada relativa, en el sentido de que la inconstitucionalidad solo valdrá para el asunto y las partes del litigio que se está sustanciando.

Los recursos ulteriores o la selección de casos deberían permitir al tribunal supremo, en un sistema difuso, unificar decisiones discrepantes y dotar de un trasunto de efectos generales a través de la vinculación que genera la juris-

prudencia del órgano que encabeza el Poder Judicial. En concreto, en Estados Unidos, el sistema del precedente y el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Esto da lugar a que el efecto final de una declaración de inconstitucionalidad sea equivalente a una anulación por la generalidad que en la práctica adquiere. La colocación del tribunal supremo de este país en la cima de la jerarquía judicial da unidad al sistema. Tal tribunal, desde 1925, ostenta un poder discrecional de selección de asuntos (el privilegio del *certiorari*) que le permite escoger los casos sobre los que va a llevar a cabo un control de constitucionalidad.

En cambio, en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad efectuada por un tribunal constitucional u órgano equivalente debe tener efectos generales o *erga omnes*. Ello también es predicable en un sistema mixto cuando actúa el órgano de jurisdicción constitucional. La decisión de inconstitucionalidad de la norma parece tener así una fuerza similar a la de la ley eliminada. Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general debe carecer de este efecto frente a todos limitándose a una eficacia *inter partes*. Así, en Costa Rica el art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones que denieguen la acción de inconstitucionalidad “únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto”.

Ya en Kelsen la eliminación de la ley inconstitucional tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*, que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. Recordemos que para dicho autor el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal, al no aplicar normas a hechos concretos, sino un legislador negativo que analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley).

A pesar de que parte de las posiciones de Kelsen están superadas, los sistemas concentrados o mixtos mantienen esta característica de los efectos generales ante la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del tribunal constitucional o equivalente (Alemania, Brasil, España).

Sin embargo, hay algún caso en un sistema concentrado o mixto en el que la declaración de inconstitucional tiene efectos *inter partes*, a pesar de ser dictada por un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. Ello resulta criticable por las exigencias de la naturaleza de tal declaración. En este sentido, podemos citar a Paraguay, donde el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema declarando el carácter contrario a la Constitución de ciertas disposiciones “solo tendrá efecto” en relación con cada caso concreto (art. 260.1 de la carta magna paraguaya). Por esa razón se habla de declaración de inaplicabilidad, no de nulidad ni anulabilidad. También en Uruguay el fallo de la Suprema Corte de Justicia “se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado” (art. 259 de la Constitución uruguaya).

Al margen del tema del control de constitucionalidad de la ley, las acciones protectoras de derechos también suponen una importante competencia de la jurisdicción constitucional. Si estamos ante las acciones protectoras de derechos, sea en un sistema difuso o concentrado, desde el punto de vista técnico, el efecto debe limitarse a quienes hayan sido parte en el proceso.

El efecto *inter partes* refuerza el sentido subjetivo de una acción. Ello es especialmente patente en las acciones de tutela de derechos, en las cuales se protege al individuo frente a las vulneraciones o amenazas que sufre uno de sus derechos, normalmente, en su configuración tradicional, llevadas a cabo por el poder público. De todos modos, no hay que olvidar la doble dimensión de estos procesos de tutela de derechos, pues al lado de la citada vertiente subjetiva, de protección de las personas en situaciones concretas, existe una dimensión objetiva, de interpretación y defensa del ordenamiento constitucional.

*José Julio Fernández Rodríguez*

## EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Al dirimir conflictos y controversias, es función de los jueces y tribunales “impartir justicia”; si bien existe gran discusión sobre qué significa la justicia en este contexto, es decir, si se limita a la aplicación de la ley o si puede y debe ir más allá de ésta. Sin embargo, la impartición o administración de justicia, en tanto se atribuye a un conjunto organizado de instituciones del Estado, debe atender a otros valores y criterios, como los de “eficacia” y “eficiencia”. Así se advierte, por ejemplo, de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...*”. El mismo art. prevé la creación de *mecanismos alternativos de solución* de conflictos, así como la necesidad de garantizar la *plena ejecución de las resoluciones* de los tribunales. Los conceptos subrayados aluden claramente a cuestiones de eficacia y eficiencia en la justicia.

Los conceptos de “eficacia” y “eficiencia” pueden definirse de manera sencilla. “Eficacia” significa el *logro de los objetivos* para los cuales ha sido establecida una institución o se ha creado un procedimiento. ¿Cuáles son los objetivos de la impartición de justicia? Podemos atribuirle los mismos que Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) considera que son las funciones últimas del derecho: la orientación de las conductas, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder. En el caso de la impartición de justicia, tiene prioridad lógica el tratamiento de los conflictos, por ser la puerta de entrada a la función jurisdiccional. Ferrari no habla de “solución” de los conflictos, porque no siempre éstos se resuelven, sino que a veces persisten y se agudizan después de un juicio. Adicionalmente, hay que considerar que no todos los asuntos que llegan a los tribunales son, estrictamente hablando, verdaderos conflictos, sino que en ocasiones su intervención se debe a requerimientos de tipo “administrativo” o “notarial”. Por ello, es preferible hablar de que la justicia resuelve *controversias jurídicas*. Los tribunales serán eficaces entonces si logran dar respuesta adecuada a esas controversias, contribuyendo de ese modo a orientar el comportamiento no solo de las partes en el juicio sino de los terceros, que de ese modo saben a qué atenerse en situaciones similares (“seguridad jurídica”), así como a legitimar al Estado en la medida



en que los ciudadanos hagan uso de una vía institucional y se abstengan de “hacer justicia” por propia mano. Un aspecto problemático de la eficacia de la impartición de justicia es el *cumplimiento* de las resoluciones judiciales, pues éste tiene que enfrentar con frecuencia la natural resistencia de la parte perdedora y de su entorno inmediato, pero en ocasiones también la de grupos sociales más amplios.

Dentro del marco de la eficacia de la impartición de justicia, las sociedades contemporáneas esperan también que dicha función se realice con *eficiencia*, la cual es un concepto de origen económico que implica el mejor uso posible de los recursos. En un contexto que, por definición, es de escasez, los recursos tienen siempre usos alternativos; por tanto, serán eficientes aquellos usos que logren los mayores beneficios con los menores costos posibles. En relación con la impartición de justicia podremos hablar de eficiencia en tres sentidos, a los cuales denominaremos “eficiencia institucional”, “eficiencia organizacional” y “eficiencia instancial”.

Los dos primeros conceptos han sido tomados de Douglass C. North (*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, 1993). La impartición de justicia es eficiente desde el punto de vista de su función institucional cuando logra contribuir a la *reducción de los costos de transacción*, es decir, los costos (sobre todo de información) que hay que afrontar para poder realizar operaciones de intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, los costos de valuación). Al proteger efectivamente los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos, los tribunales contribuyen a reducir los costos de transacción en una sociedad, esto es, facilitan o abaratan el intercambio económico, lo cual se traduce en condiciones favorables para la inversión y el crecimiento.

La *eficiencia organizacional* se refiere a la capacidad de procesamiento que tienen los tribunales en cuanto organización. Una organización consiste en un conjunto de roles o funciones especializados que se interrelacionan para el logro de un objetivo común, en este caso, la producción de resoluciones judiciales. Este producto puede lograrse de manera eficiente aumentando, mediante diversas intervenciones, la capacidad de procesamiento de la organización. En primer lugar, pueden acelerarse los *procedimientos* reduciendo los plazos para su conclusión, o especializando el procedimiento mismo para que se ajuste de mejor manera al tipo de conflicto o controversia que maneja el tribunal. Esta opción incluye la posibilidad de introducir *mecanismos de solución alternativa de conflictos* dentro de la organización de un tribunal (conciliación, arbitraje). En segundo lugar, también puede aumentarse la capacidad de procesamiento modificando la *división del trabajo*, mediante la implementación de distintos modelos internos de organización o a través de la creación de funciones de gestión y administración especializadas (*court management*).

Por *eficiencia instancial* entenderemos la regulación de la *oferta y demanda* de servicios judiciales ante los tribunales. Idealmente, la justicia será eficiente si logra un equilibrio entre la oferta y la demanda de tales servicios, para lo cual requiere operar de manera selectiva. *Selectividad* significa que, en principio, solamente sean atendidos por la justicia los asuntos aptos para su tratamiento judicial.

La selectividad tiene dos aspectos: uno *vertical* y otro *horizontal*. Desde el punto de vista vertical, la selectividad exige que en cada instancia del aparato judicial se procesen solamente aquellas controversias que lo ameriten de algún modo. Por ejemplo, sería ineficiente que todos los asuntos resueltos en una primera instancia se revisaran en apelación; sería eficiente, en cambio, que solamente se apelaran aquellos asuntos en que exista una probabilidad cierta de error. Para regular este tipo de eficiencia resultan de gran relevancia, por un lado, las normas competenciales y su interpretación por los tribunales mismos y, por el otro, el número y la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista horizontal, la selectividad implica la existencia de alternativas o filtros externos para el procesamiento de los conflictos, como los despachos de abogados y otras instancias profesionales, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) y los llamados mecanismos de estabilización sistémica, como los seguros, las fianzas y las hipotecas, que permiten prevenir y resolver los conflictos de manera institucional y con baja probabilidad de recurso al litigio judicial.

En resumen, en las sociedades contemporáneas, los ciudadanos esperan no solo que los jueces y tribunales “hagan justicia”, es decir, que dicten resoluciones que sean aceptables desde el punto de vista de los valores sociales, sino que también sean eficaces, esto es, que tengan efectos reales y eficientes, entendiendo por tales aquellas que hagan o promuevan el mejor uso posible de los recursos sociales. Solamente la justicia que satisface estas expectativas cumple también con los requisitos que dispone la Constitución.

*Héctor Fix-Fierro*

## EMPODERAMIENTO

Las primeras acepciones en torno al empoderamiento hacen su aparición en lengua inglesa en textos datados del siglo XVII. En ellas, *empowerment* es sinónimo de capacidad e impulso (León, 2001). Más recientemente, la década de los sesenta fue la base para la reflexión y acción de un movimiento social importante llevado a cabo en Estados Unidos de América. Las reivindicaciones y los análisis teóricos desarrollados en torno al movimiento *Black Power* o *Black Empowerment*, a la vez que precursores, son indispensables para llevar a cabo cualquier reflexión crítica en torno al poder y al cambio en las estructuras sociales.

Por otro lado, en lo referente a las mujeres, relaciona los primeros usos del término *empowerment* a las investigaciones de Mujeres en Desarrollo (*women in development*). Su procedencia, concretamente, se sitúa en el texto que Sen y Grown prepararon para la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi en 1985. Dicho escrito se publicó en 1987 y se tradujo al español como *Desarrollo, crisis y enfoques alternativos: perspectivas de la mujer en el tercer mundo*. En el citado contexto, el concepto se determinó como estrategia impulsada por las mujeres del Sur.

El concepto siguió su andadura en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing. En dicha ocasión, por primera vez, se relacionó

el impulso de las mujeres con la construcción social, sin condiciones y sin poner en tela de juicio sus capacidades. De este modo se reforzó la participación social de las mujeres. De esta cita en adelante, el concepto de empoderamiento, o *empowerment*, junto con el de transversalidad o *mainstreaming* fueron dos estrategias esenciales recomendadas a los gobiernos para el trabajo que tiene como objetivo la igualdad entre mujeres y hombres.

Si entre los diferentes autores se difunde el uso de término después de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing (1995), en lo que se refiere a los movimientos feministas, éste empieza a emplearse paulatinamente en la década de los sesenta. Las autoras Maxine Molyneux, Carolyn Moser eta Kate Young, entre otras, trabajaron en torno al empoderamiento haciendo una diferenciación entre intereses y necesidades prácticas y estratégicas. De esta manera, señalan que los diferentes tipos de necesidades que tienen las mujeres están relacionadas directamente con el estatus que ocupan en la sociedad (Rowlands, 1997). Las necesidades prácticas suelen ser inmediatas y urgentes, y hacen referencia a las necesidades materiales y primarias; en la mayoría de las veces están relacionadas con la supervivencia. Las necesidades estratégicas, en cambio, son respondidas a largo plazo y posibilitan cambios indispensables en las relaciones de poder entre mujeres y hombres (León, 2001). Las necesidades prácticas las sufren algunas mujeres; las estratégicas, en cambio, todas las mujeres. La diferenciación entre ambas no siempre es evidente, dado que muchas de las veces podemos responder a las condiciones estratégicas de las mujeres una vez dando respuesta a las necesidades prácticas. De tal manera, trabajar en solucionar las estratégicas necesariamente toma en cuenta a las prácticas (León, 2001).

Desde el punto de vista analítico, existen al menos dos dimensiones diferentes de empoderamiento: el individual y el colectivo.

El empoderamiento individual o personal se puede definir de la siguiente manera: es un proceso personal en el cual cada mujer desarrolla instrumentos que la refuerzan y le brindan la posibilidad de defenderse y hacer frente a la opresión dejando de estar sometida (Lagarde, 2000). Se abre la posibilidad de que haga cosas por sí sola (León, 2001), y más aún, que sea capaz de deshacerse las consecuencias de la opresión sufrida (Rowlands, 2005), al mismo tiempo que desarrolla la confianza en sí misma. Muchas de las veces, las actividades que posibilitan el empoderamiento de las mujeres, aquellas que son impulsadas por diferentes instituciones, se desarrollan en términos individuales, identificando y poniendo el valor la autoconfianza personal antes que la cooperación, la cual pone en duda las estructuras de poder que oprimen a las mujeres (Oxaal y Baden, 1997).

Por otro lado, el empoderamiento colectivo se lleva a cabo cuando las personas consiguen de manera conjunta más efectividad de lo que lograrían de manera individual (Rowlands, 2005). Hay quien hace referencia a la idea de que en confianza y en alianza se hace frente al orden social antiguo y a la capacidad colectiva de construir la cotidianidad mediante modos de convivencia social, económica, política y cultural (Lagarde, 2000).

Los puntos de vista que se limitan al empoderamiento individual han recibido muchas críticas. Éstos no reconocen la relación entre las estructuras de

poder y las prácticas en la cotidianidad del colectivo y el individuo. Además, desconecta a las personas del contexto sociopolítico e histórico, de la solidaridad que presenta el empoderamiento, alejándose del significado de preocuparse por el prójimo (León, 2001).

Mientras que algunos autores defienden que el empoderamiento solamente puede darse a nivel individual, otros autores sostienen que es un primer paso esencial para lograr el empoderamiento colectivo, a pesar de que limitar el empoderamiento a ese ámbito no es suficiente (Rowlands, 2005). En general, si no se lleva a cabo el empoderamiento en un contexto donde haya ilusión, y si el proceso político no está relacionado con acciones colectivas, es muy difícil que tenga éxito, puesto que no se puede limitar el empoderamiento a sus acciones y olvidarnos del contexto histórico y político donde se quiere implementar. El empoderamiento incluye el cambio y las acciones colectivas (León, 2001).

*Maidier Zilbeti Pérez*

## ENTRADA EN VIGOR

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la locución “vigor” (del latín *vigor*, *-ōris*) significa, para los efectos que aquí importan, “viveza o eficacia de las acciones en la ejecución de las cosas”, o bien, “fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas”. Por su parte, la locución «entrada» hace referencia a la “acción de entrar” y, a su vez, la locución “entrar” (del latín *intrāre*) significa “empezar o tener principio”, “formar parte de la composición de ciertas cosas”, o bien, “dar principio a la acción de algo”, por lo que hablar de la *entrada en vigor* de cualquier norma jurídica significa apelar al *principio a partir del cual una norma comienza a formar parte del orden jurídico adquiriendo fuerza para obligar a sus destinatarios y produciendo los efectos jurídicos a los que está llamada*.

Por lo que hace al derecho procesal constitucional —concretamente desde el punto de vista del juicio de amparo—, toma especial importancia este concepto debido a que, por regla general, cuando se promueve un amparo en contra de normas jurídicas autoaplicativas, es decir, normas que por su sola *entrada en vigor* comienzan a generar afectaciones a los derechos de los particulares aun sin existir actos de aplicación de las mismas, será la fecha de *entrada en vigor* el momento en que comience a computar el plazo para su impugnación.

Así, por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de México ha establecido que “el juicio... contra una ley autoaplicativa puede interponerse... dentro de los treinta días hábiles contados desde que entra en vigor [por lo que] el cómputo del plazo señalado inicia desde el día de su vigencia a las cero horas, porque resultaría incongruente que si la ley de esta naturaleza causa un perjuicio desde la misma fecha en que su observancia es obligatoria, el plazo para promover el juicio empezara a contar hasta el día siguiente...” (Tesis: 2a./J. 26/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, mayo de 1998, p. 461).

Criterio diverso debe aplicarse en tratándose de la impugnación de normas generales vía acción de inconstitucionalidad, toda vez que, por regla ge-

neral, la también denominada acción abstracta de inconstitucionalidad debe interponerse en el plazo que establezca la norma procesal correspondiente, computando dicho plazo a partir de la fecha de publicación de la norma objeto de impugnación. Lo anterior es así debido a que en la acción abstracta, a diferencia de lo que acontece en el amparo, no resulta trascendente que la norma impugnada produzca ya los efectos jurídicos a los que está llamada, afectando derechos de los particulares, sino que lo que importa es que la norma ya haya sido promulgada de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica, es decir, con las normas que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo.

*Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

## ENUNCIADOS DE LOS PRECEDENTES

El célebre lingüista Ferdinand de Saussure expone en su *Curso de lingüística general* (1916) el concepto de “signo lingüístico”, constituido por dos elementos: el significante y el significado.

El significante corresponde al elemento empíricamente perceptible (grafema o fonema) que se lee o escucha. En general, y sin entrar en detalles técnicos, se puede decir que el significado corresponde al sentido que tiene el significante en una lengua determinada. La relación entre un significante y su significado no es necesaria, sino contingente, de lo cual da cuenta la multiplicidad de significantes que pueden expresar el mismo significado. Por ejemplo: “casa”, *house* (inglés) y *maison* (francés), son significantes diferentes que expresan el mismo significado.

De la misma manera que sucede con las letras (que aisladamente consideradas carecen de significado pero que al organizarse en significantes producen significados), los signos lingüísticos pueden organizarse en estructuras a una escala superior que producen nuevas unidades de significado. Al conjunto de significantes dispuestos secuencialmente conforme a las reglas sintácticas de una lengua determinada se les denota con la expresión “enunciado” y juegan un papel equivalente al significante de las palabras, en tanto que son empíricamente perceptibles. Al igual que ocurre con la dicotomía “significante-significado” a nivel de las palabras, los enunciados tienen un elemento de significación que es denotado por la expresión “proposición”. Una diferencia importante entre ambas dicotomías es que mientras los elementos constitutivos de los significantes (las letras) carecen de significado, los significantes, elementos constitutivos de los enunciados, sí poseen un significado que en algún sentido determina el significado o significados del enunciado en cuestión, es decir, a la o las proposiciones a él asociadas.

Como es ampliamente conocido, algunas palabras son polisémicas, es decir, tienen más de un significado. Por ejemplo, en el discurso jurídico, el significante “acción” puede tener como significados: *a)* el primer acto procesal por virtud del cual se inicia un proceso jurisdiccional (derecho procesal) o *b)* clase de título valor (derecho mercantil).

A pesar de que no exista una expresión equivalente a “sinonimia” a nivel de los enunciados, éstos presentan la misma propiedad que las palabras en el sentido de que un mismo enunciado puede tener asociadas varias proposiciones. Por ejemplo, el enunciado: “Juan fue detenido con un ladrillo” puede significar: 1. A Juan se le propinó un ladrillazo; 2. A Juan (trabajador de la construcción) se le impidió seguir su camino cuando portaba un ladrillo (material de construcción), y 3. A Juan se le aprehendió cuando llevaba un paquete de droga (significado que tiene “ladrillo” en el argot del crimen organizado). Como se puede observar, las propiedades semánticas de las palabras determinan el significado de las proposiciones. En el ejemplo anterior, tanto la polisemia de “ladrillo” como la de “detener” juegan un papel importante en las distintas proposiciones asociadas al mismo enunciado.

De igual manera que sucede con la dimensión multinivel que va de significantes a enunciados y de significados a proposiciones, los enunciados pueden organizarse en estructuras de nivel superior y constituir sistemas de enunciados. Por ejemplo, una novela es un sistema de enunciados con identidad propia. “Harry Potter” y “El Señor de los Anillos” son totalmente independientes, al igual que lo son el código civil y el código penal.

La dicotomía “empíricamente perceptible-significación” se repite en este nivel y es así que el mismo cuento de Harry Potter puede encontrarse traducido en diferentes idiomas. El elemento empírico puede ser denotado por la palabra “texto”, mientras que el de significación con “discurso”.

Con base en lo anterior es posible definir la expresión “argumentación” como un sistema de enunciados cuya propiedad distintiva respecto de otros sistemas de enunciados es que las proposiciones asociadas a los mismos juegan el papel de premisas de las que se sigue una conclusión.

También en este nivel se repite la dicotomía “empíricamente perceptible-significación”, como se pone de manifiesto cuando una sentencia judicial es traducida en diferentes idiomas. En este caso, el elemento empírico es denotado con la expresión “argumentación”, mientras que el de significación con el término “argumento”.

No todos los argumentos dentro del dominio jurisdiccional cumplen la misma función institucional. Si bien es cierto que toda decisión jurisdiccional resuelve un conflicto jurídico, algunas decisiones y los argumentos por los que se justifican tienen efectos más allá de la resolución del caso concreto y son vinculantes para otros órganos de impartición de justicia. Normalmente son emitidas por órganos de la más alta jerarquía, facultados para producir este tipo de argumentos. Llamaremos a éstos “argumentos institucionalmente vinculantes”, los cuales están presentes tanto en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, como en el sistema anglosajón, con matices funcionales importantes. Mientras en el sistema romano-germánico el razonamiento parte de la interpretación de las normas para la resolución de un caso y, por tanto, para la producción de argumentos institucionalmente vinculantes, en el sistema anglosajón, el razonamiento parte de los hechos y busca fundamentar sus decisiones en argumentos institucionalmente vinculantes previamente emitidos. A pesar de sus aparentes diferencias, ambos sistemas toman en cuenta dos tipos de elementos para fundar sus decisiones,

pero atribuyéndoles pesos distintos como soportes de fundamentación. En el sistema romano-germánico se acentúa el peso de la ley, sus argumentos institucionalmente vinculantes, contenidos en la jurisprudencia, tienen un papel relativamente secundario en tanto son interpretación de la legislación. En el sistema anglosajón, el peso de fundamentación principal se encuentra en sus argumentos institucionalmente vinculantes denominados “precedentes”, y el derecho estatutario, equivalente a la legislación, tiene una importancia menor.

Con respecto a la dinámica de ambos sistemas, mientras el primero está condicionado a los cambios en la legislación, el segundo implica la adaptación de precedentes a casos nuevos o, en su caso, justificar las razones por las cuales en un caso específico existen hechos relevantes que hacen inaplicable un precedente, a pesar de las semejanzas del caso con los considerados en los precedentes. También es posible que ciertos precedentes sean declarados inaplicables al ser sustituidos por otros más acordes a la evolución social (*overruling*).

De lo anterior se desprende que el término “enunciados de los precedentes” denota a cada uno de los elementos constitutivos de una argumentación que contiene un argumento institucionalmente vinculante dentro de la tradición del derecho anglosajón. La determinación de su aplicación para casos posteriores al que les dio origen estará determinada, en buena medida, por las propiedades semánticas que se les atribuyan al determinar una proposición como su contenido semántico y la relación del mismo con las propiedades fácticas del caso en cuestión.

*Enrique Cáceres Nieto*

## ENUNCIADOS DOGMÁTICOS

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen (1960) sostiene que las oraciones de la ciencia jurídica deben distinguirse, en cuanto *enunciados jurídicos*, de las *normas jurídicas* producidas por los órganos de derecho. Las *normas jurídicas* no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado de conocimiento.

Como resulta evidente, el célebre profesor vienés marca una clara distinción entre dos tipos de discurso: *a)* el derecho positivo y *b)* el de la ciencia del derecho o dogmática jurídica. La descripción del primero constituye el objeto de estudio del segundo.

No obstante su indudable importancia en la historia de la filosofía jurídica, muchos avances han ocurrido en el campo de la metodología de la filosofía del derecho desde la fecha en que se escribió la paradigmática teoría pura. A continuación trataré de proporcionar una versión actualizada del pensamiento kelseniano, incorporando elementos de la filosofía analítica contemporánea.

Desde el lenguaje hablamos del mundo que nos rodea, para lo cual empleamos, de manera fundamental, enunciados mediante los que se expresan proposiciones descriptivas, cuya propiedad definitoria más relevante es poder ser determinadas como verdaderas o falsas (sobre la diferencia entre “enunciado” y “proposición” (véase enunciados de los precedentes). Al respecto, y en defensa de una teoría de la verdad por correspondencia, Tarsky establece

que una proposición “p” es verdadera, sí y solo si p. Por ejemplo, la proposición “la nieve es blanca” será verdadera sí y solo si es el caso que efectivamente la nieve es blanca.

Sin embargo, a través del lenguaje no solo podemos hablar del mundo natural, sino también del lenguaje mismo en un nivel diferente. Para referirnos al lenguaje *desde el cual se habla* de otro lenguaje empleamos la expresión “metalenguaje”, mientras que para el lenguaje *del cual se habla*, la expresión utilizada es “lenguaje objeto”. Una vez conscientes de esta diferencia, nuestra percepción discursiva del derecho, en una dimensión plana en la que todo es simplemente discurso, se revela como una dimensión multinivel. Desde esta nueva visión es posible ver distintos niveles de lenguaje en las más diversas manifestaciones jurídicas: la cita del pensamiento de un autor es metalingüística respecto de lo que el autor citado dijo; lo que se predica como la interpretación correcta de un artículo legal es metalingüístico respecto del precepto legal que es su lenguaje objeto; un contra-argumento, por definición, es una entidad metalingüística cuyo lenguaje objeto es el argumento refutado, etcétera.

Lenguaje objeto y metalenguaje pueden pertenecer a la misma clase lógica de proposiciones lingüísticas, pero no necesariamente. Por ejemplo, la descripción de un reporte de investigación constituye un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es también de índole descriptiva. En el caso del derecho, buena parte de lo que denotamos con la expresión “dogmática jurídica” es un metalenguaje descriptivo, cuyo lenguaje objeto es de un tipo lógico distinto: el derecho positivo, en tanto está constituido por normas, es fundamentalmente prescriptivo.

Con base en lo anterior, resulta claro que al menos parte del discurso de la dogmática, precisamente al que se refiere Kelsen cuando habla de proposiciones de la ciencia del derecho, constituye un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo. Si éste es el caso, en congruencia con lo dicho precedentemente, las proposiciones que describen al sistema normativo están sujetas a ser evaluadas como verdaderas o falsas.

El problema de las condiciones de verdad de dichas proposiciones es un tema complejo que no puede ser abordado en poco espacio, sin embargo, algunas reflexiones generales pueden ser esclarecedoras. Para algunos autores, como Alexy (1983), el criterio de evaluación de las proposiciones de la dogmática, a diferencia de las del discurso científico, no puede ser considerar si son verdaderas o falsas, sino correctas o incorrectas. No obstante las buenas razones que subyacen a esta propuesta y sin poder fundamentarlo más detalladamente, en este texto asumiré que las proposiciones de la dogmática pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, y que una teoría consensual de la verdad, como la defendida por Alexy, permite reconducir los criterios de correcto-incorrecto a verdadero-falso. Por otra parte, el uso de estos términos es más congruente con la calificación de “ciencia” estipulada para la dogmática jurídica.

Otro problema que se nos presenta es el de las condiciones de verdad de las proposiciones dogmáticas, sobre todo si se pretende adoptar una teoría de la verdad por correspondencia. En el caso de “la nieve es blanca”, la contrastación de la proposición se hace directamente con el mundo natural.



Sin embargo ¿cuál sería el mundo de los hechos con el cual confrontar a las proposiciones de la dogmática, si las normas no son hechos, o al menos no el mismo sentido que la nieve, sino entidades lingüísticas? La respuesta es que las condiciones de verdad de las meta proposiciones dogmáticas son dadas por su relación con el lenguaje objeto, es decir, con el derecho positivo.

Por ejemplo, una norma jurídica que establezca: “a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión” tendrá un estatus lógico de proposición prescriptiva. El mismo enunciado encontrado en un libro de dogmática jurídica penal al decir: “en el sistema jurídico S se establece que: «a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión»”, contendrá una proposición descriptiva, que en este ejemplo sería verdadera. La diferencia funcional de las distintas proposiciones expresadas por el mismo enunciado en diferentes niveles de lenguaje se pone de manifiesto si imaginamos que ha ocurrido una reforma legislativa por la que la sanción por robo se ha incrementado de 15 a 20 años y el autor del tratado de dogmática no ha tenido tiempo de actualizar su obra en una nueva edición. En este supuesto, la proposición que era verdadera antes de la reforma, habrá pasado a ser falsa.

Desde luego que las proposiciones de la dogmática no se limitan a parafrasear al derecho positivo, sino que lo reelaboran y sistematizan mediante las reglas de procesamiento cognitivo propias de la profesión. Por otra parte, el discurso de la dogmática no se agota en proposiciones sino que incluye otros elementos, como son definiciones, redes semánticas y, en ocasiones, proposiciones prescriptivas (opiniones) que en estricto sentido no son parte de un discurso “científico”. Otra parte importante son las teorías conceptuales abstractas, no metalingüísticas respecto de ningún derecho positivo, como es el caso, por ejemplo, de la teoría general del delito.

Con base en lo anterior, el termino “enunciados dogmáticos” denota a la forma en que se expresan las proposiciones descriptivas en el metalenguaje de la dogmática jurídica y que son susceptibles de ser evaluadas como verdaderas o falsas (o si se prefiere correctas o incorrectas) a partir de lo establecido en el lenguaje objeto del derecho positivo.

*Enrique Cáceres Nieto*

## EQUIDAD

El término equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, “igual”; del griego *επιεικεία*, virtud de la justicia del caso en concreto) puede definirse como la “bondadosa templanza habitual”, la propensión a dejarse guiar por el deber o por la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita, o como la justicia natural, opuesta a la ley escrita. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto jurídico de Ulpiano en sus *Tria Praecepta Iuris* (tres principios del derecho), el *sum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

En el derecho civil, el recurso a la equidad es excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

La legislación suiza recurre a la equidad de manera supletoria, aunque depende de los tribunales en ausencia de leyes aplicables para decidir “de acuerdo a las mismas normas que se tomarían si tuviera que actuar como legislador”.

En las leyes de matriz francesa e italiana, la equidad cumple varias funciones: criterio de valoración; criterio para juzgar en la resolución de controversias; criterio para la integración o interpretación del contrato.

En la Constitución colombiana de 1991 se consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley o, mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra varias veces la palabra “equidad”, como en el art. 2o. que establece: “...garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones...”.

Resulta importante señalar que en el léxico jurídico inglés, el término *equity* no indica la equidad o la *aequitas*, sino un conjunto de reglas jurisprudenciales que históricamente se unen a las del derecho común (es decir, aquellas que encuentran su fuente original en las decisiones de las cortes de Westminster). De esta manera el término *equity* representa una particular fuente del derecho, inicialmente de carácter discrecional, que se desarrolla para compensar las deficiencias que han surgido en la administración de justicia por los tribunales de derecho común como resultado de las restricciones introducidas en el siglo XIII, los *writs* y el sistema de las *forms of actions*.

Fundada como un tribunal dependiente de la ideología del *Chancellor*, inspirada en las normas del derecho canónico y marcada por un procedimiento que no implicaba la participación del jurado, la equidad después de 1616 (cuando Jaime I le reconoció la primacía sobre el *Common Law*) comenzó a endurecerse también en los precedentes, situándose como un sistema de casos judiciales complementarios al mismo *Common Law*.

*María de la Concepción Vallarta Vázquez*

## EQUIDAD DE GÉNERO

La equidad es un principio de justicia relacionado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la “equidad” como “una igualdad en las diferencias”, entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias (véase equidad).

Género, por su parte, se refiere a la construcción cultural basada en las diferencias biológicas entre los sexos. En 1955 el sexólogo John Money introdujo el término *gender* en inglés, diferenciando sexo biológico de “género”, como una construcción cultural basada en una época y un lugar. Sin embar-

go, fue hasta 1968 que Robert Stoller la desarrolló a través de una investigación empírica en la que demostró que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres. Esta observación permitió concluir que la asignación y adquisición del género es una construcción sociocultural con la que se desnaturalizan las relaciones sociales entre los sexos. En los años setentas el movimiento feminista retomó esta teoría, y la desarrolló basándose en la frase célebre de Simone de Beauvoir: “una no nace mujer, se hace mujer”.

En otras palabras, se refiere al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual. A partir de ello se construyen los conceptos de “masculinidad” y “feminidad”, los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre mujeres y hombres.

Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculadas con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de éstos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.

La equidad de género se refiere a la eliminación de la carga de valor desigual que se asigna a los roles culturales asignados de manera diferenciada a cada sexo (véase igualdad de género).

*María de la Concepción Vallarta Vázquez*

## **ERGA OMNES**

Las sentencias constitucionales suelen tener efectos *erga omnes*, que quiere decir que alcanza a todos. Esa generalidad conlleva profundas implicancias, y provoca efectos jurídicos y políticos. Los primeros son comprensibles; los otros suelen quedar cuestionados porque convierte a la sentencia en un formato legislativo.

El efecto jurídico tiene estas características:

a) *Son retroactivas (ex tunc)*. Es decir, que actúan hacia el pasado, permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Debido a esta característica algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso se tiene al efecto *erga omnes* como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad

constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado. “Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo” (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución «La justicia constitucional»*).

b) *Afectan derechos consolidados*. La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes), la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado, o de sancionar otra en su lugar; menos aún se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo o “fuerza de ley”, como dice el Tribunal Constitucional alemán.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*. Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional, estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la norma fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera “situaciones jurídicas insoportables”, muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria no se quieren correr riesgos y las sentencias tienen efectos *ex nunc* (hacia el futuro), aunque obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. El art. 140.7 reglamentario determina: “anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la

anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia”.

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia, entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d) *La sentencia cobra fuerza normativa (propriamente, es casi una ley)*. La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad, y las *desestimatorias*, que rechazan total o parcialmente la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos, ha cambiado con el tiempo y la evolución de los tribunales constitucionales. Hoy podría decirse que son creadores de normas jurídicas.

e) *La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados*. La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone, desde la decisión y sus fundamentos, la más pura y genuina interpretación de la norma fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere, desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes*, un alcance aproximado, que no tiene nuestro país, al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) *Actúa como una casación constitucional*. Finalmente, las sentencias de los tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y

uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia *erga omnes*, y al mismo tiempo refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizá esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los tribunales constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un “legislador negativo” han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso en los modelos de sentencias es preciso reconocer la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etcétera) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se trastocan.

*Oswaldo A. Gozáini*

## ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado constitucional de derecho es una categoría teórica de viejo cuño adoptada en el ambiente jurídico alemán decimonónico que en la actualidad ha adquirido nuevos significados. Suele ser identificado como un eslabón más en la evolución de la categoría Estado de derecho, de la cual sería una de sus manifestaciones —quizá la más elaborada— por su capacidad para conjugar las aportaciones del constitucionalismo como movimiento histórico y agregativo en pos de los derechos y su protección más eficaz, y sintetizar las diversas tradiciones y experiencias constitucionales desarrolladas a partir de las revoluciones francesa y americana.

El Estado de derecho, como concepto desprovisto de adjetivos, ha sido sometido a un constante proceso de perfeccionamiento. En sus orígenes, con esta categoría se intentaron plasmar los postulados racionalistas kantianos en el ámbito de la teoría del Estado y del derecho (Bockenforde, 2000). Surge en el marco de la teoría del Estado del liberalismo alemán, como contrapunto a otras formas de Estado, específicamente contra el Estado absoluto y el Estado de policía. Su postulado esencial consistió en la eliminación de la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con los ciudadanos (Zagrebelsky, 1995). El Estado de derecho, entendido de tal manera, es tributario de la tradición constitucional liberal más conspicua; sin embargo, su escueta denotación inicial, sobre todo en lo referente a los contenidos a los que deberían sujetarse los actos del Estado, determinó, en opinión de Zagrebelsky, que tal denominación pudiera ser aplicada a cualquier forma de Estado en la que, en principio, estuviera excluida la arbitrariedad, vía la determinación de su actividad mediante ley, cualquiera que fuera el contenido de la misma. Esta idea de Estado de derecho coincide con el modelo que Ferrajoli denomina “Estado formal de derecho” consistente en “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y los procedimientos legales establecidos” o “aquellos ordenamientos jurídicos modernos, incluso

los más anti liberales, en los que los poderes tienen una fuente y una forma legal” (Ferrajoli, 2001). Con el tiempo, el Estado formal de derecho se materializó bajo la forma de Estado legislativo de derecho, que operó bajo el imperio del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho. El papel central de la ley en este modelo de Estado generaría, como lógica consecuencia, la reducción del derecho a la ley y la prevalencia de la ley por sobre las restantes fuentes del derecho. En cuanto a la relación entre ley y Constitución en el modelo descrito, la Constitución se asemejaría más a una carta de navegación o a un programa político cuyas concreciones normativas deberían ser realizables a través de la inexcusable intermediación legislativa. De esta forma se negó a la Constitución toda fuerza normativa y, en definitiva, su carácter de norma suprema. El modelo cercenó la fuerza *jurígena* de la Constitución y le restó entonces capacidad como parámetro de control sobre los contenidos legislativos. Ferrajoli sintetiza este proceso con contundencia: en el Estado legislativo de derecho se produjo *la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo*. El modelo en cuestión, centrado entonces en el principio de legalidad, se decantó, en lo que a la labor judicial se refiere, en la justiciabilidad de la administración y en el control de la legalidad de sus actos, lo que implicó, naturalmente, que el parámetro de control para dicha actuación fuera la ley.

Los trágicos sucesos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial evidenciaron las insuficiencias del modelo descrito asentado, por un lado, en criterios formales de validez del derecho y, por el otro, en una idea de democracia también formal o unidimensional. Los diseños institucionales europeos de la Segunda posguerra fueron concebidos y diseñados para robustecer los límites a las decisiones mayoritarias a través de diversas vías; por un lado, la asunción de un nuevo entendimiento de la Constitución como receptáculo de derechos que deberían operar como límites sustanciales a las decisiones mayoritarias; por otro lado, que tales Constituciones sean rígidas, es decir, inmunes a las reformas por medios ordinarios y, por último, el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad, mediante los cuales se escrutaría ya no solo los aspectos formales del proceso de producción de las leyes, sino además el contenido de las mismas. En este escenario, la ley, como parámetro de control, cede su espacio a la Constitución y se subordina a las formas y contenidos establecidos en ella. Ferrajoli sintetiza los principales cambios en el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho. Primero, cambian las condiciones de validez de las leyes, pues ésta ya no se colma con cumplir los requerimientos de producción; en el nuevo modelo es preciso, además, la adecuación entre contenidos constitucionales y legales. En segundo lugar, transforma las finalidades de la ciencia jurídica, pues las divergencias entre Constitución y ley obligan al jurista no ya solo a desempeñar un papel meramente explicativo sino además, crítico. En tercer lugar, se modifica sustancialmente el rol del juez, quien en el nuevo modelo asume un papel central consistente en aplicar las normas que superen el escrutinio constitucional y en desaplicar o invalidar aquellas que no lo logren. Por último, nos dice Ferrajoli, se produce una profunda transformación en la naturaleza de la democracia, pues la subordinación de la ley

a la Constitución a través de límites formales, pero sobre todo sustanciales, implica la introducción de la dimensión sustancial de la democracia; para el modelo ya no solo es importante quién decide y cómo se decide, sino además qué se decide. En el Estado constitucional de derecho se actualiza la pérdida de centralidad del principio de legalidad y su reemplazo por el principio de constitucionalidad.

El Estado constitucional de derecho implicaría entonces asumir ciertas ideas respecto a la Constitución y cómo debe ser preservada. En cuanto a lo primero, la Constitución se asume como suprema, es decir, como cúspide del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, posee carácter normativo, es decir, fuerza normativa, y deja así de ser entendida como un programa político; asimismo, goza de aplicabilidad directa, lo que implica asumir, parafraseando a Sagüés, que la Constitución ya no regirá con el permiso del legislador; establece derechos, civiles, políticos, pero también sociales, a esto se refiere Prieto Sanchís cuando apunta que las Constituciones del Estado constitucional se caracterizan por un *denso contenido normativo*; debe estar excluida del ámbito de las decisiones políticas ordinarias, es decir, debe estar dotada de algún grado de rigidez. Por último, el sistema debe establecer garantías judiciales para mantener la indemnidad de la Constitución. Esta última nota, es decir, la incorporación de la garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos, es determinante para la conformación del modelo Estado constitucional de derecho. En tal sentido, García Pelayo sostiene que el Estado constitucional de Derecho adquiere forma y entidad en varios países europeos de la Segunda posguerra con el establecimiento de tribunales constitucionales, es decir, con el desarrollo de una jurisdicción contencioso-constitucional que permitiera hacer operativos los postulados constitucionales (García Pelayo, *Obras completas*). Sintetizando lo dicho hasta el momento, en el Estado legal de derecho operó bajo el principio de legalidad que implicó la prevalencia de la ley por sobre los restantes actos estatales que debían adecuarse a sus contenidos. Esta adecuación sería garantizada por tribunales cuya función sería entonces garantizar la legalidad de los actos de la administración. En el Estado constitucional de derecho opera el principio de constitucionalidad, caracterizado por la primacía de la Constitución por sobre incluso la propia ley y por el funcionamiento de una jurisdicción constitucional que velaría por la conformidad de todos los actos del Estado, incluida la propia ley, con la Constitución (García Pelayo, 1991).

Así, la justicia constitucional es un elemento constituyente del Estado constitucional de derecho. Sentadas estas ideas, es necesario aclarar que el modelo aquí descrito, no tiene por preferido un modelo específico de justicia o jurisdicción constitucional, es decir, no establece que el modelo que mejor cumple con esta garantía es el europeo, caracterizado por la existencia de tribunales constitucionales o el llamado americano, caracterizado por la inexistencia de la nota de concentración y por la facultad de todos los jueces de realizar dicha labor. Una hojeada a los diversos sistemas jurídicos que han desarrollado mecanismos de garantía jurisdiccional nos permite apreciar la diversidad de sistemas y mecanismos de control existentes, aunque todos compartan la misma finalidad. García Pelayo ofrece una nómina de las diversas



formas de articular la jurisdicción constitucional y los órganos encargados de ejercerla: 1. Jurisdicción constitucional descentralizada y no especializada: cualquier juez puede realizar el control de constitucionalidad; 2. Jurisdicción descentralizada y especializada: solo un órgano especializado puede juzgar la adecuación de los actos con la Constitución federal, y otros tribunales superiores locales pueden ejercer el control en relación con las Constituciones que rigen en sus ámbitos, como es el caso de Alemania; 3. Jurisdicción centralizada y no especializada: solo un tribunal no especializado entiende en la materia de constitucionalidad; 4. Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: este modelo se presenta cuando el control de constitucionalidad es encomendado a una sala de una corte o tribunal supremo, y 5. Jurisdicción especializada y centralizada, se presenta cuando un tribunal ejerce el control constitucional de manera única y para todo el país (García Pelayo, 1991). La categorización realizada por García Pelayo, así como la distinción entre modelos europeo y americano, ha perdido algo de su fuerza explicativa, pues el desarrollo de los diseños originarios y la expansión de la justicia constitucional han generado que las notas primigenias u originarias de cada modelo se combinen, generando modelos mixtos más complejos y por tanto de difícil clasificación. Más allá de los diseños y clasificaciones, lo esencial es comprender que la garantía jurisdiccional de la Constitución es una nota entitativa del modelo llamado Estado constitucional de derecho, pues permite actualizar el principio de constitucionalidad bajo el cual opera.

En la actualidad, nuestro modelo de Estado enfrenta colosales desafíos. El debilitamiento de la soberanía estatal se manifiesta en diversos frentes. Por un lado, la pérdida de eficacia de los contenidos constitucionales generada por el influjo de la política y la economía ha motivado, en opinión de Ferrajoli, la necesidad de pensar en términos constitucionales pero fuera del marco del Estado-nación. El camino parece ser el de la generación de un constitucionalismo regional o mundial. En esta senda, los sistemas regionales de protección de derechos humanos que establecen un *corpus iuris* en la materia y jurisdicciones transnacionales establecen límites para la actuación estatal, al tiempo que potencian los contenidos sustantivos del Estado constitucional.

*Juan Manuel Acuña*

## ESTADO LAICO

La característica principal de esta forma de organización estatal —indispensable para la existencia de la democracia— se sintetiza en la siguiente idea: separar el Estado de la Iglesia, o el poder político del poder religioso. Se trata de una separación que en los hechos puede adquirir diversas modalidades pero que solo se verifica cuando ambas esferas mantienen una recíproca autonomía. En el plano teórico son útiles algunas tesis de John Locke para entender el sentido de esta emancipación simultánea: es menester “distinguir el interés de la sociedad civil y de la religión y (deben) establecerse las fronteras que separan a la Iglesia y al Estado” porque “si esta separación no se lleva a cabo, es imposible resolver los conflictos entre las personas que desean, o que fingen desear, la salvación del alma y la del Estado”.

La separación es sana para las dos entidades involucradas: el Estado, separado de la Iglesia, cuenta con la autonomía necesaria para fundar sus mandatos en fuentes de legitimidad políticas; la Iglesia, separadas del Estado, siempre que respete los derechos de las personas y las normas de interés público, puede delinear las reglas que moldean las conductas de sus fieles en un ámbito de autonomía. Desde esta perspectiva, el principio de la separación entre el estado (el poder político) y la Iglesia (el poder religioso) es valioso en las dos direcciones y debería ser salvaguardado por ambas instancias. Además, en contextos de pluralidad religiosa —en los que existen diversas religiones y/o iglesias— la separación es condición de no discriminación porque otorga legitimidad a todas las manifestaciones religiosas en igualdad de condiciones, e impone al Estado el deber de velar por su convivencia pacífica. En un Estado laico, entonces, ninguna iglesia o religión debe tener una posición privilegiada ni recibir un trato especial.

Los ejes cardinales del Estado laico pueden, entonces, sintetizarse de la siguiente manera: el Estado no debe discriminar ni privilegiar a ninguna expresión religiosa, sino que debe generar las condiciones de coexistencia pacífica entre todas las religiones e Iglesia; ninguna religión o Iglesia debe recibir un trato privilegiado; ninguna religión o Iglesia debe imponer sus dogmas o normas a la colectividad política (pecado y delito deben distinguirse, decía Beccaria); todas las religiones y la Iglesia deben someterse a las normas constitucionales y legales vigentes; el Estado debe contener las pulsiones hegemónicas de esta o aquella religión o Iglesia en donde las mismas existan.

Pierluigi Chiassoni ofrece una puntualización de estas premisas partiendo de la tesis de que en un Estado laico las asociaciones religiosas deben ser consideradas asociaciones privadas como cualquier otra. Esto se traduce en los siguientes principios propios del Estado laico:

1. Principio de la neutralidad negativa del Estado (principio de no-intervención negativa) que implica que, salvo algunos casos extremos, el Estado no debe prohibir actos de culto, individuales o de grupo, en aras de garantizar la libertad religiosa de las personas; 2. Principio de la neutralidad positiva del Estado (principio de no-intervención positiva) que “impone al Estado omitir cualquier ayuda o subvención, directa o indirecta a favor de las religiones y sus organizaciones”;

3. Principio de la libertad de apostasía que “establece la igual dignidad jurídica del ateísmo”;

4. Principio de neutralidad de las leyes civiles frente a las normas morales religiosas que “impone la separación entre derecho y normas éticas normativas religiosas”.

Teóricamente resulta atinado afirmar que cuando estos cuatro principios se encuentran debidamente garantizados estamos ante un Estado laico en sentido pleno. Un Estado que no prohíbe ni persigue a las religiones (garantizando así el derecho fundamental a la libertad religiosa); que no subvenciona ni ofrece tratos preferenciales a las iglesias (entiéndase: a ninguna de ellas); que respeta, en igualdad de condiciones, a los creyentes de las diferentes religiones y a los no creyentes (agnósticos, ateos, apóstatas, etcétera) y que garantiza la laicidad del derecho, es un Estado laico. Sin embargo, como suele suceder

con todos los modelos teóricos, la distancia entre los principios teóricos y la realidad práctica es inevitable, por lo que existen Estados modernos, constitucionales y más o menos democráticos que no observan todos los principios a cabalidad.

Esto es interesante si miramos, por ejemplo, a los Estados latinoamericanos porque existen importantes diferencias en la manera en que las Constituciones de los países de la región regulan las relaciones entre el Estado y las Iglesias o religiones. El art. 2o. de la Constitución argentina, por ejemplo, señala que “El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico, romano.” Algo similar sucede en Perú, en donde la Constitución fue promulgada “invocando a Dios Todopoderoso”, y también otorga un lugar especial a la religión católica en su art. 50: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Sin embargo, lo cierto es que ambas Constituciones reconocen legitimidad a otras religiones y respetan la libertad de conciencia y religión.

Estas normas contrastan de manera significativa con lo que señala la Constitución mexicana en su art. 40: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal...”. Esta disposición debe leerse de manera complementaria con el art. 24 que garantiza la “libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”; con el art. 3o. que garantiza la laicidad de la educación pública, y con el art. 130 que establece las reglas y límites que materializan el “principios histórico de la separación del Estado y las iglesias” en México. El arreglo mexicano se encuentra más próximo al colombiano, en donde, según el art. 19 constitucional, “se garantiza la libertad de cultos”; “toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva” y “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.” El Tribunal Constitucional de ese país ha ofrecido una clasificación de los Estados en esta materia útil e interesante:

1. Estados confesionales sin tolerancia religiosa son aquellos que establecen una religión oficial, cuyos contenidos son jurídicamente obligatorios. Prohíben o discriminan las religiones diferentes a la oficial, como son los Estados cristianos medievales, las Monarquías absolutas y algunos países musulmanes.

2. Estados confesionales con tolerancia o libertad religiosas, en los cuales existe una religión oficial pero no se rechazan las demás religiones. La existencia de una religión oficial no implica que sus contenidos normativos se vuelvan mandatos jurídicos obligatorios para todos. Existen dos variantes: *a)* las religiones diversas a la oficial son toleradas sin plena libertad de ejercicio, como el Estatuto Albertino Italiano de 1870 establecía que la religión católica era “la única religión del Estado. Los demás cultos ahora existentes son tolerados conforme a las leyes” y *b)* el carácter oficial de una religión coexiste con una plena libertad religiosa y ausencia de discriminación, como en Inglaterra la religión anglicana tiene carácter oficial pero hay plena libertad religiosa. Israel es una nación religiosa tolerante, pues si bien el judaísmo es su religión oficial, en principio se protege la libertad religiosa de todas las confesiones.

3. Estados de orientación confesional o de protección de una religión determinada en los cuales si bien el Estado no necesariamente establece una religión oficial, procura un régimen jurídico que reconozca el hecho social e histórico del carácter mayoritario de una o más confesiones religiosas a las cuales les confiere cierta preeminencia, como ejemplos tenemos los actuales ordenamientos constitucionales en España e Italia, pues aunque hay plena libertad religiosa y no se establece una religión oficial, se reconocen prerrogativas al catolicismo.

4. Estados laicos con plena libertad religiosa. No hay una religión oficial y los sistemas jurídicos no tienen influjo alguno de instituciones propias de alguna confesión. Existe entonces una estricta separación entre la Iglesia y el Estado porque la propia consagración de la normativa constitucional de naturaleza axiológica y principialista establece la igualdad entre todas las confesiones religiosas. Se reconoce el hecho religioso y se protege la libertad religiosa, pero desde un principio de neutralidad positiva y negativa por parte del Estado, por ejemplo, Estados Unidos, Francia y Turquía.

5. Estados ateos que toleran las prácticas religiosas que no se oponen con las seculares u oficiales, pero no garantizan jurídicamente la libertad religiosa ni la libertad de cultos. Se pueden presentar diversos grados de hostilidad hacia los fenómenos religiosos.

Como puede observarse, solo la modalidad del “Estado laico” reúne los principios teóricos propuestos por Chiassoni, y es el único arreglo que ofrece de manera simultánea: *a)* libertad de conciencia y libertad religiosa; *b)* reconocimiento igualitario a todas las confesiones religiosas; *c)* por lo mismo, garantías de no discriminación por motivos de creencias, y *d)* laicidad del derecho. Se trata del arreglo idóneo para reconocer carta de identidad a la diversidad y a la pluralidad características de nuestras sociedades y para asentar las instituciones que permiten la convivencia pacífica. Por lo mismo, se dice que la laicidad es una condición necesaria —que no suficiente— para la existencia de una verdadera democracia.

*Pedro Salazar Ugarte*

## ESTÁNDAR DE RACIONALIDAD

La expresión estándar de racionalidad significa la existencia de un parámetro objetivo para determinar la constitucionalidad de una ley o acto que es sometido a la valoración de un órgano jurisdiccional o un juez.

No debe confundirse con el término ponderación, pues mientras que éste se refiere al balance de normas para llegar a una *conclusión correcta*, estándar de racionalidad hace referencia al nivel de deferencia o acatamiento que se utilizará para advertir la validez de una norma. Al utilizar un estándar de racionalidad se asume, *a priori*, una posición con respecto a la constitucionalidad de una norma.

En revisión constitucional existen dos posiciones o metodologías jurídicas extremas: el examen de racionalidad (*rational basis test*) y el escrutinio estricto (*strict scrutiny*). El examen de racionalidad surgió originalmente como un examen de medios-fines, utilizado por primera vez por la Suprema Corte de

los Estados Unidos en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819. No obstante, la actual forma del examen de racionalidad apareció en 1938 en el caso *United States vs. Calonene products CO.*, en el que el examen de racionalidad se separó del escrutinio estricto.

El examen de racionalidad (*rational basis test*) es, en el ámbito constitucional, el más bajo de los tres niveles de escrutinio aplicado por las cortes al considerar asuntos de constitucionalidad, incluyendo el debido proceso y la igual protección garantizados por la Cuarta Enmienda y la Quinta Enmienda. Cuando un tribunal concluye que no está en riesgo una libertad fundamental, se presume que la ley es constitucional, a menos que no pase el examen de racionalidad básica. Bajo este examen, el órgano jurisdiccional confirmará la decisión si está relacionada racionalmente a un propósito legítimo del gobierno. Es decir, la decisión en cuestión está racionalmente ligada a una razón gubernamental legítima que lo justifica. Quien controvierta la constitucionalidad del estatuto tiene la carga de probar que no existe un propósito legítimo, creíble o que la ley no se relaciona con éste. Tal examen o estándar es el más deferencial, o menos riguroso, de revisión en el análisis del debido proceso o de igual protección, y solo necesita un mínimo de escrutinio judicial. Por ejemplo, los tribunales aplican un examen de racionalidad para analizar la constitucionalidad de disposiciones que involucren discriminación por edad, por discapacidad o la regulación del Congreso sobre los extranjeros.

El escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se refiere al nivel más riguroso de revisión legal y constitucional. Con esta metodología, para determinar si una decisión aprueba el examen, ésta se considera inválida a menos que el gobierno pueda demostrar un interés obligado (necesario o ineludible) que le justifique. De pasar este examen es porque el órgano jurisdiccional considera que el gobierno tiene un interés legítimo para tomar o aplicar una decisión, aun cuando se crea que dicha decisión fue creada específicamente para alcanzar los objetivos del gobierno y que existen menos coercitivos para alcanzarlos. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la naturaleza del interés en juego determina el nivel de escrutinio aplicado. Cuando los tribunales emplean el examen de racionalidad, solo las decisiones más atroces —aquellas que no se relacionan racionalmente con el interés legítimo del gobierno— son echadas abajo.

*Marcos Francisco del Rosario Rodríguez*

## ESTATALIDAD ABIERTA

El término de “estatalidad abierta”, vinculado al concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), emerge hace cincuenta años, cuando Klaus Vogel lo utiliza para describir la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado. En este sentido, se refiere a la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirmara después Karl-Peter Sommermann. Este concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) tiene como contexto la atribución de una especial connotación a la decisión constitucional a favor de la apertura en

tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos. Más recientemente, **Mattias Wendel** definió a la permeabilidad constitucional como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico, lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.

En el ámbito latinoamericano es necesario introducir el concepto del Estado abierto en el sentido de examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración regional bajo una concepción multinivel. Gracias a la democratización, la permeabilidad constitucional fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, así como en las reformas constitucionales. Dicha opción constitucional abarca una doble vía: primera, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos establecidos en el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, y, segunda, para regular la participación en la integración. Ambos constituyen elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano, en las palabras de Jorge Carpizo.

La estatalidad abierta tiene sus rasgos característicos. Entre ellos cabe destacar que el proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y la internacionalización entendida como humanización. El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía, la superación de la concepción de un Estado cerrado y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos. Es un proceso vinculado a la globalización, signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internacionalización, a la constitucionalización y a la judicialización. Del mismo modo, el Estado abierto se conecta con la creciente interacción entre el derecho internacional, el derecho supranacional y el derecho constitucional. La Constitución no es la norma suprema única. En la doctrina se emplean distintos términos para describir la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno (acoplamiento por Armin von Bogdandy, trapecio en lugar de pirámide normativa por Flavia Piovesan, coordinación entre sistemas, por César Landa). La premisa válida es la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, de interconexión y de convergencia. Asimismo, el proceso de humanización se vincula con el rango constitucional

que se le asigna a los tratados de derechos humanos, que tienen primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional, mediante las cláusulas de prevalencia, así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.

El concepto de estatalidad se diferencia de otros. En la doctrina se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío) y más bien limitado al campo de los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción hâberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. Recientemente se sostiene que el neoconstitucionalismo sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales, sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino. Pero la noción de Estado abierto implica la decisión constitucional de permitir que penetren otros órdenes en el orden interno, que no se limita a las cláusulas de apertura, sino que abarca también otras fórmulas de recepción constitucional.

Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo. Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”, “cláusula europea” o *bridging mechanism*.

En América Latina hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno. La noción del Estado abierto tiene un particular potencial e impacto si se le comprende como una condición esencial de la protección internacional y supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. El ejercicio del poder público se desplaza hacia esferas más allá del Estado. Cada vez más, las normas y políticas públicas que se aplican y desarrollan a nivel interno son gestadas en foros supra e internacionales. Por tanto, las categorías conceptuales construidas sobre la base del Estado-nación difícilmente pueden dar cuenta de la nueva realidad, y debe recurrirse a nuevas aproximaciones doctrinales. El concepto de estatalidad abierta o Estado abierto adquiere un particular potencial bajo la perspectiva del *ius constitutionale commune*, por cuanto representa uno de sus objetivos. El Estado constitucional contemporáneo solo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente, lo cual implica limitaciones, particularmente en materia de derechos humanos, pero también en el ámbito de la integración económica regional.

## ESTATUTO DE LA CORTE INTERAMERICANA

La idea de establecer una Corte para proteger y hacer vigentes los derechos fundamentales en las Américas surge de la expansión de los medios de tutela nacionales hacia el derecho internacional de protección jurisdiccional subsidiaria y reforzada de los derechos humanos. Es en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) cuando se adoptó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en cuyo texto se consideró que la protección de esos derechos “debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”. En consecuencia, encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Informe al Consejo Interamericano de Jurisconsultos del 26 de septiembre de 1949, consideró que la “falta de derecho positivo sustantivo sobre la materia” constituía “un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte”. Que lo aconsejable sería que una Convención que contuviera normas de esta naturaleza precediera al Estatuto, y que el Consejo de Jurisconsultos debería proponer tal solución a la Décima Conferencia Interamericana.

La Décima Conferencia Internacional Americana (Caracas, Venezuela, 1954), en su Resolución XXIX “Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos”, remitió a la Undécima Conferencia la consideración sobre ese asunto para que tomara una decisión con base en los estudios que al respecto hubiera realizado el Consejo de la Organización de Estados Americanos.

La Conferencia encomendó al Consejo que continuara con dicha tarea sobre la base de los proyectos ya existentes y a la luz de sus propias experiencias. La Undécima Conferencia, sin embargo, nunca llegó a celebrarse.

Posteriormente, la Quinta Reunión de Consulta (1959), en la parte primera de la resolución sobre “Derechos Humanos”, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una “Corte Interamericana de los Derechos Humanos” y, al unísono, otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos.

Como se señaló, el Consejo de Jurisconsultos elaboró un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que preveía la creación y funcionamiento de una Corte y una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el que fue sometido a consideración de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria y luego enviado al Consejo de la Organización con el encargo de que lo actualizara y completara. El Consejo recibió la directiva de escuchar previamente a la Comisión de Derechos Humanos y a otros órganos y entidades que estimara conveniente, para enseguida convocar a una Conferencia Especializada Interamericana.

El 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que se crea una Corte Interamericana (Capítulo VII de la Parte II). No obstante, tuvieron que pasar cerca de diez años para que quedara formalmente instalada (3 de septiembre de 1979) en esa misma sede. Lo



que aconteció una vez que entró en vigor la Convención Americana (18 de julio de 1978), al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro.

Durante el Noveno periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada en La Paz, Bolivia, en 1979, aprobó el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 448) y entró en vigor hasta el 1o. de enero de 1980. Así queda definida la Corte como una “institución judicial autónoma”.

Este instrumento internacional en materia de derechos humanos ha sido publicado en los idiomas castellano, francés, inglés y portugués. Tiene carácter vinculante dentro de un escenario regional (Américas), pues está circunscrito a los miembros de dicha organización. Aunque solo 21 países de los 34 Estados miembros han ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. A través del mismo se regula la composición, funciones, sede, competencia y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este ordenamiento está compuesto por siete capítulos que contienen un total de 32 arts. El primer capítulo, relativo a las disposiciones generales, consta de tres arts. que comprenden la naturaleza y régimen jurídico, competencia y funciones, así como la sede de la Corte. El segundo capítulo corresponde a la composición de la Corte, y abarca de los arts. 4 a 11, referentes a la integración, mandato de los jueces, fecha de la elección de los jueces, candidatos, elección, procedimiento previo, votación, jueces *ad hoc* y juramento.

El tercer capítulo versa sobre la estructura de la Corte (arts. 12-14) y se ocupa de la presidencia, precedencia y secretaría de dicho órgano. Por su parte, el cuarto capítulo desarrolla, en los numerales 15 a 21, los derechos, deberes y responsabilidades, en particular, los temas de inmunidades y privilegios, disponibilidad, emolumentos, incompatibilidades, impedimentos, excusas e inhabilitación, responsabilidades y régimen disciplinario, renunciaciones e incapacidad.

En el capítulo quinto relativo, al funcionamiento de la Corte que comprende los arts. 22 a 26, se determinan las sesiones, quórum, audiencias, deliberaciones y decisiones, reglamento y normas de procedimiento, así como el presupuesto y régimen financiero.

En el sexto capítulo, atinente a las relaciones con Estados y organismos, los arts. 27 a 30 del Estatuto establecen los siguientes temas: relaciones con el país sede, con estados y organismos, relaciones con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de cooperación, informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Por último, el capítulo séptimo, relativo a las disposiciones finales, contiene en los arts. 31 y 32 las reformas al Estatuto y la vigencia.

*Jorge Meza Pérez*

## EUTANASIA

Comencemos que el concepto de eutanasia es un neologismo. Se encuentra por primera vez en la historia en la obra de Francis Bacon, titulada: *Historia*

*vita et mortis* (Serrano Ruiz-Calderón, J. M., *Eutanasia y vida dependiente*). El filósofo inglés la utilizó para referirse al homicidio compasivo, asistido médicamente, de los pacientes que sufrían gravemente. En nuestra lengua, la entrada del vocablo es bastante reciente. Data, según Juan Corominas (*Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*), de 1925.

Es bien conocida la etimología griega de este término: *eu*, que significa bueno, y *thanatos*, que significa muerte. Sin embargo, su significado es sumamente equívoco porque se encuentra ideologizado. Para los antiguos, la “buena muerte” por antonomasia era la de Sócrates, quien sacrifica su vida por un bien superior: la verdad. Para los medievales, por otra parte, una muerte digna es la que corona una vida de logros. El medieval no quería morir repentinamente; antes bien, quería ir preparando su muerte en el continuo sacrificio por los ideales, lo que constituía un auténtico *ars mortis* (o arte de morir). Para nuestra cultura, en cambio, la muerte se ha convertido en un tabú, mientras menos se hable de ella, mejor. La reflexión sobre el propio fenecimiento se ha vuelto incómoda. “Así, por ejemplo, y respecto a la conciencia en el momento de la muerte, mientras que el ideal medieval fue la muerte consciente y el horror estaba representado por la muerte súbita, en el presente el ideal es la muerte indolora y, a ser posible, sin enterarse” (Corominas, Juan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*). La mejor muerte para nuestra cultura es la que llega repentinamente y de forma definitiva.

La “buena muerte”, en su acepción contemporánea, tiene que ver mucho con el concepto moderno de libertad. Si el único derecho absoluto es la libre voluntad, entonces, debe existir un derecho a decidir sobre la propia muerte en caso de necesidad. Es decir, la base fundamental de la eutanasia es el poder irrestricto de disponer de la propia vida. De ahí que algunos autores sustituyan el término eutanasia por el de “suicidio asistido” o “suicidio pusilánime”.

La actual utilización del término eutanasia es muy reducida. Es curioso que en ninguna de sus modernas acepciones “se remita a la culminación de la vida, a la imagen que el hombre deja en la memoria de los hombres, o incluso a la coherencia con algún valor libremente asumido” (*EVD*). Todo esto podría verse en la idea de buena muerte clásica, pero difícilmente en una eutanasia del presente.

Es difícil encontrar una definición contemporánea de eutanasia, debido a que se la ha intentado definir desde diversas ciencias, lo que trae como consecuencia un acento en tal o cual aspecto parcial. Analizaremos algunas definiciones que, a nuestro modo de ver, reúnen los elementos necesarios para una definición integral de la eutanasia.

La primera es la que da el profesor Jesús Ballesteros: “muerte provocada de modo activo o pasivo para evitar los sufrimientos del enfermo” (*Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida*). Enrique Sánchez nos dice que eutanasia son “aquellas intervenciones —mediante acciones u omisiones— que en consideración a una persona, buscan causarle la muerte para evitar una situación de sufrimiento, bien a petición de éste, bien al considerar que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna” (*La eutanasia ante la moral y el derecho*). Ana María Marcos del Cano, por su parte, define la eutanasia como “la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a

quien, sufriendo de una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos”. Mencionaremos, por último, la definición de Edmund D. Pellegrino, quien acentúa el lado activo de la eutanasia y la inclusión expresa del personal médico: “la muerte intencional de un paciente por un médico, con el consentimiento del paciente, sin el consentimiento por ser éste imposible, o cuando el consentimiento es posible pero no se solicita” (*Doctor must not kill, The Journal of Clinical Ethics*).

Sergio Cotta, en su artículo *Aborto ed Eutanasia: un confronto*, exige de una definición de eutanasia cuatro condiciones: 1. Que sea decidida voluntariamente por el sujeto; 2. Que sea reclamada de un tercero; 3. Que no sea configurable como el rechazo de medios curativos extraordinarios o inciertos respecto a su capacidad curativa, y 4. Que no sea configurable como eutanasia lenitiva, es decir, consecuencia del uso de fármacos con funciones puramente antiodoríficas y no curativas (*Dirritto e corporeità*).

Destaca de este bloque de definiciones, por un lado, el carácter voluntario de la eutanasia y, por otro, su carácter de pasiva o activa. En el caso de la voluntariedad, ésta puede ser bien la de la propia persona que sufre o la del un tercero, normalmente un pariente cercano, para el caso de que el propio afectado no pueda ejercerla. Hay, como se ve, una sustitución de la voluntad. De ahí que también se distinga entre la eutanasia voluntaria e involuntaria. En el caso de la actividad o pasividad del homicidio compasivo se hace referencia a los actos positivos que el personal médico realiza para acarrear la muerte, o las omisiones, causándole igualmente la muerte.

De lo anterior podemos deducir cuatro tipos de eutanasia: la activa voluntaria, la activa involuntaria, la pasiva voluntaria y la pasiva involuntaria.

*José Luis Soberanes Fernández*

## EXCEPCIÓN/CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Cuando en el curso de un proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, duda de la constitucionalidad (o estima inconstitucional de conformidad con el ordenamiento) de una norma aplicable al caso pendiente (y/o de cuya validez dependa la resolución final y/o dependa la definición del proceso) podrá suspender el juicio y proponer la correspondiente excepción/cuestión de inconstitucionalidad a la corte o al tribunal constitucional. Técnicamente, por tanto, el juez *ad quo* individualiza una cuestión prejudicial (de constitucionalidad) que no puede resolver *incidenter tantum*, por lo que se encuentra obligado a la suspensión del procedimiento en espera de la resolución del juez competente, en este caso, de la corte o del tribunal constitucional. Consecuentemente, en primera instancia, la excepción/cuestión de inconstitucionalidad se identifica como una vía de acceso a aquellos órganos de justicia constitucional establecidos *ad hoc*, en contraposición a la vía directa a través del recurso interpuesto por órganos específicamente establecidos por la ley o la Constitución. Mientras estos últimos impugnan una disposición “sobre la carta” (en los Estados Unidos se diría *on its face*), la ocasión para promover la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en la aplicabilidad de la norma al interior de un proceso ordinario dirigido a la solución de un caso concreto.

Para la doctrina, este sistema representa un verdadero y propio modelo híbrido de control de constitucionalidad, definido como incidental, que vincula el elemento de la concentración del control con el de la difusión de la iniciativa. El *nomen* elegido, no obstante, puede generar desconcierto sobre la clasificación de los ordenamientos. De hecho, el carácter incidental se ha reconocido inicialmente a los sistemas de control difuso, como el estadounidense, en donde el juez es técnicamente competente para resolver la cuestión *incidenter tantum* (Calamandrei). Al interior de esta modalidad se encuentran las experiencias italiana, alemana y española, a las que se han agregado recientemente casi todos los países de Europa del este y muchos de América Latina, hasta acabar con la reforma constitucional francesa de 2008, que ha introducido la cuestión incidental en el contexto de violaciones a los derechos y libertades constitucionales elevadas por la casación y el Consejo de Estado. Empero, la doctrina comparada se muestra crítica respecto a los modelos tradicionales, ya que, de hecho, tiende a descubrir en el funcionamiento real de los sistemas incidentales un elemento distintivo adicional respecto a las diferentes vías de acceso, que no puede caracterizar en sí mismo un modelo autónomo en función de que ningún ordenamiento con control concentrado lo prevé como el único instrumento de acceso al órgano de justicia constitucional.

*Silvia Bagni*  
(traducción de César Astudillo)

## EXTRANJERÍA

La delimitación de los derechos y obligaciones de los extranjeros por parte del legislador nacional aparece condicionada por las normas constitucionales y por los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Limitaciones que se suman a las obligaciones que establece el derecho internacional, como las que se encuentran en la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura o la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Migrantes Trabajadores y sus Familias. Sería necesario incorporar al análisis el derecho de la Unión Europea y sus interacciones con el Convenio Europeo para completar el marco constitucional de la extranjería en los Estados miembros de esta organización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema de la extranjería en dos opiniones consultivas; la primera, sobre el derecho a la información acerca de la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC 16/99, del 1 de octubre de 1999), y la segunda sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003). En vía contenciosa, podemos destacar la sentencia Vélez Loor contra Panamá, del 23 de noviembre de 2010, en la que se analizan las obligaciones que se derivan del Convenio Americano respecto de la privación de libertad de las personas en situación migratoria irregular. En las reparaciones de esta sentencia se incluyen medidas generales, siguiendo la práctica habitual de la Corte Interamericana. La Corte obliga a

Panamá a disponer de establecimientos no penitenciarios con capacidad suficiente para alojar a las personas que son detenidas por cuestiones migratorias. En la sentencia se recuerda asimismo la obligación del Estado de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales y el deber de los órganos jurisdiccionales de controlar la convencionalidad de las normas internas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una amplia jurisprudencia en materia de extranjería, que va más allá de las disposiciones del Convenio Europeo sobre la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4) y las garantías de procedimiento en caso de expulsión (artículo 1 del Protocolo 7). El Tribunal de Estrasburgo ha deducido del artículo 3 del Convenio (prohibición de tortura) prohibiciones a la expulsión respecto de personas que pueden sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen (pueden citarse como muestra de algunos de los problemas que plantea esta jurisprudencia las sentencias H. L. R. contra Francia, del 29 de abril de 1997, y Saadi contra Italia, del 28 de febrero de 2008), o que padecen una enfermedad grave (sentencia D. contra el Reino Unido, del 2 de mayo de 1997). También ha fijado a partir del artículo 8 del Convenio (vida privada y familiar) límites a la expulsión de quienes tienen fuertes vínculos personales y familiares en el país de acogida (sentencia Boultif contra Suiza, del 2 de agosto de 2001). Asimismo, hay jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) en relación con las condiciones que deben cumplir las privaciones de libertad en el ámbito de la política migratoria (sentencia Chahal contra el Reino Unido, del 15 de noviembre de 1996). El Tribunal Europeo ha aplicado el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) en varios casos relacionados con la extranjería (a título de ejemplo pueden citarse las sentencias Gebremedhin contra Francia, del 26 de abril de 2007, y Hirsi Jamaa contra Italia, del 23 de febrero de 2012). Por el contrario, el Tribunal Europeo ha rechazado, de forma controvertida, la aplicación del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) a los procedimientos migratorios (sentencia Maaouia contra Francia, del 5 de octubre de 2000).

En el plano más procesal, puede destacarse que el Tribunal Europeo ha dictado medidas cautelares en relación con el principio de no devolución, ha incluido medidas generales en la parte resolutive de algunas sentencias, señalando al Estado infractor la necesidad de reformas legislativas o cambios en la práctica administrativa (Auad contra Bulgaria, del 11 de octubre de 2011), y ha comenzado a emplear la técnica de los casos piloto (Kurić y otros contra Eslovenia, del 26 de junio de 2012, en relación con la concesión de permisos de residencia en el contexto de descomposición de la antigua República de Yugoslavia).

Las Constituciones incorporan disposiciones relacionadas con la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de nacionales de otros Estados. En algunos casos son simples referencias puntuales, mientras que otras veces se dedican capítulos o preceptos específicos a los derechos y obligaciones de los extranjeros. Las cláusulas más habituales en las Constituciones latinoamericanas son las relacionadas con el reconocimiento del derecho de asilo, la equiparación con los nacionales en la garantía de algunos

derechos básicos (vida, prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, libertades de pensamiento y expresión, intimidad) y la configuración legislativa del ejercicio de la libertad de circulación y residencia. El desarrollo normativo de las condiciones de entrada, estancia, residencia y salida puede ser objeto de reserva de ley y, en el caso de Estados centralizados, habrá que tener en cuenta las normas de distribución de competencias.

Hay discrepancia entre los textos constitucionales en materia de participación política. En algunas Constituciones se habilita a los extranjeros para ejercer el derecho de sufragio, concretando en algunos casos los requisitos exigibles (cinco años de residencia legal en Ecuador, radicación definitiva en Paraguay, diez años de residencia en Venezuela, residencia habitual de quince años en Uruguay, reciprocidad en la Constitución española) y el tipo de elecciones en el que pueden participar los extranjeros (las Constituciones española y paraguaya limitan, por ejemplo, la participación a las elecciones municipales, mientras que la venezolana lo amplía a las parroquiales y estatales). En otras Constituciones, por el contrario, se establecen cláusulas que prohíben la participación política de los extranjeros (Constituciones de Brasil, México o Nicaragua).

Puede ser preciso acudir a la jurisprudencia para completar el régimen constitucional de la extranjería respecto de cuestiones que no suelen ser expresamente reguladas. Como ejemplo de los temas que las Constituciones no aclaran y sobre los que se han pronunciado algunos tribunales constitucionales o supremos podemos citar los relacionados con los límites en el ejercicio por parte de los extranjeros en situación irregular de algunos derechos (reunión, asociación o sindicación, asistencia jurídica gratuita, educación y asistencia sanitaria) o con las garantías de procedimiento que deben regir la expulsión (presupuestos y límites temporales a la detención y al internamiento, audiencia del interesado en el procedimiento de expulsión —que aparece exigida expresamente en la Constitución mexicana— y sistema de recursos).

*Ignacio García Vitoria*