César A. Quintero Correa (1916-2003)

Libro Homenaje

Editor
Salvador Sánchez González

Cesar A. Quintero Correa (1916-2003). Libro Homenaje.
Editor: Salvador Sánchez González
Primera Edición: CIDEM/IIDC Panamá, 2013.
ISBN:978-9962-05-570-9
© Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM)

Fotografías de portada y contraportada: Cortesía de la Colección fotográfica López Arias-Sánchez Urrutia.

No se permite la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su inclusión en un sistema informático, ni la transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico o fotocopia, por registro o por otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del derecho de autor.

Tabla de Contenido

❖PRESENTACIÓN❖

Salvador Sánchez González
Pág. 7

❖TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN❖

El surgimiento de un nuevo derecho público en el siglo XXI
Marcelo Figueiredo
Pág. 13

“Mutaciones constitucionales”:
Una aproximación al origen del concepto
Ana Victoria Sánchez Urrutia
Pág. 19

La primacía de las normas de derecho comunitario
Jaime J. Jované B.
Pág. 45

❖HISTORIA CONSTITUCIONAL❖

El derecho procesal constitucional en la Constitución de Cádiz
Néstor Pedro Sagüés
Pág. 77

La evolución constitucional en el Panamá republicano
Oscar Vargas Velarde
Pág. 89

Orígenes del pensamiento sobre el control de constitucionalidad en Panamá
Jorge Giannareas
Pág. 145

❖DERECHOS FUNDAMENTALES❖

Actualidad normativa y jurisprudencial del artículo 17 de la Constitución
Iris Díaz de Nicolás
Pág. 175

Las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas desde la perspectiva de los derechos fundamentales
Armando Padilla Zambrano
Pág. 187

El derecho a morir. Dialogo entre la soberanía individual y la soberanía estatal en un estado de derecho.
Miguel González Marcos & Judd L. Kessler
Pág. 205

❖PODERES PÚBLICOS❖

El acto parlamentario: Elementos para su caracterización
Salvador Sánchez González
Pág. 227

La reelección
Alejandro Pérez Hualde
Pág. 251

La designación y rendición de cuentas de los jueces
Jeffrey Jowell
Pág. 279

La posposición de la entrada en funcionamiento del sistema penal acusatorio
Víctor Atencio Gómez
Pág. 285

❖CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD❖

Jurisdicción constitucional
Domingo García Belaúnde
Pág. 299

La nueva justicia constitucional
Boris Barrios González
Pág. 303

Los dilemas de la justicia constitucional panameña y sus posibles soluciones
Sebastián Rodríguez Robles
Pag. 311

Problemática del control de constitucionalidad
Rigoberto González Montenegro
Pág. 329

❖INSTRUMENTOS PROCESALES❖

Tendencias Jurisprudenciales del Amparo Panameño
Jerónimo Mejía Edward
Pág. 357

La acción de amparo de garantías constitucionales
Kenia Porcell
Pág. 383

La consulta legislativa de constitucionalidad en Costa Rica: Apuntes para la toma de decisión
Bernal Arias Ramírez
Pág. 405

La desafectación de bienes de dominio público: Los efectos de dos fallos de la Corte Suprema de Justicia
Agapito González Gómez
Pág. 443

❖SINOPSIS BIOGRÁFICA❖

Doctor César Augusto Quintero Correa
César Del Vasto
Pág. 467

LISTADO DE AUTORES
Pág. 469

Presentación

Salvador Sánchez González

Impulsar una nueva toma de contacto con los textos, con la personalidad, y con el ejemplo de auténtico intelectual del Doctor César Augusto Quintero Correa, a diez años de su fallecimiento, es una tarea ambiciosa, aunque necesaria. Este volumen tiene pretensiones más modestas: tan sólo busca insistir en el recuerdo de ese gran hombre y de su obra.

Se reúnen en este libro, para expresar su respeto y su afecto, las plumas de colegas del pasado y discípulos eternamente agradecidos del Doctor Quintero. Estudiosos de Panamá y de Iberoamérica han sido invitados a contribuir a este homenaje que hace evidente el grato recuerdo entre aquellos que lo conocieron, y la admiración de quienes sin conocerlo personalmente reconocen por su obra publicada la calidad de quien fue un académico de primer nivel.

No es la primera vez que se publica un libro homenaje al Doctor Quintero.[1] Posiblemente tampoco será la última. La única particularidad destacable de ésta iniciativa es que se ofrece en momentos en que a él le echamos particularmente en falta: cuando se observa con no poca ilusión la oportunidad de reemplazar una constitución política fatigada por otra que conecte mejor con las necesidades de los panameños de hoy y del inmediato futuro.

Quintero es la última figura de nuestro constitucionalismo liberal. Efectivamente: Arosemena, Morales, Moscote y Quintero son las personalidades paradigmáticas de cuatro momentos en la configuración de nuestro derecho constitucional contemporáneo. Siendo sintéticos: Arosemena expresa la plenitud del Estado de Derecho en su etapa legislativa; Morales el nacimiento de la República y el reclamo por mejores mecanismos de control constitucional; la instalación del Estado de Derecho Constitucional con la implantación del control concentrado de constitucionalidad está personificada por Moscote; y Quintero expresa la lucha del Estado de Derecho Constitucional por alcanzar su madurez. La prolongada trayectoria de Quintero, sin embargo, le permite ser testigo de la crítica al Estado Constitucional y el ascenso de perspectivas que hoy denominamos neo-constitucionalistas.[2]

---

1. **Libro Homenaje a la Memoria del Doctor César A. Quintero Correa.** Academia Panameña de Derecho, Panamá, Litho Editorial Chen, 2007. En ese volumen se incluyen múltiples piezas, entre ellas: *César Quintero, el maestro*, de Hernán Delgado; *El Dr. César Quintero y la restauración del Colegio de Abogados*, de José *Ángel Noriega; César A. Quintero Correa: el universitario y maestro*, de Abel Zamorano y *César Quintero: el constitucionalista*, de Miguel Antonio Bernal. Este último texto también se publicó en la **Revista Estudios de Derecho Constitucional**, Volumen I. Panamá, 2009, p. 83-90.

2. Para una visión abarcadora de las corrientes neoconstitucionales, puede consultarse: Carbonell,

Antes de avanzar con las reflexiones que he anticipado, referencias tan solo de lo que Quintero dijo, según mis impresiones personales, quiero dejar señalados algunos datos referentes a la publicación que tiene el lector entre manos, y a las personas e instituciones que la han hecho posible.

Sobre ésta publicación

Este libro es principalmente el fruto de la colaboración, por un lado, de la sección panameña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC-Panamá) y, por otro, del Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM) y la Universidad del Istmo (UDI).

El IIDC-Panamá puede describirse como la institucionalización de los esfuerzos por el estudio sistemático de las constituciones y el constitucionalismo, que iniciaron en los años setenta del siglo XX académicos como el Doctor Quintero y el Doctor Ricord. Efectivamente, ellos participaron vigorosamente de las actividades del entonces naciente IIDC, fundado en México en 1974, y queda como muestra de ello la participación de ambos en los congresos y publicaciones del Instituto. Sin embargo, ellos no llegaron a establecer propiamente una sección nacional en Panamá. Los primeros esfuerzos por establecerla sólo iniciaron cuando ya había fallecido el Doctor Quintero, y lamentablemente no echaron raíces. Por eso el Doctor Jorge Carpizo -entonces presidente del IIDC- solicitó a otro grupo de profesores la fundación de la sección panameña. Este nuevo esfuerzo resultó finalmente con el reconocimiento de la personería jurídica en 2013.

Por su lado, CIDEM es una organización fundada en 1998, dedicada a la promoción de la democracia y los derechos humanos desde la investigación en el campo de las ciencias sociales y jurídicas. CIDEM y la UDI trabajan juntas desde septiembre de 2013, en virtud de un convenio dispuesto para promover la investigación y divulgación de la investigación en los campos político y constitucional. No debe olvidarse que César Quintero es un referente de primer orden de la ciencia política nacional. Durante 2013 CIDEM recordó el décimo aniversario de su fallecimiento en el no. 16 de la Revista Panameña de Política, pero era evidente que debía hacerse algo más.

Agradecimientos

Quiero agradecer en nombre de todas las entidades participantes a todas las personas y organizaciones que han hecho posible esta publicación. Por supuesto, agradecemos a todos y a cada uno de los autores. Entre ellos hay muchos colegas y discípulos del Doctor Quintero, pero también mu-

Miguel (editor), **Neoconstitucionalismo (s)**. Editorial Trotta, Madrid, 2003 y Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores). **El Canon Neoconstitucional.** Editorial Trotta, Madrid, 2010

chos de sus amigos, de Panamá y de muchos otros sitios. Todos tomaron algo de su valioso tiempo para poner su aporte en este homenaje, y es justo agradecerles ese esfuerzo.

También debemos agradecer a Ricardo López Arias y a Ana Victoria Sánchez Urrutia, por facilitar las fotografías de su colección privada para ilustrar este libro. Debo decir, además, que una vez conocieron del proyecto de publicar éste libro su disposición a colaborar fue inmediata y decisiva. Creo que sin el inicial "salto de fe" de ambos, hubiéramos abandonado el intento de ejecutar esta tarea.

Agradecemos profundamente a Ramón Arias Bell y a Mario Galindo, quienes se ilusionaron con el proyecto desde muy temprano, e hicieron significativos aportes económicos para hacerlo realidad. Sucede con todos ellos lo que sucede con muchos de los que conocieron al Doctor Quintero: que muchos años después siguen estimulados por las palabras y el ejemplo de aquél brillante jurista.

Debo también agradecer de forma especial a la Embajada del Reino Unido de la Gran Bretaña en ciudad de Panamá, y a un equipo de personas que incluye a Karl Burrows, Ministro Consejero de la Embajada, a Ariel Pérez Price y a Javier Robayna. Es difícil imaginar un apoyo más oportuno que el brindado por esta delegación, y que dio el impulso final necesario para que la obra pudiera imprimirse. Muchas gracias a todos ellos.

Igualmente agradezco el aporte de la firma Rodríguez Robles y Espinosa, en la persona del socio, constitucionalista y amigo, discípulo del Doctor Quintero, Sebastián Rodríguez Robles.

Es menester también agradecer al Rector de la UDI, José Leonardo Valencia Molano como el Director de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, José María Barsallo, y todo el equipo de la universidad, quienes han estado activamente apoyando las actividades amparadas bajo el convenio con CIDEM, y cuyos frutos son cada vez más evidentes.

Agradezco por último personalmente a Jorge Giannareas por su apoyo permanente en las tareas conducentes a producir este volumen. Siempre se pueden encontrar personas con buenas ideas, pero es mucho más difícil encontrar quien se ponga "manos a la obra" para hacerlas realidad. Muchas gracias por su colaboración.

Concluyo esta presentación recordando que debe llamar la atención el hecho de que una y otra vez los panameños recurrimos a las opiniones de Quintero, para encuadrar e iluminar los problemas constitucionales de hoy. Esa rara capacidad de comunicación que tienen sus textos, y el ejemplo de décadas de persistente y honesta dedicación al trabajo intelectual, son razones más que suficientes para recordarlo con afecto, a los diez años de su partida.

TEORÍA
DE LA CONSTITUCIÓN

El surgimiento de un Nuevo Derecho Público en el Siglo XXI[1]

Marcelo Figueiredo

Me ha correspondido el honor de realizar el pronunciamiento de cierre de este importante seminario internacional sobre el tema "*Ius Constitutionale Commune*" Latinoamericano en Derechos Humanos.

Creo que sería más provechoso para el encuentro si lograra no sólo transmitir mis impresiones personales sobre la materia, sino también hacer como que un gran resumen crítico de todo lo que ha sido discutido a lo largo de estos dos días.

Procuré anotar cada una de las intervenciones y sus puntos principales. Concentraré mis observaciones en los siguientes puntos, el primero mencionado por el Prof. Von Bogdandi al expresar que "la estructura básica del Derecho Público en nuestra región está cambiando, que existe un proyecto político, jurídico y cultural en transformación".

Afirmó también *como propuesta* de reflexión la creación de un **nuevo** concepto jurídico, que denomina como un: *Ius Constitutionale Commune.*

Parto de este punto para decir que estoy, sí, de acuerdo con su planteamiento hasta cierto punto. Explico mi entendimiento.

Me parece, sí, más que posible, deseable construir un *Ius Constitutionale Commune* en nuestra región. Para ello tenemos, es cierto, factores o elementos que de hecho contribuyen y aceleran rumbo a la concreción de ese objetivo.

Son los siguientes, a mi juicio, en apretada síntesis: Estados nacionales abiertos a las instituciones internacionales, Tribunales, o Cortes o Comisiones Supranacionales activas en defensa de los derechos humanos y una apertura (diferente) en cada una de nuestras constituciones.

Paso al segundo punto discutido en este seminario y abordado especialmente por el Prof. Grote alusivo a la conexión e interdependencia conceptual y fáctica (necesaria) entre tres importantísimos factores, a saber:

---

1. Palabras de clausura del seminario realizado los días 26 y 27 de Septiembre de 2013 en la PUC-SP (Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil), en conjunto con el Max-Planck – Institute for Comparative Law and International Law, con la participación de diversos juristas como los siguientes Profesores : Armin Von Bogdandy, Rainer Grote, Mariela Morales, Laurence Burgorgue-Larsen, Matthias Hartwig, Christina Binder, Javier Couso, Manuel Gongora –Mera, Humberto Sierra, Roberto Caldas, Roberto Dias, Eloisa Arruda, Silvia Pimentel, Luciano Mariz Maia, Carlos Weis, Flavia Regina Oliveira, Carlos Ayres Britto, Flávia Piovesan, Marcia Semer, Christian Steiner y Marcelo Figueiredo

a) Estado de Derecho
b) Democracia y
c) Derechos Humanos

Creo que estos tres importantísimos pilares de éste nuestro "edificio" que llamamos (o que estamos edificando) *" ius constitutionale commune*" es, sin duda, lo más difícil de ser cimentado, no sólo porque son más los elementos presentes a concretarse en esa fórmula política, social, económica, cultural y jurídica, sino también porque hay, evidentemente, como todos saben, grandes variaciones en América Latina y sus países.

Hay Estados con diferentes niveles de Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos.

No se compara, por ejemplo, en *términos econó*micos, ciñéndonos a un único elemento de análisis, Chile, Uruguay, el sur de Brasil, buena parte de Colombia o Perú, por ejemplo, a los problemas económicos contemporáneos de Bolivia, de Ecuador o de Venezuela.

O si quisiéramos plantearlo de otra manera. Hay gran disparidad y *asimetrías* en nuestra región que involucran el nivel de crecimiento económico, infraestructura, calidad de la prestación de servicio, nivel y calidad de vida y servicios públicos adecuados, calidad democrática y respeto a los derechos humanos *entre los distintos países de la región*.

Podemos ampliar las comparaciones hacia el campo estrictamente político, por ejemplo, para decir que hay más estabilidad jurídica (seguridad jurídica) y respeto a los derechos en determinados países en el presente, superada la fase dictatorial- en Uruguay, en Chile, en Perú, en parte de Brasil, en comparación con Argentina (actual), con Venezuela, con Ecuador mencionando sólo algunos ejemplos.

Es evidente que no nos estamos refiriendo a un concepto *pobre* (frágil) de democracia donde simplemente existen, o se contemplan "elecciones periódicas". Como sabemos, ello es absolutamente insuficiente para medir la calidad de las Instituciones, la participación efectiva del pueblo en las decisiones gubernamentales y en la vida pública y en los destinos de las Naciones de nuestra región.

Todavía tenemos mucho "caudillismo" y "caciquismo", formas autocráticas y centralizadas de gobernar a ser superadas.

Y por último, no es posible comparar países de gran presencia de población indígena como México, Perú, Bolivia, Ecuador, con Argentina, con Uruguay o con Brasil. Es indudable que en aquellos primeros países el concepto de pluralismo étnico exige un enfoque mucho más sofisticado. También es correcto afirmar que sí, el concepto de multiculturalismo es un factor necesario para nuestro *ius constitutionale commune.*

Existen, por supuesto, elementos comunes importantes como la lengua (el castellano y el portugués), las razas (negros, indios, criollos, chinos, japoneses -en Perú sobre todo- y blancos de origen europeo). Todo ese caldo cultural debe ser mezclado y respetado en sus individualidades y pluralidades construidas.

Como afirmé recientemente en el Congreso Ibero-Americano de Derecho Constitucional que tuvo lugar en Tucumán- Argentina hace pocos días:

> "Tanto España como Portugal iniciaron un proceso de transculturación que duró más de tres siglos y por tanto puede decirse que tales imperios dejaron una fuerte impronta aquí, y además crearon una historia común".
>
> (..) Los países de América Latina hablan castellano y portugués, se sienten vinculados con los países de origen, pero ellos mismos son frutos de una historia distinta, que los acerca entre si y los aleja de los países europeos que les dieron sus elementos básicos"[2].

Bajo un ángulo positivo y promisor, tenemos los derechos humanos y su lenguaje y gramática que ha posibilitado, sin duda alguna, nuestro fortalecimiento como región e integración, formando el anhelado *ius constitutionale commune*, especialmente con el notable papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus organismos.

Por eso mismo es necesario el "diálogo" en un mundo que se organiza en red en un constitucionalismo multinivel con pluralidad de fuentes (pluralismo jurídico).

Sí hubo avances en los últimos 20 años en nuestra región. Sobre todo, con el fortalecimiento del poder judicial, con más y mejores controles y prestación de cuentas, con Ministerios Públicos, Auditorías, Oidorías, etc.

Derechos Individuales y Sociales han tenido avances innegables, pero queda mucho por hacer, principalmente en lo que respecta a la distribución de la renta y la distribución de la justicia, la disminución de la violencia y el combate a la corrupción.

Llego a la parte final proponiendo algunas llaves o portales para nuestro futuro en la región. Creo que uno de los elementos importantes para cimentar nuestro proyecto pasa, evidentemente -como ya se ha dicho en el seminario- por el fortalecimiento de estos tres pilares –democracia, estado de derecho y derechos humanos.

---

2. Conforme publicación del XI Congreso Ibero Americano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo", realizado en Tucumán, de 17 a 19 de setiembre de 2013, ponencias y comunicaciones publicadas por Universidad Nacional de Tucumán, Asociación Argentina de Derecho Constitucional e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Claro que hay elementos comunes a estos tres pilares, o si se quiere, acciones prácticas que fortalecen al mismo tiempo los tres pilares. Ingredientes que le dan sinergia a esta fórmula.

A mi juicio, sin detrimento de otros, por ejemplo: a) un Poder Judicial fuerte en la región[3], b) Derechos Sociales, económicos y Culturales bien implementados pueden fortalecer nuestro proyecto y acortar las distancias, diferencias y asimetrías que nos separan o que nos distancian como pretendientes a un bloque regional fuerte e importante en el aspecto jurídico, económico, político y cultural.

Tribunales Constitucionales en permanente diálogo con los Tribunales Supranacionales – Sin nacionalismos- sino con humildad -para aprender- intercambiar y avanzar- Avances Democráticos en varios frentes- Desde la Democracia Representativa hacia la Democracia Participativa, pero mediante el uso de recursos tecnológicos y con una sociedad civil activa y una prensa libre.

Tenemos que acabar con la corrupción o combatirla tenazmente y adoptar una cultura de sobriedad y solidaridad. Debemos combatir la visión de que la política –eterna madre del acontecer humano- se limita al mercado

Pluralismo – Sí, es sin duda un importante y necesario elemento en nuestro proyecto común, pero respetándose la realidad de cada país. El margen de apreciación de cada país debe ser un punto a ser pensado no como una copia servil de la realidad europea, sino en temas más sensibles, como los que se han planteado en este seminario.

El Presente y el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Hay una necesaria universalización del Sistema- Necesitamos caminar hacia una regionalización plena. Hoy somos 34 Estados que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH o se han adherido a ella, y 21 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte.

En estos Estados habitan 500 millones de seres humanos. En América viven 800 millones de personas *que deberían ser alcanzadas por la Convención y por el sistema según el juez Sergio Ramírez de la Corte Interamericana.*

Es preciso perfeccionar la incorporación de las decisiones de la CIDH en los países latinoamericanos. Hay una serie de problemas a resolver. La recepción legislativa de recomendaciones, la manera como se compensarán los daños, son temas, entre otros, que se deben resolver y suplantar poco a poco, aunque con fuerza y tenacidad.

3. Son constantes en la región los ataques y las tentativas de cooptación o de debilitamiento del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo. Recientemente en Argentina, como en otros países de la región, hubo varias tentativas de crear órganos de control externo, no con jueces o profesionales de derecho, sino con diputados electos – sin ningún compromiso con la independencia judicial – en un modelo de justicia que más se aproxima al del período anterior a la revolución francesa.

Con respecto al tema del "diálogo" (judicial y cultural) vemos más a Europa – que las Américas- No que ello sea malo necesariamente, pero no es suficiente. Precisamos conocer más y mejor a nuestros vecinos y sus problemas. Sin ello no se logrará una integración suficiente en nuestra región.

El uso y la cultura del "Derecho Comparado" es aún muy pobre (desconocido) en Brasil y creo que en toda Latinoamérica.

Únicamente en los cursos de posgrado se ve alguna preocupación con el tema.

Ello se refleja en la mentalidad de los operadores jurídicos en general, que no están acostumbrados a lidiar con problemas globales, regionales e integrados. Esta realidad ha empezado a cambiar *hace muy poco tiempo* en nuestra región. Claro que para esto el papel de los derechos humanos ha sido fundamental.

Por último, mucho se ha hablado en este seminario sobre un "nuevo" constitucionalismo. Se aludió al concepto de plurinacionalismo, del que constituyen ejemplos la realidad constitucional boliviana, venezolana, ecuatoriana y sus retos. No niego la importancia del aporte de dicha corriente, aunque sea prematuro evaluar si de hecho estamos delante de algo verdaderamente "nuevo".

Lo que sí se puede decir con seguridad es que este llamado *"nuevo*" constitucionalismo contesta fuertemente el modelo agotado del pasado – que no ha funcionado en aquellos países- y por eso se ha intentado el "nuevo".

Igualmente me parecen relevante algunas tentativas de volver a crear nuevos instrumentos participativos, de derechos ligados a la naturaleza, de nuevas formas y reconocimiento de derechos jurisdiccionales de comunidades autóctonas. O sea, es preciso estudiar este "nuevo" para ver lo que aporta de calidad al constitucionalismo contemporáneo.

Finalizo con un pensamiento para reflexionar sobre el llamado "nuevo constitucionalismo". Tal vez sea un error mezclar diferentes vinos, pero la vieja y la nueva sabiduría se mezclan admirablemente. Como afirmara Bertolt Brecht: *"It may be a mistake to mix different wines, but old and new wisdom mix admirably."*

"Mutaciones Constitucionales": Una aproximación al origen del concepto.[1]

Ana Victoria Sánchez Urrutia

En los mismos ríos entramos y no entramos,
[pues] somos y no somos [los mismos]
Heráclito

I. Introducción

Una de las preocupaciones fundamentales de la doctrina publicista alemana de finales del siglo XIX y principios del XX estuvo orientada hacia la forma en que se genera cambio constitucional y las características principales de este proceso. En este contexto, se formula el término de "mutaciones constitucionales" (*verfassungswandlung*) para describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita. Son los autores de la llamada Escuela Alemana de Derecho Público los primeros de tratar de forma directa este fenómeno. Los postulados de esta escuela, en cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación constitucional en cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma. En este sentido, sólo puede plantearse el problema de la mutación constitucional a partir de concebir la Constitución como norma obligatoria. Laband, se plantea el problema de la mutación desde que constata que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma a pesar de ser Ley (*Gesetz*) que debe dar continuidad y estabilidad al derecho en cuanto codificación de los más fundamental Estado. Jellinek hace referencia a las mutaciones constitucionales después de constatar que la rigidez constitucional, es decir la existencia de un procedimiento complejo de reforma de la Constitución, es muchos casos, es una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución.

Parte de la doctrina alemana de entreguerras intenta integrar el cambio constitucional informal a un concepto complejo de Constitución. Auto-

1. Una primera versión de este artículo titulada "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto fue publicada en la *Revista española de derecho constitucional*, n. 58 (2000). Esa versión ha sido corregida, editada y adaptada para esta versión.

res como Heller o Smend intentan describir la Constitución como un ente dinámico, en constante movimiento, que se retroalimenta continuamente de la realidad política que le circunda. Hsü Dau Lin, exótico espectador de la Alemania weimariana, utiliza el sistema conceptual de Smend en su intento de ordenar de forma sistemática todas las posibilidades en las que pueden generarse mutaciones constitucionales en tanto cambios informales de la Constitución.

En este artículo se intentará describir y analizar los puntos destacables de estas formas de concebir la Constitución. Se intentará demostrar, además, que solamente pueden inferirse cambios informales a la Constitución a partir de su concepción normativa y que solamente desde la concepción de la Constitución en cuanto ordenación del sistema político y normativo puede plantearse una teoría de la Constitución que integre a la mutación constitucional como uno de sus elementos.

II. La mutación constitucional como problema

La Constitución del Imperio Alemán de 1871 llega después de muchos intentos de unificación que marcan la historia alemana del siglo XIX[2]. Esta unión es posible una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y en detrimento de Austria que es excluida del nuevo imperio. La Unión Alemana estará compuesta Estados muy distintos entre sí: desde los Grandes Ducados como Mecklemburgo-Schwerin donde regidos por criterios absolutistas, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana.

Este nuevo ordenamiento de la Constitución de 1871 se superponía a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los estados miembros. En muchos casos, como señala Jellinek, no existió una adaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento del Imperio. Éste factor, junto con otros, creaba una cierta incertidumbre respecto a la sistematicidad del ordenamiento jurídico del Reich. La Constitución imperial no requería un mecanismo excesivamente rígido para su revisión en cuanto el único límite a la regla de la mayoría suponía que no podía prosperar ninguna reforma de la Constitución del *Reich* que tuviese 14 votos en contra en el *Bundesrat* (Consejo Federal).

En el marco de la Constitución imperial se generan rabajos sobre teoría normativa que empiezan a abordar el problema de la mutación constitucional. Los presupuestos necesarios para que se desarrolle este concepto

2. Sobre las características políticas de la unidad alemana: Guillen, Pierre, El Imperio Alemán (1871-1918), trad. de M. Llop Remedios, Editorial Vicent-vives, Barcelona, 1973.

en Europa se dan precisamente en este período del último tercio del siglo pasado: un cierto grado de rigidez de la Constitución y su comprensión como instrumento normativo. Pues si en el caso de Estados Unidos de América, la Constitución tuvo la consideración de norma obligatoria desde el principio, en Europa la concepción de la Constitución como norma que podía atisbarse en el primer constitucionalismo liberal, se diluyó durante la etapa intermedia de las constituciones flexibles de la restauración y se empezó a retomar tímidamente en esta época.[3]

En este contexto, la mutación constitucional fue abordado por los autores de la Escuela alemana de Derecho Público. Esta escuela fundada por Gerber y Gierke inicia una tradición «científica» en Alemania dentro de la cual se inscriben juristas como Laband y Jellinek. La Escuela alemana de Derecho Público propugnaba como punto de partida metodológico la separación entre derecho y política. Según esta orientación, el derecho público debía ser estudiado de manera aislada sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes. En este contexto, no deja de resultar paradójico que sean precisamente dos autores destacados de esta tradición los que inicien el estudio del contraste entre lo descrito en las normas constitucionales y el funcionamiento real del Estado constitucional.

Laband en su *Wandlungen der Deutschen Reichverffasung*[4] describe como la Constitución del Reich era transformada sin que se accionaran los mecanismos de reforma constitucional. Para ello, se tiene que partir de la concepción de Constitución como ente normativo, idea que se ilustra claramente en la primera frase de su trabajo sobre la evolución de la Constitución del *Reich.*

> «Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal».[5]

Laband destaca que aunque las Constituciones son normas jurídicas en sentido estricto, la acción del Estado puede transformarlas sin necesidad de su modificación formal. Así, observa que cuando uno se procura un conocimiento preciso y definido de la Constitución se encuentra que, por un lado, la Constitución tiene numerosas disposiciones de significado

3. Sobre la distinción entre constituciones rígidas y flexibles se puede consultar: Bryce, James, Flexible and Rigid Constitutions (1884): Constituciones flexibles y constituciones rígidas, [no consta traductor], estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

4. Laband, Paul, Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung, publicado en el Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen, 1895, pp. 149-186. Se citará por su reimpresión en Laband: Abhandlungen und Rezensionen, vol. 1, Liepzig, 1980, pp. 574-611

5. Laband, Paul, Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung, op. cit. p. 574

subordinado y pasajero, de escaso interés para la mayoría de la población, y que por el otro, la esencia real del derecho del Estado plasmada en ella puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita.[6]

Laband describe cuáles son los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich y hace referencia a la transformación informal de la Constitución del Reich por medio de tres vías distintas: regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución y alteración del los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos.

La ausencia de regulación constitucional de las principales instituciones del Estado conducía a que la transformación de la situación constitucional del *Reich* se pudiese producir al margen de la modificación formal de la Constitución. La inexistencia de definición de la posición política de los ministros del Reich, la no previsión de un procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional imperfecta y escasa de las finanzas del *Reich* y la vaga e incompleta previsión constitucional de los criterios de distribución competencial entre el los *Länder* y el *Reich* suponían que su situación real sólo pudiese ser deducida del contenido de las leyes del Imperio. Así, para Laband, la mayoría de las leyes de naturaleza política suponían, en la práctica, un cambio en la situación constitucional del *Reich* .[7]

La expansión de la facultad de refrendar los actos del *Kaiser* a través de la legislación y la práctica política fueron destacados por Laband como uno de los cambios más importantes de la situación constitucional del Reich producidos en contradicción al texto constitucional. La Constitución del Reich sólo mencionaba la existencia de un ministro -canciller- que daba validez a los actos del *Kaiser* con su refrendo. De la capacidad de refrendo se desprendía que el Canciller era el responsable de la acción política del Estado Sin embargo, la extensión y la diversidad de la administración del *Reich* hizo que esta función fuese tan amplia como irrealizable por lo que, en la práctica, se admitió que el refrendo pudiese ser realizado por los jefes de las administraciones del *Reich*[8]. En 1879 se crea por ley la figura del *Generalvestreter* (Vicecanciller) al que se le facultaba asumir todas las obligaciones y responsabilidades del Canciller relacionadas a la administración del *Reich* en casos especiales o para suplencias específicas. En la práctica el

6. Laband, Paul, Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung op. cit. p. 575
7. Laband, Paul, Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung op. cit. pp. 575-576
8. Durante los primeros años vigencia de la Constitución del Reich, la función de Canciller de Prusia y de Canciller del Reich solía recaer en la misma persona.

Generalvestreter fue designado sin que estas circunstancias ocurrieran.[9] Laband, a pesar de resaltar y destacar la gran cantidad de cambios informales a la Constitución sostuvo la imposibilidad de controlarlos jurídicamente debido a la inexistencia de mecanismos formales para ello. En este sentido, sostuvo que «...la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico».[10]

Jellinek también se ocupó de estudiar las transformaciones informales de la Constitución del Reich a la vez que analizó problemas similares en el derecho constitucional comparado. Este autor utilizó la intencionalidad del cambio como criterio para distinguir la mutación (transformación) de la reforma constitucional:

> «Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación»[11]

De acuerdo con lo anterior, Jellinek define la reforma como la modificación del texto constitucional resultante de acciones voluntarias e intencionadas. Esta definición tan amplia lleva al autor a agregar que la Constitución puede ser reformada ajustándose o no a derecho. [12] La Constitución se «reforma» según el mecanismo descrito en la misma para su modificación pero lo es, a la vez, el cambio o supresión de la Constitución por vía revolucionaria o su modificación consuetudinaria.

Jellinek sostiene que «las leyes constitucionales pueden reformarse (revisarse), al igual que las leyes ordinarias, de tres maneras. Pueden abrogarse totalmente (1), pueden sustituirse por otro texto (2), o sustituirse por leyes [constitucionales] posteriores (3)».[13] El primer supuesto engloba los casos en que se deroga la Constitución en su totalidad. El segundo supone que una parte de la Constitución es reemplazada por una reforma de la misma. El tercer supuesto se refiere a las llamadas reformas constitucionales tácitas (materiales) en la cual la reforma constitucional no reemplaza la parte del texto constitucional que se modifica pero se entiende que las

9. Laband, Paul, Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung op. cit. pp. 577-578
10. Laband, Paul, Das Staatsrechts des deutschen Reiches, vol. II. Se ha consultado la versión francesa: Le Droit Public de l'Empire Allemand, vol. 2, Giard & Brière, París, 1901, p. 314
11. Jellinek, Georg, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906), trad. de Christian Föster: Reforma y Mutación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 p. 7.
12. Jellinek, Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 9
13. Jellinek, Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 11

nuevas leyes constitucionales derogan toda la parte del texto constitucional que esté en contradicción con ellas.[14] El abuso de esta técnica de revisión constitucional produjo una carencia sistemática respecto a la reforma de la Constitución, de modo que hizo difícil recabar del texto constitucional una idea suficientemente aceptable de los fundamentos del *Reich*".[15]

A diferencia de la reforma constitucional que siempre es intencional, para Jellinek, la mutación constitucional supone el cambio operado por actos no intencionados que no alteran expresamente el texto de la Constitución.[16] En la descripción de este fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; a la mutación constitucional resultante de la práctica convencional; a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y; al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración. En este contexto, hace referencia, de forma desigual, a los cambios producidos por las costumbres, los actos normativos y la jurisprudencia.

Jellinek, después de describir las diversas posibilidades en que las constituciones puede cambiar sin que se vea alterado sus texto escrito no puede dar más que una explicación fáctica del fenómeno. En este sentido destaca que "las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal" y que "las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica."[17]

Con la Escuela Alemana de Derecho Público la noción de cambio constitucional alcanzó, pues, un grado de elaboración elevado. No obstante la inexistencia de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes y el carácter tremendamente escueto de la Constitución de 1871 impidieron que los conceptos de reforma y de mutación de la Constitución fueran delimitados claramente por los autores de esta escuela que se limitan a mostrar su perplejidad frente a las contradicciones entre la realidad, lo fáctico, y lo establecido por la letra de la Constitución.

14. Este es el sistema que se ha seguido en la modificación constitucional de la Constitución estadounidense. Así, el texto de la Constitución de 1787 no ha sido alterado formalmente, pero se entiende que no están vigentes todas aquellas partes que estén en contradicción con cualquiera de sus enmiendas Sobre el concepto de reforma constitucional tácita se puede consultar a Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, trad. ampliada de A. Gallego Anarbitante, Barcelona, 1979, pp. 185-186

15. Jellinek, Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 11. El problema de las reformas constitucionales tácitas es actualmente bastante patente en Austria donde la Constitución vigente permite la reforma constitucional tácita, además que acepta que leyes ordinarias tengan contenido constitucional si son aprobadas por la mayoría cualificada necesaria para reformar la Constitución.

16. Jellinek, Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 11

17. Jellinek, Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, op. cit., p. 84

III. La Mutación constitucional como parte de un concepto dinámico de constitución.

La época de entreguerras fue enormemente fecunda en relación a la construcción del derecho público. Si, en Francia, las objeciones al formalismo jurídico datan de principios de siglo, en Alemania (y Austria), la gran renovación teórica del derecho público se produjo en la época de entreguerras. Desde el dogmatismo llevado a su máxima expresión racional por Kelsen hasta las ideas dinámicas de Constitución construidas por Heller o Smend, todo el campo del derecho público muestra una riqueza excepcional.

La Constitución alemana de Weimar (1919) inaugura una nueva generación de códigos constitucionales que, junto a los derechos individuales clásicos, regula derechos sociales, en este sentido, se intentó crear un régimen constitucional-liberal en le cual se combinan el enunciado de derechos individuales clásicos con derechos sociales y económicos.

La Constitución alemana de Weimar no contemplaba la posibilidad de un control jurisdiccional centralizado de la Constitucionalidad, sin embargo, en su marco, coexistieron distintos sistemas parciales:[18]

-*El control de la primacía del derecho estatal sobre el derecho de los Länder (art. 13)*. Este control era ejercido de forma abstracta por el Tribunal del Reich (*Reichgericht)*. El objeto del control era ejercido sobre las leyes de los Länder pero indirectamente se llegó a situaciones de control de las leyes del Reich.

-*El control de los conflictos constitucionales sea entre órganos constitucionales o entes regionales (entre el Reich y los Länder o los Länder entre sí*). Este control era ejercido por el Tribunal de Estado del Reich Alemán (*Staatsgerichthoft des deutches Reichen*). También existía la previsión de crear tribunales similares en cada uno de los Länder.

-*Control difuso de los jueces*. Los jueces controlaban el derecho preconstitucional en virtud de la cláusula derogatoria de la Constitución (art. 178.2). También, aunque de manera difusa, controlaban la primacía del derecho federal sobre el derecho de los Länder. En el transcurso de la vigencia de la Constitución de Weimar se atribuyeron la facultad del control de la constitucionalidad de las leyes. La sentencia que marca y define de manera más relevante esta atribución es la Sentencia del *Reichgericht* de 5 de noviembre de 1925.[19]

---

18. Una descripción detallada de estos procedimientos se encuentra en: Cruz Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp 71-227

19. La facultad judicial de control constitucionalidad no fue recibida con entusiasmo por muchos de los defensores de la Constitución de Weimar. En la Alemania de la época se veía a la clase judicial con una casta conservadora. En este sentido Heller sostenía en relación a la Sentencia de 1925 que con esta autoatribución judicial, la burguesía había «...logrado por el momento asegurase eficazmente contra el riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho libe-

Durante la vigencia de la República de Weimar, los poderes constitucionales del presidente del Reich se expanden constantemente. Desde el inicio de la vigencia de la Constitución se interpretan de manera bastante amplia los poderes extraordinarios del presidente en el estado de excepción (art. 48.2). Con el tiempo, estas potestades extraordinarias se interpretaron en el sentido de que el presidente podía legislar en materias económicas en caso de crisis financieras.

Por lo que respecta a la reforma constitucional se planteaban dos tipos de problemas distintos. Por un lado, el problema del quebrantamiento (rotura) de la Constitución, es decir, de las decisiones adoptadas por el Parlamento con la mayoría suficiente para reformar la Constitución y que suponían una excepción en su aplicación en un caso concreto[20]. Por otro lado, el problema de las reformas constitucionales tácitas (materiales), heredado de la práctica consolidada bajo la Constitución del Imperio de 1871: la técnica para aprobar una reforma constitucional sin especificar que parte de la Constitución se reemplazaba.

Como consecuencia de la inestabilidad de la época, los teóricos de la Constitución centraron buena parte de sus esfuerzos en reflexionar acerca del cambio constitucional e intentaron comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita. Sus doctrinas constituyeron una reacción frente a los postulados de la Escuela Alemana de Derecho Público, pero los planteamientos de los diferentes autores respondían a presupuestos claramente diferenciados.

Algunos autores como Smend o Heller aprehenden el concepto elaborado por Jellinek -y sugerido antes por Laband- y lo convierten en un elemento de la teoría de la Constitución. Otros pretenden reformularlo de manera sistemática como hace Hsu Dau-Lin.

1. Normalidad y normatividad: Heller

Heller parte de una concepción de la constitución como organización material del Estado. En Heller, la constitución es su sentido total, en el sentido de la ciencia de la realidad, viene a equipararse con la organización del Estado. Representa la cooperación entre individuos y grupos mediante las relaciones gracias a las cuales el Estado alcanza existencia y unidad de acción.[21]

---

ral.». Frente a este problema, Heller proponía dos soluciones: la renovación de la clase judicial por parte de un gobierno verdaderamente independiente o la reforma constitucional en la que expresamente se prohibiera a los jueces ejercer el control de la constitucionalidad Heller, Hermann, «¿Estado de derecho o dictadura?», en Heller, Escritos políticos, op. cit., p. 288-289

20. Sobre el problema del quebrantamiento de la Constitución en la época weimariana se puede consultar a Loewenstein, Karl, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, (1931), Scienntia Verlag Aalen, 1968, pp. 164-190 y 233-304.

21. Garcia Pelayo, Manuel, Manual de derecho constitucional comparado, Alianza Editorial, Madrid,

En este sentido, coincide con Lasalle al señalar que la constitución material está determinada por las relaciones reales de poder. Sin embargo, para Heller «...esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado.»

Para poder comprender el funcionamiento constitucional, Heller considera necesario distinguir entre la constitución no normada (normalidad) y la Constitución normada (normatividad) y, dentro de ésta última, entre la normada extrajurídicamente y la normada jurídicamente. Así como el elemento dinámico de la Constitución no puede ser analizado de modo completamente separado del elemento estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser de la Constitución.[22]

La relación entre el ser y el deber ser de la Constitución es recíproca: la normalidad crea normatividad pero, a su vez, la normatividad crea normalidad:

> «En realidad, sobre la infraestructura de la Constitución no normada, e influida esencialmente por esta infraestructura, se yergue la Constitución normada formada por normas en la cual, al lado de la tradición y el uso, desempeña un papel peculiar la función directora y la preceptiva, que tienen carácter autónomo y que, con frecuencia, deciden contra lo tradicional.»

Formulado en los términos del sistema conceptual de Heller, la norma constitucional puede transformarse maneras distintas: por el cambio de contenido de los elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho), o como consecuencia de las mutaciones constitucionales que supone la superación de los elementos normados por la normalidad.

Heller identifica los elementos normados no jurídicos con los «principios». Según Heller, la ausencia de contenido preciso sería la característica que hace posible que los principios evolucionen y desempeñen una función transformadora dentro de la Constitución. Por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley era reconocido por Constituciones democráticas de su tiempo, sin embargo, estos textos no explicaban lo que ha de considerarse como igual o como desigual. Así, por lo que respecta a la igualdad política, en algunos sistemas constitucionales se considera que su ámbito de aplicación sólo comprende a los varones, mientras que en otros abarca a las personas de ambos sexos, varones y mujeres.

1984, p.87

22. Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit, p. 269

> «El que la permanencia de la norma pueda ser armonizada en el cambio ininterrumpido de la realidad social, de debe, en gran parte, a que la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la corriente imperceptible de la vida diaria. Mediante la evolución gradual de los principios jurídicos puede suceder que, no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su sentido experimente una completa revolución, aunque quede salvaguardada la continuidad del derecho ante los miembros de la comunidad jurídica.»[23]

Para Heller, la normatividad del sistema constitucional está intentando constantemente adecuarse a la normalidad. Cuando esta operación tiene éxito, se preserva la continuidad del ordenamiento. Sin embargo, puede suceder que la normalidad no sea incorporada ni por las normas no jurídicas (principios) ni por lo normado jurídicamente y que se mantenga en oposición a ellos. Es decir, la normatividad puede perder su capacidad normalizadora y el uso social -la realidad no normada-, puede revelarse más fuerte que la norma estatal. La relativa frecuencia de este fenómeno es lo que explicaría la atención que la doctrina y en especial la Escuela Alemana de Derecho Público (Jellinek) prestó a las mutaciones constitucionales que ocurren al margen de la norma constitucional.

2. La mutación constitucional como elemento de un concepto ambivalente de Constitución: Smend

Smend formula una teoría de la Constitución influenciada por filósofos alemanes de la época e intenta formular un sistema de unidad de la Constitución que persigue explicar la abstracción de la unidad alemana a través de la teoría de la integración dentro de la comunidad política. Mediante la formulación una teoría dinámica de la constitución propone una nueva formulación tanto de la Filosofía del Estado como de la Teoría del Estado. Pretende romper con las doctrinas dominantes de su época en Alemania. Por una lado, las teorías formalistas de autores como Jellinek o Kelsen, y por el otro las de quienes tenían un punto de vista «realista» como Max Weber, a quienes considera Smend, en general, poco clarificadores. En ambos casos se deja de lado la dependencia de todo lo jurídico-político respecto de la Filosofía del Estado. [24] Según Smend, la historia de la Filosofía del Estado demuestra «...que con mucha frecuencia los resultados concretos que han perdurado a lo largo del tiempo son inversamente proporcionales

23. Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit, p. 277
24. Smend, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, (1928). Se ha consultado la trad. de José Ma. Beneyto Pérez: Constitución y Derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 46

al esfuerzo teórico y metodológico empleado».[25] Y con la teoría de Kelsen la Teoría del Estado alcanza su punto cero: «....además ha destruido todo lo que se alcanzado ahora en la Filosofía del Estado y no ha aportado nada a la Teoría jurídica del Estado.»[26]

2.1. El Estado como integración espiritual

Sólo puede concebirse la idea del Estado como flujo circular, como una tensión dialéctica individuo-sociedad que no puede ser entendida ideológicamente sino que sólo puede ser descrita. La íntima realidad del Estado, a partir de la cual se definen el concepto y el objeto de la Constitución, la constituye el ser un ámbito parcial de la realidad espiritual. En este sentido, "el Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente contrastado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y cambio, puesta continuamente en duda."[27]

El Estado debe ser estudiado por las ciencias del espíritu, debido a que es una realidad espiritual. El individuo forma parte de esta realidad espiritual. El Estado, sin embargo, no puede construirse partiendo del individuo y yendo de lo particular a lo general, sino que debe concebirse como una relación que se crea retroalimentándose. Es una relación dinámica de reflujo mutuo.

El Estado para Smend no es algo material y estático. Las formas espirituales colectivas, como el Estado, no constituyen sustancias estáticas sino una unidad de sentido de la realidad espiritual, esto es, actos espirituales. La «integración» es el núcleo esencial de la dinámica del Estado que consiste en la constante renovación de un complejo número de sus manifestaciones.[28]

Lo anterior es, la clave de la realidad estatal que es la única posible frente a las alternativas existentes.[29] Así, el individuo es el núcleo constitutivo del Estado pero su vinculación sólo puede ser explicada partiendo de su naturaleza dialéctica. La realidad estatal no puede explicarse aisladamente desde el individuo o sobre la base de una noción finalista del Estado.

Otra dificultad deriva del carácter ambiguo de la realidad estatal que, por un lado, contribuye a la realización de los valores del espíritu y por el otro a la realización del derecho estatal.

---

25. Smend, Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.47.
26. Smend, Constitución y derecho constitucional, loc. cit. En Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzunf (1930), Kelsen rebate las objeciones de Smend a la Teoría Pura del Derecho. [El Estado como integración. Una controversia de principio, trad. y estudio preliminar. de J. A. García Amado, Tecnos, 1997]
27. Smend, Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.61
28. Smend, Constitución y derecho constitucional, op. cit., pp. 62-63
29. Smend, Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.64.

Estos dos elementos son inseparables desde un perspectiva filosófico estatal:

> «El derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquellas, y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivización jurídica»

La integración se da según modelos estructurales distintos. Esto lleva a Smend a distinguir tres tipos diferentes de procesos de integración estatal que no tienen lugar de forma aislada sino que se complementan entre sí: integración personal, integración funcional e integración material. La integración personal es aquel proceso de integración determinado por el líder o el caudillo, la burocracia política o las élites políticas. La integración funcional esta conformada por aquellas «...formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo».[30] Por último, existe una integración material. Esta, según Smend, podría estar conformada por los objetivos comunes que justifican la existencia del Estado. La integración material se puede relacionar con las teorías de los elementos del Estado en su contenido simbólico. En este sentido, el territorio y la historia común son elementos de la integración material; no en el sentido en que los concebía la teoría de los elementos del Estado, sino como variables interdependientes y dinámicas.[31] En general, concluye Smend, toda dinámica estatal forma parte del sistema de integración.

2.2. La Constitución como constante mutación.

Esta nueva visión de la Teoría del Estado como integración, lleva a Smend, obviamente, a formular de manera diferente el concepto de Constitución.

Según Smend, la Constitución se ha entendido tradicionalmente de dos formas distintas. Por un lado, está la visión estática, que concibe a la Constitución como la regulación de los órganos del Estado y el estatus del individuo frente a él. Por el otro, la concepción de la Constitución como producto de una ley física en sentido descrito por Lasalle: la Constitución

30. Smend, Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.78. Los únicos estudios que Smend considera que se han ocupado de la integración funcional son los de la psicología social. Las marchas militares, las manifestaciones masivas, las elecciones, el Parlamento son, para Smend, formas espirituales de integración funcional. La eficacia integradora de todos estos elementos se halla condicionada por la existencia de una comunidad de valores y de la participación interesada en el proceso integrador.

31. Kelsen resalta los problemas que presenta la teoría de la integración en Smend, especialmente en relación a la definición de los modelos específicos integración que podría entrever una cierta aproximación ideológica al fascismo [El Estado como integración. Una controversia de principio, op. cit., p. 95]

como suma de las fuerzas reales de poder frente a la que despectivamente es llamada «hoja de papel».[32]

Smend considera que estas dos concepciones de Constitución, en principio contrapuestas, no dan una idea global de lo que ésta significa y cree más acertadas aquellas ideas que acercan el concepto de Constitución al de movimiento.

La visión de Jellinek sobre mutaciones constitucionales sirve como ejemplo de dos concepciones contrapuestas de la Constitución: de la noción positivista como organización formal del Estado por un lado, y de una concepción de matriz lasalleana que pone el acento en la contraposición entre la «hoja de papel» y las fuerzas reales de poder por otro. Todo esto pone de manifiesto –según Smend- los elementos contradictorios entre en la teoría del Estado y la Constitución de Jellinek.

Según Smend, ninguno de los puntos de vista antes indicado es válido:

> «Cualquier ciencia del espíritu que atienda únicamente al criterio vitalista y organisista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la Naturaleza o que, por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de normas de la Escuela de Viena [Kelsen], no llega a captar la verdadera naturaleza del objeto; hay que considerar el objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones.»

En consecuencia, se debe concebir la Constitución como una unidad, como un fin en sí mismo y a la vez como una estructura compleja. La Constitución es la plasmación legal o normativa del proceso de integración estatal. Es la ordenación jurídica del Estado a la vez que es la dinámica total en que se desarrolla la vida del Estado. En cuanto norma, la Constitución es una barrera sólida de contención de las fuerzas sociales en perpetua ebullición. Smend, sin embargo, aclara que la Constitución no puede prever ni regular todos los aspectos de la vida estatal. La dinámica estatal está generando constantemente situaciones no previstas expresamente en las normas constitucionales.[33]

> «Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y es esta misma finalidad la que no sólo permite sino que incluso exige del intérprete constitu-

32. v. Lassalle, Ferdinand, ¿Qué es una constitución? (1862), [estudio preliminar de E. Aja] Ariel, Barcelona, 1984, p.99

33. Smend, R.,Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.133

cional una interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de otras formas de interpretación jurídica»[34]

Todo esto significa que la Constitución al regular el proceso de integración genera los elementos de su propia «mutación». Este proceso de integración se tiende a completar por medio de la creación espontánea de elementos políticos muy diversos, como partidos políticos, asambleas etc. Al mismo tiempo que esta integración se completa con la configuración de otras formas políticas, las instituciones jurídicas desarrollan una dinámica propia por la que se autotransforman y complementan. Así, Smend sostiene «que lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora supletoria de sus lagunas»

> «Una comprensión global de la regulación y de los fines constitucionales, de su sistema integrador, pero también de su intencionalidad objetiva, solamente es posible si se entiende a esta capacidad de transformación [mutación] y supletoria, a sus consecuencias en orden a la transformación efectiva y a la interpretación extensiva de las normas que componen el propio sistema que la Constitución instaura.»[35]

En la Teoría Constitucional smendiana el Estado es integración y la Constitución es el ordenamiento jurídico de la integración. La norma Constitucional pretende abarcar todo, pero es un elemento controlador de las fuerzas sociales que están en constante cambio. Por tanto, a diferencia de la interpretación jurídica ordinaria, la interpretación constitucional debe ser flexible -permisiva- debido a la naturaleza expansiva y elástica de las normas constitucionales. Smend considera que la Constitución misma contiene los elementos para su propia transformación por vía de la mutación constitucional.

2.3 Integración e interpretación constitucional.

El carácter autotransformador de la Constitución pone de relieve los rasgos que diferencian el derecho político (Staatsrecht) y el derecho administrativo.

Para Smend, el problema central del derecho político es el de la totalidad estatal. Por tanto desde su perspectiva es importante comprender

34. Smend, R., Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.134. Sin embargo, para Smend, esta capacidad del interprete constitucional no debe estar expresamente formulada en el texto constitucional.

35. Smend, Constitución y derecho constitucional, op. cit., p.134

e interpretar la Constitución en su sentido global y, en consecuencia, es preciso esforzarse en delimitar su contenido real y en determinar el método a seguir para su correcta interpretación.

Para Smend «el método formalista [que caracteriza al derecho público] prescinde en este punto de una fundamentación consistente en una teoría del Estado basada en las ciencias del espíritu, de una teoría que trate de la esencia material concreta de su objeto como punto de partida para el trabajo jurídico». [36]«De este modo -sostiene Smend- se trocea el derecho constitucional en un conglomerado de normas y de institutos particulares que son incluidos bajos los esquemas generales usuales al ser estudiado su contenido según el grado de poder jurídico - formal y según las obligaciones formales que contienen».[37]

Smend propone, por el contrario, que lo que debe hacer el interprete constitucional es considerar la Constitución como un todo, desde el preámbulo hasta el final y no como un conjunto de elementos diferenciados. A partir de este planteamiento formuló lo que deberían ser las reglas generales de interpretación constitucional:

a) Los hechos particulares del derecho político no deben ser considerados en sí mismos y de forma aislada, sino como elementos pertenecientes a un momento significativo que cobra vida a través de ellos, como elementos pertenecientes al todo funcional de la integración.

b) Las diversas normas de derecho político constituyen, tomadas en su conjunto, el sistema del contexto integrativo, del cual se deriva un valor distinto de cada una de ellas y por tanto, una diferencia de rango. Así, para Smend, dentro de la Constitución existen normas de distinta importancia de las cuales las que expresan principios serían las de más alto rango. Por ejemplo, para Smend es una cuestión que atañe al derecho el determinar si el sistema parlamentario debe ser considerado como un principio constitucional de primer o segundo orden dentro de la Constitución del Reich.

c) La viabilidad es una característica central de la Constitución y también lo es, por tanto, la posibilidad de su mutación. Esta mutación puede afectar a elementos externos a la Constitución formal, pero que impliquen alteración en su funcionamiento, como serían las transformaciones de los partidos políticos. Puede afectar a la misma Constitución en el sentido de llegar a modificar gradualmente la relación de rango y peso que se establece entre los distintos factores, instituciones, y normas constitucionales. Este tipo de cambio informal no está sometido a las condiciones que se exigen para la creación del derecho consuetudinario. Ello se debe al propio carácter de la Constitución, que regula constantemente el sistema integrativo que responde a su orientación.

36. Smend, R., Constitución y derecho constitucional, op. cit., p. 197
37. Smend, R, Constitución y derecho constitucional, op. cit., p. 194

En general, se pueden extraer dos ideas dominantes de la teoría de la interpretación en Smend: la idea de movimiento como parte del concepto de Constitución -y, por tanto, como elemento que se debe tener en cuenta cuando se interpreta-, y la idea de globalidad. Se debe tener la conciencia permanente de que cada elemento pertenece a un todo y de que sólo puede entenderse completamente por referencia a esa globalidad a la que pertenece. Es decir, los detalles solo pueden ser entendidos a partir de la visión de conjunto.

3. Un testigo de excepción: Hsü Dau-Lin

Tal vez la monografía más importante que se ha escrito sobre mutaciones constitucionales fue la elaborada por el jurista chino Hsü Dau Lin en la época de Weimar. Hsu, bajo la guía de Smend, sintetiza, sistematiza y completa todos los trabajos conocidos sobre mutación constitucional que se habían producido hasta esa época.

3.1. Definición y supuestos de la mutación constitucional

Para definir las mutaciones constitucionales, Hsü estudia las distintas relaciones que pueden existir entre las normas constitucionales y la realidad. La primera posibilidad consistiría en una plena congruencia entre la norma constitucional y la realidad. Este primer supuesto puede responder a dos dinámicas distintas: que la realidad siga lo marcado por la norma, lo que supone la vigencia plena del derecho constitucional, o que la norma constitucional siga a la realidad como ocurre cuando se modifica formalmente la Constitución.[38]

La segunda posibilidad consiste en la existencia de una disociación entre la norma constitucional y la realidad. Este es el núcleo de lo que caracteriza la mutación constitucional para Hsü Dau Lin: la mutación constitucional (*Verfassungswandlung*) es definida como una incongruencia entre las norma constitucional y la realidad. Es un fenómeno que, por sus características, es observable especialmente en constituciones de reforma agravada.[39]

De acuerdo con la relación entre la norma constitucional y la realidad, puede existir cuatro supuestos de mutaciones constitucionales: la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución (a); la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución (b); la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Cons-

38. Hsu Dau-Lin, Die Verfassugswandlung, Walter de Gruyter & Co, Berlín y Leipzig, 1932, p.20
39. Hsu Dau-Lin, Die Verfassungswadlung, op. cit., p.17

titución (c); y la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución (d)[40]. La clasificación de Hsü tal vez sea algo inexacta y no es difícil que los distintos supuestos se solapen o se confundan en algunos casos. Sin embargo, la gran aportación de Hsü es haberse preocupado de estudiar específicamente las mutaciones constitucionales frente a los que sólo se refieren al concepto de manera genérica como parte del concepto de Constitución -como hace Smend- o los que descubren su existencia y sólo muestran su perplejidad frente a ella -como Laband o Jellinek.

a) Mutación constitucional por medio de la práctica estatal que no viola la Constitución: en este supuesto, no se deja de observar una norma constitucional sino que surgen relaciones jurídicas no previstas o no reguladas en las prescripciones constitucionales. Para describir esta modalidad, Hsü utiliza tanto los ejemplos sugeridos por Laband como por Jellinek. Así, se refiere a casos de mutaciones constitucionales fuera de las normas constitucionales con ejemplos de la época del Reich alemán. La existencia del vicecanciller del Reich, no previsto por la Constitución y al que se le conferían todas las atribuciones y responsabilidades del canciller, constituye uno de esos ejemplos.[41]

Una forma de enfocar este fenómeno es a través de preguntarse si puede afirmarse que existen lagunas constitucionales. Hsü parte de la idea smendiana de que la Constitución es la regulación del Estado en cuanto totalidad, a la vez que es una regulación de carácter general. Para Hsü la noción de laguna constitucional se infiere de un concepto formalista de Constitución. Quienes conciben la Constitución como una unidad espiritual de sentido, tal como él lo hace, no pueden sostener, en principio, la existencia de tales lagunas constitucionales. Para Hsü: "...lo que se pone de manifiesto con la teoría de las lagunas constitucionales es la total desesperación formalista, el resultado del desconocimiento del contenido espiritual de la Constitución: al no tener en cuenta la sistematicidad de la Constitución sus parágrafos quedan reducidos necesariamente a prescripciones aisladas».[42]

Por esto Hsü considera que la teoría de las lagunas constitucionales adolece de insuficiencias y critica la relación que Jellinek establece entre las lagunas constitucionales y la mutación de la Constitución. Para Hsü, los casos de mutación constitucional por medio de la praxis que no viola la Constitución no presuponen una laguna constitucional. En estos casos la mutación surge por la existencia de una nueva situación jurídica que no corresponde al sentido de la Constitución. No se modifica un determinado artículo de la Constitución, sino un principio de la Constitución resultante del sistema general de normas constitucionales.

40. Hsu Dau-Lin, Die Verfassungswadlung, op. cit., p.19
41. Hsu Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.22. Ver también: Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichverfassung, op. cit., p. 589
42. Hsu Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.54

b) Mutaciones constitucionales por la imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones previstas constitucionalmente: una mutación constitucional puede ser causada por la imposibilidad, en muchos casos sobrevenida, del ejercicio de atribuciones de poder que constituyen el contenido de determinadas prescripciones constitucionales. Las potestades que determinadas normas atribuyen a los poderes, decaen a causa de la imposibilidad de su ejercicio y los artículos correspondientes de la Constitución dejan de responder a la realidad jurídica. [43] Hsü encuentra ejemplos de este tipo de mutaciones en la práctica constitucional francesa, como el desuso del derecho de disolución de la cámara por parte del Presidente de la República[44] y la consideración de que el Presidente no era reelegible, a pesar de no estar prohibida expresamente su reelección en las Leyes Constitucionales de 1875.

Para analizar este tipo de mutaciones constitucionales Hsü se cuestiona si la no aplicación de una norma determina su pérdida de vigencia. Para Hsü, desde el punto de vista de la realidad jurídico material, una norma que ha perdido su vigencia (*Geltung*) social no tiene existencia material. Por ello se cuestiona si puede ser antijurídica o inconstitucional la aplicación de una norma formalmente existente que ha devenido obsoleta. Su respuesta es afirmativa y utiliza en apoyo de su tesis el ejemplo del desuso de la potestad de disolución de la cámara baja en la III República Francesa. Para Hsü pretender aplicar esta norma sería antijurídico a pesar de su existencia formal.

c) Mutación constitucional por medio de una práctica estatal contraria a la Constitución: para Hsü una mutación constitucional puede ser causada por una praxis estatal que esté en clara contradicción con la letra de la Constitución, sea por lo que él denomina «revisión material» de la Constitución *(materielle Verfassungsänderung)* o, por medio de la legislación ordinaria (leyes o reglamentos internos de los órganos estatales superiores).

Las revisiones materiales de la Constitución son definidas como leyes aprobadas por el procedimiento de revisión pero que no modifican el tenor literal de la Constitución.

En general, Hsü indica que el problema de las reformas materiales de la Constitución ha sido un problema fundamentalmente del derecho alemán. La cuestión doctrinal consistió según este autor, en definir qué era

43. Hsu Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, op. cit., p. 59.

44. En 1873 la Convención Constituyente eligió al monárquico Mac-Mahon como primer presidente de la III República Francesa. Mac-Mahon, al encontrar problemas para gobernar con una cámara de mayoría republicana, la disuelve con la autorización del Senado según lo establecía la Ley Constitucional de 25 de febrero de 1875, (Art. 5). En las elecciones siguientes triunfan nuevamente los republicanos y, dos años más tarde, Mac-Mahon se ve obligado a dimitir cuando la mayoría republicana llega al Senado. A Mac-Mahon lo reemplaza Grèvy, un republicano, partidario de la reducción de los poderes presidenciales, el cual se abstiene de ejercitar las facultades presidenciales de vetar leyes o disolver el parlamento. Esta actitud dio lugar a la llamada Constitución Grèvy en virtud de la cual ningún Presidente volvió a ejercitar esta atribución frente a las cámaras.

exactamente una «revisión constitucional», en particular, si como requisito de su existencia se entendía que debía haber una expresa sustitución del texto constitucional que se pretendía modificado.

Hsü entiende que son necesarios dos requisitos para que se dé un reforma material de la Constitución: la observancia de los procedimientos agravados prescritos para la reforma constitucional y la ausencia de modificación expresa del texto constitucional. El primer requisito exige, en el caso de la Constitución de Weimar, que la decisión sea aprobada por una mayoría cualificada. Hsü no distingue entre el supuesto de que la revisión constitucional modifique sólo para un caso concreto el texto o lo haga de forma general. Para él ambos casos suponen una mutación de la Constitución.[45]

Para Hsü existen tres tipos distintos de cambios materiales de la Constitución. El primero se da cuando la ley se aprueba por mayoría cualificada y se señala expresamente en la publicación de la misma[46]. El segundo supuesto es el de cambio material tácito. Se da cuando se observa conscientemente el proceso prescrito para la reforma de la Constitución, pero la ley, cuando se publica, no contiene una cláusula que lo ponga expresamente de manifiesto. La doctrina admite la validez de este tipo de leyes porque no hay ninguna norma que indique que el cambio constitucional debe ser expreso.[47]

Un tercer supuesto de reforma material de la Constitución consistiría en que el contenido de la ley esté en contradicción con la Constitución, esta contradicción no se haya constatado en el proceso de su elaboración, pero en cambio la ley se aprueba con la mayoría necesaria para reformar la Constitución. La mayoría de la doctrina consideraba que este tipo de modificación de la Constitución no era válida. También Hsü, siguiendo en parte el criterio de Jellinek, considera que para que sea válida una reforma de la Constitución es necesario que exista la voluntad de reformarla.

De acuerdo asimismo con Hsü una determinada disposición constitucional puede ser transformada por la legislación ordinaria, siendo más probable este fenómeno donde no existan controles de la constitucionalidad de las leyes: «allí donde la ley que está en contradicción con la Constitución puede regir de modo inimpugnable a falta de instancias especiales para la comprobación de la constitucionalidad de las leyes»

d). Mutación constitucional por medio de la interpretación constitucional: para Hsü una mutación constitucional puede llevarse a cabo por medio de la interpretación, es decir, "...cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el sentido con el que dotó originalmente el legislador cons-

45. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.67.
46. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.70
47. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., pp. 73-77.

titucional a las normas en cuestión".[48]

Como ejemplo de mutación a través de la interpretación constitucional, se refiere a lo ocurrido con la Ley Fundamental austríaca de 1867. Según esta Constitución los jueces no estaban facultados para controlar la validez de las leyes, pero sí la legalidad de los reglamentos. Y la Constitución solo distinguía entre ley y reglamento. En la práctica se quiso sustraer los reglamentos imperiales al control judicial. Para ello se sostuvo la siguiente interpretación: la palabra «reglamentos» del art. 10.3 de la Constitución (que establecía el control judicial de la legalidad) se refiere sólo a los reglamentos ordinarios y no a los reglamentos dictados por el emperador de acuerdo al art. 14.

Sin embargo, Hsü recalca que ha sido en los Estados Unidos donde la evolución constitucional a través de la interpretación ha tenido más importancia, dada a la capacidad que tienen los jueces de controlar la constitucionalidad de las normas y la enorme dificultad del procedimiento de reforma constitucional.

3.2. La justificación de la mutación constitucional.

Ya por la época en que Hsü escribe su obra existían intentos de explicar las mutaciones desde distintos puntos de vista. Algunas veces, estos intentos consistían en importar conceptos generados en otros sistemas políticos y aplicarlos directamente al derecho constitucional continental. Hsü intenta rebatir algunas de las explicaciones globales que se dan del fenómeno de mutación constitucional: la visión de las mutaciones constitucionales como un problema (punto de vista mantenido tanto por Jellinek como por Laband); la consideración de las mutaciones constitucionales como una forma de derecho consuetudinario; la visión de las mutaciones constitucionales como reglas convencionales o la visión de las mutaciones constitucionales como simples supuestos de hecho que lesionan la Constitución.

Ver la mutación constitucional como un problema es característico de aquellos autores que se percatan de la existencia de una disociación ente la norma y la realidad constitucional. Para teóricos como Laband o Jellinek, la mutación constitucional significa una quiebra del principio positivista en el ámbito de las normas constitucionales. Esta concepción resulta demasiado estrecha para comprender el fenómeno de las mutaciones constitucionales. Para Hsü, las mutaciones constitucionales no deben generar una crisis de la convicción jurídica tal como ocurre en el Laband o Jellinek, sino todo lo contrario, ya que son parte del concepto de Constitución[49].

48. Hsu Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, op. cit., p. 80
49. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., pp.97-100

Otra forma de explicar las mutaciones constitucionales consiste en utilizar el concepto de «costumbre». Hsü critica la pretensión de reconducir el problema de la mutación constitucional a este concepto utilizado con frecuencia por la doctrina francesa de la época para explicar y justificar los cambios no formales de la Constitución. [50] Para Hsü el intento de retrotraer el problema de la mutación constitucional a una cuestión de derecho consuetudinario se explica por el traspaso de las categorías del derecho privado al ámbito del derecho público que tuvo lugar en la doctrina positivista alemana. Sin embargo, por un lado, en muchos casos no se da el fenómeno de una observancia prolongada en el tiempo, elemento que es indispensable para conformar la costumbre; por otro, tampoco tiene el mismo efecto el reconocimiento del carácter consuetudinario de una mutación constitucional por parte de una instancia judicial que el que tiene en el derecho privado.

Hsü critica también el intento de parte de la doctrina constitucional de explicar las transformaciones de la Constitución por medio de la importación de la categoría utilizada en Inglaterra para describir el derecho constitucional no escrito: las «convenciones constitucionales». La convención constitucional no era una categoría exportable al derecho constitucional europeo porque partía de premisas que se daban exclusivamente en el sistema constitucional británico. Lo mismo sucede con la utilización de la categoría de los *Usages of the Constitution* elaborada por la doctrina americana.[51]

Otra forma de entender las mutaciones constitucionales era verlas como lesiones a la Constitución. Según Hsü, este es el punto de vista adoptado por la doctrina constitucional francesa, en especial por Hauriou, que ve las mutaciones constitucionales como hechos, como «falseamientos de la Constitución», despojados de toda validez jurídica. Esta opinión de la doctrina francesa era el resultado del positivismo místico del que se hallaba impregnado el iuspublicismo francés desde los tiempos de la Revolución francesa. Hsü rechaza la idea de considerar la mutación de la Constitución como simple supuesto de hecho ya que él, al igual que Smend, la considera como componente de una noción dinámica de Constitución.[52]

---

50. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., pp.101-119. v. nota 20

51. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.p.120-142. Entre los autores norteamericanos que describen los usos constitucionales en Estados Unidos se pueden destacar a Tideman, Wilson y Mac-Bain. Tideman (The Unwritten Constitution of the United States, 1890). destaca los usos constitucionales más importantes en el marco de la Constitución de la Unión americana como son la función real de los colegios electorales en las elecciones presidenciales o la limitación en la reelección del presidente de la Unión. Por la misma época aparece la obra de Wilson, (Congressional Government, Houghton Filflin Co., Boston 1885) que describe la desnaturalización del sistema presidencial a través de los usos parlamentarios. Mac-Bain (The Living Constitution. A Consideration of Realities and Legends of our Fundamental Law , New York, 1928) acuña el término de "Living Constitution" que a partir de ese momento se utilizará por autores tanto americanos como europeos para describir el fenómeno de la dinámica constitucional

52. Hsu, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.p.143-151. Es cierto que Hauriou se explicaba "falseamientos de la Constitución" algunas prácticas políticas surgidas durante la III República francesa, pero no por ello se le debe considerar como un autor "embebido de un positivismo místico" como

3.3 La mutación constitucional como elemento de la teoría de la Constitución.

Después de haber examinado las distintas explicaciones de la mutación desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, Hsü afirma lo siguiente:

> «(...)la mutación constitucional no es ni quebrantamiento de la constitución (*Verfassungsbruch)* ni simple regla convencional sino que es derecho. Es derecho aunque no concuerde con el tenor literal de la ley, es derecho aunque no pueda ser captada ni conceptuada con los conceptos y construcciones jurídicas formales: su fundamento jurídico reside en la singularidad valorativa del derecho constitucional, en la llamada necesidad política, en las exigencias y manifestaciones de vitalidad del Estado que se realiza y se desarrolla a sí mismo.» [53]

La idea central de Hsü es que para entender la naturaleza de la mutación constitucional hay que entender primero el sentido y la naturaleza de la Constitución en sí misma, para lo que se sirve especialmente de la teoría de la Constitución de Smend: la mutación constitucional debe entenderse como producto de la unidad de sentido que es el Estado y el carácter evolutivo de su realidad vital.

La mutación constitucional es resultado de la triple especificidad de la Constitución: la incompletud y elasticidad de las normas constitucionales; las peculiaridades del Estado como objeto de regulación jurídica y la falta de una instancia superior que garantice su existencia.

Partiendo de la doble naturaleza de la Constitución en sentido formal y en sentido material, se infiere la existencia de una doble posibilidad de mutación constitucional: la mutación constitucional en sentido formal *(Verfassungswandlung im materiellen Sinne)* y la mutación constitucional en sentido material *(Verfasungswandlung im formellen Sinne)*.

La mutación constitucional formal o mutación de la letra de la Constitución se da cuando las normas positivas de la Constitución escrita dejan de ser congruentes con la situación constitucional efectiva, cuando existe una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente vigente.[54]

---

lo hace Hsü. Hauriou defendía junto con otros autores de la época la vigencia consuetudinaria de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Hauriou, Maurice, Principios de Derecho Público y Constitucional, 2 da. edición, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Editorial Reus, Madrid, s.f. ver t. n.

53. Hsü, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.164

54. Hsü, Die Verfassungswandlung, op. cit., p. 167

Por otro lado, la mutación constitucional material tiene lugar cuando se desarrollan relaciones jurídicas en la realidad vital del Estado que están en contradicción con el sistema encarnado en la Constitución (ya estén estas relaciones fijadas por normas o únicamente imbricadas en su sentido). Puede ocurrir que una institución jurídica no corresponda a la Constitución, o puede que se generen relaciones instituiconales incongruentes con la intención declarada en las normas constitucionales (siendo indiferente si esta realidad esta en directa contradicción con determinadas normas constitucionales o si no se desprende del tenor literal de la Constitución).[55]

Es así como Hsü llega a la conclusión de que

> «...Hay por un lado mutaciones constitucionales que la Constitución permite y exige: son los complementos y desarrollos del sistema de sentido contenido en ella idealmente; y hay, por el otro, mutaciones constitucionales que la Constitución ni quiere ni desea, pero que no pueden ser impedidas ni controladas por ella: son las mutaciones de su sistema de sentido o de algunas intenciones expresas o instituciones normadas en el sistema. Todas estas mutaciones siguen, sin embargo, su propio camino, su propio proceso, son constelaciones de la política práctica y de la vida estatal real; es decir, no dependen de si las normas o institutos jurídicos que experimentan la mutación sean concebidos como rígidos o elásticos, o sea, como resistentes o como dispuestos a la mutación. La explicación de ambos tipos de mutación constitucional es una y la misma: se fundamentan en la unidad de valores del derecho constitucional; en la incompletud de las normas constitucionales respecto de las necesidades vitales del Estado y su normación elástica, en la naturaleza de fin en sí mismo del Estado, en la autogarantía de la Constitución y la imposibilidad de control de los órganos supremos del Estado». [56]

IV Consideraciones finales.

Como se ha visto, el concepto de mutación constitucional fue ideado por la dogmática alemana de finales del XIX e inicios del XX al constatar la existencia de un problema: la ausencia de coincidencia entre la "realidad constitucional" y la Constitución formal. La rigidez constitucional, es decir, la existencia de mecanismos agravados para la reforma de la Constitución, se presentaba como una garantía insuficiente para prevenir su modificación informal.

55. Hsü, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.167
56. Hsü, Die Verfassungswandlung, op. cit., p.175

Los autores alemanes de entreguerras ven en el cambio informal como un elemento más que integra la noción de Constitución. En un sistema conceptual propio, Heller incorpora al cambio informal dentro de su concepción dinámica de la Constitución. Para ello describe la existencia de elementos normados no jurídicos que contribuyen a transformar la constitución sin que sean operados los mecanismos formales de revisión constitucional. Sin embargo, concibe a la mutación constitucional (*verfassungswandlung*), como el cambio que puede rebasar el contenido de la constitución normada, es decir, como aquel cambio que rompe la deseable relación armoniosa entre "realidad constitucional" y lo constitucionalmente normado.

Smend, por el contrario, no se plantea término *mutación constitucional* (*verfassungswandlung*) definido por Jellinek como una disfunción del sistema sino que lo incluye como un elemento central de su concepto de Constitución. La Constitución en este contexto, es concebida como movimiento, y a este movimiento, visto como proceso de integración, le es inherente la mutación como rotulo que describe de forma global la transformación informal de la Constitución. Para Smend, las mutaciones no son un "problema" sino un elemento, o por lo menos una consecuencia de la Constitución.

Hsü Dau Lin, dentro del sistema conceptual de Smend describe sistemáticamente el proceso de mutación constitucional. Además, da un paso más al intentar delimitar entre las mutaciones constitucionales formales, que son parte del proceso constitucional, lo enriquecen y por tanto están en armonía con él, de lo que denomina mutaciones constitucionales materiales, que alteran el sentido de la Constitución, y distorsionan e interrumpen el proceso de realización constitucional. Sin embargo, Hsü no da criterios útiles para establecer la frontera entre lo que serían las mutaciones constitucionales formales y las mutaciones constitucionales materiales, y menos aún, las fórmulas para prevenir estas últimas.

Aún más compleja es la transferencia del concepto de "mutación constitucional" a los sistemas constitucionales contemporáneos caracterizados por mecanismos de control de constitucionalidad de las normas y, por ende, de la posibilidad de evolución (o involución) constitucional a través de la jurisprudencia. También resulta problemático el uso del término "mutación" para describir la evolución constitucional indistintamente aplicado para aquellos cambios que completan la Constitución en cuanto su unidad de sentido o aquellos que contradicen el sentido y fines de la Constitución. Hesse ha dado un poco la clave de cuales son los márgenes en los que podemos definir la mutación constitucional en las Constituciones actuales. Utiliza parte del sistema conceptual de Smend para formular un sistema constitucional dinámico del cual forman parte las mutaciones constitucionales. En el marco de la Constitución de la República Federal alemana,

sostiene que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no suponga una contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional *contra contitutionem*. Así, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución llega el momento de reformarla. Es por esto que para Hesse, "la problemática de la mutación constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional."[57]

57. Hesse, Konrad, «Begriff und Eigenart der Verfassung»: trad. de Pedro Cruz Villalón: «Concepto y cualidad de la Constitución», en Escritos de derecho constitucional, trad. de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983

La Primacía de las Normas de Derecho Comunitario en el Derecho Interno.

Jaime J. Jované B.

I. Introducción

En la presente monografía, procederemos a efectuar un estudio de las diferentes fuentes del derecho comunitario que se encargan de regular la manera como se estructurarán las bases del sistema jurídico de la Unión Europea, y además se analizará el modo como las mismas unificarán todas las normativas internas de los distintos Estados que componen la Mancomunidad Europea.

Asimismo se detallarán las particularidades y también los efectos o consecuencias que poseen las normas de derecho comunitario, tales como la aplicabilidad directa e inmediata del sistema jurídico comunitario, al igual que su preponderancia sobre las demás disposiciones internas de los países de la Unión Europea.

También tendremos la oportunidad de examinar la forma como se busca armonizar los posibles conflictos que puedan surgir o existir entre el derecho comunitario y el constitucional, a fin de evitar cualquier tipo de roce o fricción entre ambas jurisdicciones. De igual modo se enunciarán en unas cuantas líneas la posibilidad de europeizar la constitución española de cara al nuevo siglo y a las tendencias unificadoras de la Unión Europea.

II. Principales Fuentes del Derecho Comunitario

Con el fin de poder comprender la temática que será objeto de análisis en las próximas páginas, es importante efectuar un estudio previo de las diferentes normativas o disposiciones que rigen el derecho comunitario, toda vez que las mismas ayudarán a la configuración del derecho interno de cada uno de los países miembros que componen la Unión Europea.

Evidentemente el Derecho Comunitario cuenta con una serie de características o principios que coadyuvan a su establecimiento y ejecución como lo serían: los preceptos de primacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata, los cuales a su vez constituyen técnicas jurídicas que sirven para organizar jurídicamente un sistema organizativo.

A.- Los Tratados Internacionales

Se tratan de instrumentos internacionales suscritos por los distintos Estados miembros de la Unión Europea que han servido de base para la creación, constitución y puesta en marcha de la hoy en día existente Unión Europea, antigua comunidad económica europea[1].

Evidentemente los tratados internacionales son las disposiciones de derecho comunitario que tienen mayor importancia y jerarquía sobre las demás normas, por su supremacía, tanto es así que al aludirse a las mismas se establece que:

> "*Sin ninguna duda existe sobre la superioridad jerárquica de las normas de Derecho Originario (i.e., el recogido por el propio Tratado y sus Protocolos) sobre las de Derecho derivado (i.e., el producido por las Instituciones comunitarias)*[2].

El derecho originario está compuesto por los Tratados constitutivos de la Unión Europea, y los sucesivos de reforma (incluidos los de adhesión de nuevos Estados), así como los Protocolos anexos[3]. En otras palabras, se

1. Por cierto, como dato curioso podríamos señalar que desde la creación de la primera Comunidad Económica del Acero y el Carbón (CECA), hasta la fecha, se han firmado dieciséis (16) Tratados y múltiples Protocolos.

2. ALONSO GARCÍA, RICARDO; Sistema Jurídico de la Unión Europea; Editorial Thomson (Civitas); Primera Edición; Navarra, España; 2007; p. 97.

3. A continuación haremos mención de los distintos tratados que han existido desde el momento de la constitución de la Comunidad Económica Europea, hoy en día Unión Europea, que serían los siguientes:

Tratado de París, de 18 de abril de 1951.
Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957.
Convención de Roma, de 25 de marzo de 1957.
Tratado de Bruselas, de 8 de abril de 1965.
Tratado de Luxemburgo, de 22 de abril de 1970.
Tratado relativo a la adhesión a las Comunidades Europeas de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
Tratado de Bruselas, de 10 de julio de 1975.
Tratado de Bruselas, de 22 de julio de 1975.
Tratado Relativo a la Adhesión a las Comunidades Europeas de Grecia, de 28 de mayo de 1979.
Tratado de Bruselas, de 13 de marzo de 1984.
Tratado de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas, de 12 de junio de 1985.
Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en la Haya el 28 de febrero de 1986.
Tratado de la Unión Europea, del 7 de febrero de 1992 (entró en vigor el 1 de noviembre de 1993).
Tratado relativo a la Adhesión de Austria, Suecia y Finlandia a las Comunidades Europeas, de 24 de junio de 1994.
Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997.
Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.
Tratado de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República de Eslovaquia, del 16 de abril de 2003 (entró en vigor el 1 de mayo de 2004).

tratan de las normas fundamentales o constitutivas de la Unión Europea y de las Comunidades Europeas.

El derecho originario tiene eficacia directa en relación a los Estados miembros, a las instituciones comunitarias, a las personas físicas y a las personas jurídicas públicas y privadas en el ámbito de los Estados[4].

Los tratados se integran por normas jurídicas plenas, que crean derechos y obligaciones hacia sus destinatarios, o bien normas que originan habilitaciones en las instituciones comunitarias para llevar a cabo actos de naturaleza normativa, ejecutiva o jurisdiccional.

El tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero[5], reformado por el tratado de la Comunidad Económica Europea y actualmente modificado por el **Tratado de la Unión Europea** (reformado a su vez por el Tratado de Niza), en la actualidad es la norma suprema del ordenamiento jurídico comunitario[6]; y como tal condiciona la interpretación y la validez de las demás normas comunitarias no sólo en sus aspectos procedimentales, sino también sustanciales.

A grandes rasgos, la estructura que poseen los Tratados de la Comunidad Europea, generalmente se circunscriben a un mismo patrón o composición[7]. También es importante señalar que cada uno de los tratados consti-

Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa, del 29 de octubre de 2004.
Tratado de Adhesión de Bulgaria y Rumania, del 25 de abril de 2005.

4. Ahora bien, el grado de eficacia del derecho originario dependerá de la interpretación del Tribunal de Justicia que ha llevado a cabo una tarea de excepcional importancia en la construcción del Derecho Comunitario. Por cierto, se puede apuntar en este sentido que el derecho comunitario es un derecho fundamentalmente constituido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

5. Del tratado de la CECA, se puede señalar lo siguiente: "… fue una apuesta decidida para sustituir rivalidades históricas por <<una fusión de sus intereses esenciales>> con objeto de crear <<los cimientos de una comunidad más amplia y profunda entre los pueblos tanto tiempo divididos por conflictos sangrientos, y a sentar las bases de instituciones capaces de orientar desde ahora un destino compartido>>. En la línea argumental de que Europa debía constituirse mediante realizaciones concretas se creaba una Comunidad Europea del Carbón y del Acero." El Tratado constaba de 100 artículos, tres anexos, dos protocolos, un cambio de cartas y una convención, y supuso un ensayo general de lo que serían pocos años después los Tratados de la CEE y de la CEEA. En efecto, el TCECA creó las instituciones <<Alta Autoridad>>, (que a partir del Tratado de Maastricht se denominaba Comisión), equivalente a la Comisión en otras dos Comunidades, <<Asamblea Común>>, <<Consejo Especial de Ministros>> (que en el futuro se denominaría Parlamento Europeo y Consejo de Ministros respectivamente) y un <<Tribunal de Justicia>>. (LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; Principios de Derecho de la Unión Europea; Editorial Colex; 3era Edición; Madrid, España; 2006; página # 431).

6. Al respecto también podemos agregar que: "Los Tratados de París (1951) y Roma (1957) crearon la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) –que expiró el 23 de julio de 2002-, la Comunidad Económica Europea (CEE) –actualmente Comunidad Europea (TCE)- y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA)." (ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA; & VILÀ COSTA, BLANCA; Lecciones de Derecho Comunitario Europeo; Editorial Ariel; cuarta Edición; Barcelona, España; 2005; página # 127).

7. Por lo general, la estructura de los Tratados constitutivos es la siguiente:

a) Una primera parte donde se recogen los objetivos perseguidos por cada una de las Comunidades y los principios que rigen su funcionamiento. Esta primera parte de los Tratados tiene un valor jurídico incluso superior al resto de los textos comunitarios, ya que contiene las indicaciones que deben orientar todas las medidas a realizar por cada una de las Comunidades.

b) Las cláusulas institucionales, donde se fija el sistema institucional de las Comunidades Europeas

tutivos señala o determina su propio ámbito de aplicación territorial.

Los tratados suscritos a lo interno de la Unión Europea, se pueden agrupar o aglutinar en cuatro (4) grandes tipos o clases de tratados como lo serían: Los tratados constitutivos, los tratados de reforma puntual, los tratados de reforma substancial y los Tratados de Adhesión.

Dentro de los **tratados constitutivos** incluiríamos a los siguientes tipos o clases de tratados: El tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA).

Como **tratados de reforma puntual** podemos señalar: la Convención relativa a ciertas instituciones usuales a las Comunidades Europeas, el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965, el Tratado de Luxemburgo de 22 de abril de 1970, el Tratado de Bruselas de 10 de julio de 1975, el Tratado de Bruselas de 22 de Julio de 1975.

Se catalogan **tratados de reforma substancial** los siguientes: El Tratado de la Unión Europea (del 7 de febrero de 1992); el Tratado de Ámsterdam; el Tratado de Niza y la Constitución de la Unión Europea o Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

Son considerados como **tratados de adhesión** los firmados el 22 de enero de 1972 (donde se incorpora Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las Comunidades Europeas); el firmado en 1979 (donde se incorporó Grecia); el firmado en 1985 (donde formó parte España y Portugal); el de 1994 (se anexó Austria, Suecia y Finlandia); el de 2003 (donde entran a formar parte de la Unión Europea la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia de 2003) y el de 2005 (donde se anexan los países de Bulgaria y Rumanía). En la actualidad también se han incorporado tanto Croacia, como Turquía, entrando a formar parte de los Estados miembros de la Unión Europea.

B.- Los Reglamentos Comunitarios

Sobre los reglamentos comunitarios se puede señalar que los mismos conforman cuatro quintas partes de las normativas de derecho comunitario, en tanto que el resto lo completan las directivas, razón por la cual estos adquieren una notable trascendencia en referencia a las demás disposiciones existentes. Los reglamentos comunitarios son los cuerpos normativos encargados de desarrollar la mayor cantidad de regulaciones a lo interno de la

---

y se determinan sus competencias y funcionamiento.

c) Las cláusulas materiales de los Tratados.

d) Las cláusulas finales, donde se recogen las modalidades de adhesión y asociación a los Tratados, su entrada en vigor, su ámbito de aplicación y el procedimiento de revisión de los mismos.

Unión Europea[8].

Tanto los reglamentos como las directivas comunitarias conforman el cuerpo jurídico de fuentes del derecho de la Unión Europea (derecho derivado), y sobre las cuales se deberán fundamentar los distintos Estados miembros a la hora de instituir sus disposiciones internas, a fin de que la mismas no vayan en contra de los lineamientos, las fuentes de derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea.

B.1.- Concepto:

El Reglamento comunitario es definido por la doctrina como:

> "*... una norma jurídica; la norma comunitaria por excelencia. Como tal, despliega todos los efectos propios de una norma plenamente eficaz dentro del Ordenamiento de cada Estado, atribuyendo los derechos y obligaciones que son comunes a todo producto que tenga esta calidad.*"[9]

Del concepto antes expuesto se puede colegir que independientemente que el reglamento comunitario no tenga la característica de una norma interna promulgada intrínsecamente en un Estado miembro, adquiere los mismos efectos como si la misma hubiera sido publicada por parte de los organismos estatales competentes para la elaboración de las Leyes. De igual manera el mismo producirá derechos y obligaciones desde el momento en que entra en ejecución, tal como lo haría cualquier disposición nacional.

B.2.- Características del Reglamento Comunitario

El reglamento comunitario es una disposición que tiene un **carácter general**, lo cual implica que se aplicará de forma similar o idéntica a cada uno de los distintos países miembros que conforman la Mancomunidad Europea. En otras palabras, para situaciones de igual contexto en los distintos Estados de la Unión Europea, la manera como se aplicará el reglamento deberá ser la misma o similar, de allí que se diga que este se caracteriza por

---

8. En este sentido, concordamos con la opinión que señaló en su momento A. SAVARY quien indicó que: "El Reglamento es…el verdadero poder europeo. Con él la Comunidad adquiere el derecho de legislar directamente para las poblaciones de los Estados miembros, sin que medien instancias nacionales. Así pues, en aquellos campos en que se prevea el poder reglamentario, hay una posible y verdadera delegación de soberanía de los Estados miembros a favor de la CEE." (Tomo la traducción del conocimiento opúsculo de JEAN-VICTOR LOUIS, <<El ordenamiento Jurídico Comunitario>>, Col. Perspectivas Europeas, 1980, P. 50. Los actos originales de la Asamblea, en P. 2365. Anexo 5266, sesión de 26 de junio de 1957.)

9. SORIANO, JOSÉ-EUGENIO; Reglamentos y Directivas en la Jurisprudencia Comunitaria; Editorial Tecnos; segunda Edición; Madrid, España; 1998; página # 50.

poseer una ergaomneidad; esto nos recuerda aquello de: *"Ubi* ladem *est ratio, ladem lege esse debet·"* (donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición).

Otra de las características conceptuales que posee el Reglamento consiste en su **carácter obligatorio**, puesto que debe ser éste aplicado como cualquier norma de forma **obligatoria e íntegra**, ya que queda totalmente prohibido que unas partes del reglamento se apliquen en tanto que otras no. Sobre el particular, también se ha pronunciado la Sentencia del 30 de noviembre de 1977 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-52/77 (Cayrol -vs- Rovoira)[10].

De lo antes expuesto se puede señalar que no existe justificación alguna para invocar el derecho interno de cada país, so pretexto de impedir que se aplique un reglamento comunitario, ya que los mismos se caracterizan por ser de obligatorio cumplimiento[11].

Por cierto, debemos indicar que el artículo # 249 del Tratado de la Comunidad Europea, es la disposición que se encarga de establecer los elementos de generalidad y obligatoriedad de los reglamentos comunitarios.

El reglamento comunitario se caracteriza particularmente por tener una **aplicabilidad inmediata**, ya que no existe poder normativo nacional que impida u obstaculice el despliegue o empleo completo de dicho instrumento normativo. Lo cual se traduce en el hecho que una vez publicado el mismo en el *Diario Oficial* y luego de haber transcurrido el plazo vigente para la entrada en vigor del Reglamento (20 días posteriores a la publicación), el mismo entra a operar de pleno derecho como una disposición legal más de los ordenamientos estatales[12].

10. El aludido fallo ha señalado lo siguiente: "… no se puede admitir que un Estado miembro aplique de forma incompleta o selectiva las disposiciones de un Reglamento de la Comunidad, de manera que haga inoperantes ciertos elementos de la legislación comunitaria con respecto a los cuales hubiera ya manifestado su oposición o bien los hubiera estimado contrarios a ciertos intereses nacionales… el alcance y objeto de las normas decretadas por las instituciones comunes, no puede ser modificado por las reservas u objeciones que los Estados miembros hubieran formulado con motivo de la elaboración."

11. Por ejemplo, en el caso C-30/1972 de la Comisión contra Italia, se establecía que un Estado miembro no podía alegar disposiciones o prácticas de orden interno para justificar el desacato de las obligaciones y plazos que resulten de los Reglamentos Comunitarios.

12. Lógicamente el procedimiento que posteriormente se deberá llevar a cabo será la adopción o transposición de las normas de derecho comunitario o los reglamentos comunitarios a las legislaciones internas de cada país, teniendo absoluto cuidado con cualquier medida o acto de los Estados miembros, encaminada a nacionalizar, mediante actos de recepción interna de forma directa, al Reglamento comunitario, puesto que ello se torna en una conducta prohibida, y nula de pleno derecho, pudiendo además colocar al Estado receptor en responsabilidad por incumplimiento.

En otras palabras, el Estado miembro de la Unión Europea al momento de transponer o incorporar las disposiciones contenidas en el Reglamento comunitario, lo deberá hacer de forma tal que no transcriba de manera íntegra la normativa comunitaria. Lo que se pretende buscar es que cada uno de los Estados acoja las directrices y los lineamientos dictados, pero que los adapte a su legislación interna sin copiarlos de forma íntegra y más bien legisle tomando como base los mismos, pero en alusión a la situación propia del país.

B.3.- Los Efectos Directos y la Primacía de los Reglamentos Comunitarios

El efecto directo de los Reglamentos Comunitarios conlleva a que la propia norma comunitaria les atribuya derechos ejercitables a los particulares, ante los propios órganos jurisdiccionales de los países miembros, los cuales tendrán que proteger los derechos allí consagrados. En otras palabras, los ciudadanos de un determinado país podrán solicitar y exigir que se respeten y cumplan determinados derechos contenidos en los reglamentos comunitarios a través de los tribunales de justicia de sus propios Estados.

De hecho, el efecto directo de los reglamentos comunitarios va muy ligado a la primacía de la normativa comunitaria, la cual a grandes rasgos implica el reconocimiento de la preferencia aplicativa de la misma sobre cualquier otra fuente interna que exista y se le oponga.

Como conclusión a lo antes expuesto en torno a los reglamentos comunitarios, debemos señalar que todos los Estados miembros deberán de mostrarse colaboradores de forma activa, a fin de guardarle la debida importancia y respeto a las normativas comunitarias. Dicho en otros términos, no cabe ardid a las disposiciones comunitarias en el sentido de emplear recursos o medios evasivos para eludir la aplicación del derecho existente de la comunidad, y en especial los reglamentos comunitarios.

C.- Las Directivas Comunitarias

Son consideradas como otras de las fuentes del derecho comunitario que ayudan a construir las bases del mismo, y sobre las cuales se cimentará la unificación de las normas internas de los Estados miembros.

Se tratan de normas de derecho derivado que interactúan o forman pareja con los reglamentos, y básicamente tienen un rango menor que los reglamentos, pero igualmente fijan las directrices sobre las cuales se deberán ceñir los Estados, para ajustar su legislación interna, de manera tal que se garantice la transposición de las directivas comunitarias[13].

---

13. Expresamente en cuanto a la diferenciación existente entre los reglamentos y las directivas comunitarias podemos señalar que a diferencia, pues, de los reglamentos, las directivas carecen como regla general del carácter completo, tanto formal como material, propio de aquéllos.

Formal por cuanto, aun publicadas obligatoriamente en el Diario Oficial europeo (artículo 254), requieren su integración en disposiciones internas objeto de una publicación adecuada en los respectivos Estados miembros.

Por la propia finalidad de la directiva estaríamos, por consiguiente, ante una norma de contenido flexible a concretar por cada Estado, frente al reglamento, dotado normalmente de un mayor grado de precisión conducente hacia la exclusión de cualquier variedad en su aplicación, lo que desembocaría en diferentes efectos integradores de ambos instrumentos normativos: unificador en el caso de los reglamentos, con un Derecho igual para todos los Estados miembros, excluyente de variedades internas al respecto, susceptible de incidir por sí en la esfera de los ciudadanos; armonizador en el caso de las directivas, en el sentido de aproximación de normativas nacionales que, conservando

C.1.- Concepto

La directiva comunitaria debe ser entendida como una decisión colectiva mutuamente obligatoria, la cual es acordada y aprobada por los Estados miembros que forman parte de la Unión Europea. De acuerdo al artículo # 249 del TCE, la directiva obliga a todos o parte de los Estados miembros en cuanto al fin u objetivo que la misma pretende lograr, pero se dejará a criterio de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para llevar a cabo dicha tarea.

La Comisión Europea, es la que se encarga de emitir las directivas comunitarias, las cuales a propuesta del Consejo de Europa deben ser acatadas por los diversos Estados que conforman la Unión Europea.

Las directivas comunitarias a diferencia de los reglamentos, no tienen una aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pero finalmente deben de ser acatadas las mismas.

C.2.- El Cumplimiento de las Directivas por los Estados Miembros

Luego de publicadas las directivas comunitarias en el Diario Oficial de la Unión Europea, estarán en la obligación los distintos Estados miembros de adoptar las directivas aprobadas. Por esta razón, se dejará a los Estados la vía libre para que los mismos decidan la manera como se va a llevar acabo el cumplimiento de cada una de las directivas comunitarias[14].

A grandes rasgos podemos indicar que las coordenadas en las que las directivas comunitarias sujetarán su actuación serán:

1.- Un primer eje, que quedaría constituido por la responsabilidad internacional del Estado en su conjunto.

2.- Un segundo eje, constituido por el necesario respeto al equilibrio constitucional de poderes en el ámbito interno.

Ahora bien, como toda regla tiene su excepción, existen circunstancias en las cuales las directivas comunitarias no se aplicarán como son:

- Cuando algún estado miembro contara ya con una normativa interna coincidente sustancialmente con la Directiva en cuestión.

---

su especificidad propia, convergerían hacia esa normativa básica común

14. La doctrina reconoce que las directivas comunitarias deben de cumplir con dos (2) fases que serían de fijación y otra de ejecución. Por lo demás se ha indicado que: "… el inter normativo que ha de recorrer una Directiva para culminar su ciclo vital, pase necesariamente por dos fases, una primera, comunitaria, en la que se establece el resultado a conseguir, y otra de naturaleza estatal en la que cada Estado, como sujeto únicamente responsable, ha de desarrollar una actividad normativa imprescindible para conseguir ese resultado comunitario." (SORIANO, JOSÉ-EUGENIO; Ob. Cit., p. 108).

• Cuando la Directiva sea de contenido meramente negativo, o sea que posea un *non facere* que sería igual a la obligación de abstenerse.

• Cuando se trate de Directivas de carácter opcional que vinculan a los Estados miembros en la medida en que tengan normativa interna sobre la materia que pretende modificar la Directiva, pero que naturalmente no se aplicará si carecen de normativa, o incluso de competencias materiales, sobre la materia tratada por la Directiva.

C.3.- El Efecto Directo de las Directivas

Las Directivas Comunitarias únicamente pueden entrar a generar efectos directos, luego que las mismas son incorporadas al Derecho interno de cada país. Ahora bien, en el supuesto que un determinado Estado haya incumplido con su obligación de actualizar el contenido de la Directiva o bien no la haya ejecutado, entonces se procede a sancionar al Estado infractor, por su inactividad. Lo antes reseñado nos lleva a pensar que si se cumple con lo contemplado en las Directivas Comunitarias, no se podrá atribuir efecto directo a una directiva.

A través del efecto directo de las directivas comunitarias lo que se pretende es **lograr una uniformidad** del Derecho comunitario ya que se procura evitar cualquier tipo de actuación contraria a lo estipulado en las normas comunitarias[15].

Finalmente en cuanto al tema del efecto directo de las directivas es importante señalar que no únicamente basta con que una directiva haya sido ejecutada en el tiempo, sino que además la misma debe cumplir con los siguientes elementos:

1.- Que sea clara y con ausencia de ambigüedad.
2.- Que sea incondicional[16].
3.- Que no exija desarrollo legislativo.

Sólo con la presencia de los tres (3) elementos antes descritos se podrá garantizar o acreditar el efecto directo de las Directivas comunitarias dentro del derecho interno de los Estados miembros de la Unión Europea.

---

15. Bien lo ha apuntado SORIANO al señalar sobre el efecto inmediato de las directivas comunitarias lo siguiente: "… Se trata de asegurar la uniformidad del Derecho comunitario, que quedaría rota si los Estados pudiesen arbitraria y caprichosamente desconocer su obligación de ejecutar las Directivas, y se trata también de permitir que el Derecho comunitario se incorpore a la vida jurídica de los ciudadanos y de todos los poderes públicos de los Estados miembros." (SORIANO, JOSÉ-EUGENIO; Ob. Cit.; p. 132).

16. Esta característica en particular conlleva a que la directiva contenga una obligación, positiva o negativa, que no deje lugar a opciones discrecionales por el sujeto destinatario, que no exista libertad de apreciación en la que introducir su voluntad política el sujeto receptor.

III. Las Particularidades del Derecho Comunitario

En el presente eje temático nos corresponderá estudiar aquellos elementos que hacen del derecho comunitario una norma de enalteciente por no decir total importancia, y con una preponderancia superior a las demás disposiciones existentes en los diversos Estados miembros.

A.- La Aplicabilidad Inmediata del Derecho Comunitario en el Derecho Interno de los Estados

La primera idea que se debe tener presente en cuanto a la aplicabilidad de una norma internacional, es que la misma se emplea y ejecuta de forma inmediata lo cual nos lleva a pensar que obviamente no puede existir una variación profunda en el ordenamiento interno de los distintos Estados partes de la Unión Europea.

Como la aplicabilidad del derecho comunitario se realiza de forma directa e inmediata, en especial cuando nos encontramos frente a Tratados Comunitarios, queda prohibido que los jueces de un país invoquen el no cumplimiento o recepción de los tratados internacionales[17]. Ahora bien, para los reglamentos comunitarios debemos señalar que no sólo su recepción en los ordenamientos internos es superflua, sino que está prohibida.

En atención a lo antes señalado las competencias que se les reservan a las autoridades nacionales al momento de poner en práctica las directivas son básicamente las fases de ejecución y recepción[18].

B.- La Aplicabilidad Directa de las Diferentes Categorías de Normas Comunitarias

Iniciaremos por señalar que el concepto de efecto directo o aplicabilidad directa, debe ser concebido como el derecho que tiene cualquier persona de poder pedir a su juez nacional que le aplique los tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Por ende es obligación del juez de poner en práctica y utilización dichos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que son súbditos[19].

---

17. Además debe tenerse presente que los tratados no sólo han sido regularmente ratificados, sino que además cada uno de los Estados lo ha incorporado o introducido a su ordenamiento jurídico interno conforme a las prescripciones nacionales.

18. Estos actos se benefician, como el conjunto del derecho comunitario, de la aplicabilidad inmediata y se integran, pues, en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros por el solo efecto de su publicación comunitaria.

19. Sobre el particular se ha pronunciado ISAAC; quien ha reseñado que: "… los tratados comunitarios confieren pues, a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar, no solamente cuando las disposiciones en cuestión los consideran expresamente como sujetos de derechos, sino también cuando imponen a los Estados miembros una obligación bien definida." (ISSAC GUY; Manual de Derecho Comunitario General; Editorial Ariel Derecho; 2da. Edición; Barcelona,

Ahora bien, es requisito que al momento de aplicar de forma directa una norma comunitaria, la misma cumpla con tres (3) requerimientos básicos que serían los siguientes:

1.- La norma de derecho comunitario debe ser clara y precisa[20].
2.- La norma debe ser completa y jurídicamente perfecta[21].
3.- La norma debe ser incondicional[22].

La aplicabilidad directa también debe entenderse como un efecto de sanción respecto de los Estados miembros que no han tomado las medidas respectivas para poner en práctica la ejecución o cumplimiento del derecho comunitario[23].

De igual manera se puede señalar que la noción de aplicabilidad directa no permitiría al derecho comunitario desplegar los efectos antes indicados sino en ausencia de toda disposición contraria del derecho nacional, y nada más. Gracias al esfuerzo de la primacía, la aplicabilidad directa produce efectos aun en presencia de norma nacional contraria, lo que asegura al derecho comunitario una fuerza de penetración irresistible en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

Evidentemente en la práctica quien en primera instancia determina la aplicabilidad directa es precisamente el propio derecho comunitario; y de forma secundaria lo haría entonces el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo general a través de la figura de las cuestiones prejudiciales.

España; 1991; página # 164).

20. En este caso en particular lo que importa es que las normas sean efectivamente imperativas; ya que una disposición directamente aplicable también puede ser equívoca y tener necesidad de una interpretación judicial.

21. Ello implica que la propia norma jurídica debe bastarse así mismo y no requerir de otra medida complementaria para su ejecución.

22. La idea o el concepto de incondicional implica que la norma no debe estar sujeta a ningún término ni ninguna reserva. Cuando una obligación planteada por una norma comunitaria está subordinada al transcurso de un plazo, aunque sea por lo demás jurídicamente perfecta, sus efectos quedan suspendidos; pero el vencimiento del plazo se convierte en directamente aplicable.

23. De hecho se señala que el efecto directo permite que los particulares se encuentren a pesar de la inercia del Estado, en la misma posición que si éste efectivamente hubiera cumplido sus obligaciones comunitarias. Es por esto que se manifiesta que en la práctica el cumplimiento del derecho comunitario es vigilado por los sujetos particulares, quienes son los interesados en que se salvaguarden sus derechos, de forma que así ejercen un mayor control.

Por cierto sobre el particular se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1979 al señalar lo siguiente: "Que en consecuencia, el Estado miembro no ha adoptado en los plazos previstos las medidas de ejecución impuestas por la Directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por el mismo, de las obligaciones que establece.

Que de ello se deriva que un órgano jurisdiccional ante el que un administrado, que se ha ajustado a las disposiciones de una Directiva, plantea una cuestión con el fin de eludir una disposición nacional incompatible con dicha Directiva, que no forme parte del Ordenamiento jurídico interno de un Estado infractor, debe aceptar dicha petición sin la obligación de que se trata es incondicional y suficientemente precisa."

Las disposiciones contenidas dentro de los tratados comunitarios serán de aplicación directa, y las autoridades nacionales de cada uno de los distintos países miembros de la Unión Europea estarán en la obligación de prestarle la correcta y debida aplicación, en virtud de la vinculación que las mismas generan[24].

En cuanto a los reglamentos comunitarios es importante señalar que los mismos tienen una aplicabilidad directa, puesto que son normas que tienen un cumplimiento o ejecución en todo el territorio nacional, sin la necesidad de un acto normativo interno. Además producen efectos tanto de forma horizontal como vertical.

De la aplicabilidad directa de las directivas debemos señalar que en principio las mismas carecen de efectos directos, ya que al perseguir un resultado necesita de una norma nacional de incorporación para integrarse en los ordenamientos nacionales. Pero en el supuesto que el plazo de integración de la directiva comunitaria a la legislación interna de un país no se haya cumplido o transpuesto[25], entonces en ese caso la directiva tendrá efecto directo[26]. Ligado a este tema en estudio la doctrina ha establecido que:

> "*Mientras que los Tratados consagran explícitamente la "aplicabilidad directa" de los reglamentos, en el caso de las directivas y de las decisiones dirigidas a los Estados miembros ha sido el Tribunal de Justicia el que ha reconocido un efecto directo en ciertos supuestos a las disposiciones que crean para los Estados miembros obligaciones claras, precisas e incondicionales, en el sentido de que los particulares pueden invocarlas contra los Estados que no las hayan incorporado o lo hayan hecho de forma incorrecta en sus ordenamientos."* [27]

24. Por cierto, sobre el particular se le debe tomar importancia a la Sentencia del TJCE de 15 de noviembre de 1986 (C-168/85 – Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana) que estableció lo siguiente: "A este respecto, hay lugar a observar que las disposiciones directamente aplicables del Tratado vinculan a todas las autoridades de los Estados miembros que tienen, por lo tanto, que cumplirlas, sin que sea necesario adoptar disposiciones nacionales de ejecución."

25. La transposición es el modo a través del cual cada Estado miembro hace eficaz en su territorio el contenido de una directiva, mediante una norma jurídica o una disposición administrativa. De esta manera, la eficacia ordinaria de una directiva en el territorio de un Estado miembro tiene lugar mediante la correcta transposición de la misma dentro del plazo estipulado para ello.

26. En otras palabras, la directiva podrá tener efecto directo, lo cual es sinónimo a que los derechos y obligaciones que en ella se contienen pueden ser invocados ante un Juez por un particular frente a otro particular o frente a las Administraciones Públicas. Cabe señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia del 23 de febrero de 1994 se ha pronunciado precisamente sobre este tema en particular.

Por otra parte, la doctrina ha indicado que el efecto directo de la directiva puede ser vertical (sólo puede ser el efecto invocado por los particulares y no por los Estados que incumplieron la obligación de transponer una norma) y horizontal (conlleva a que la directiva no transpuesta no puede por sí misma, en caso alguno, crear obligaciones en los particulares ni ser invocada por un particular contra otro en el marco de un procedimiento judicial).

27. SÁENZ DE SANTA MARÍA, PAZ ANDRÉS; GONZÁLEZ VEGA, JAVIER A.; FERNÁNDEZ PÉREZ, BERNARDO; Introducción al Derecho de la Unión Europea; Editorial EuroLex; Madrid,

Con referencia a la reparación del daño causado por el incumplimiento estatal al no transponer la directiva comunitaria dentro del plazo o término establecido y haber causado un perjuicio a un ciudadano, la sentencia del 19 de noviembre de 1991 (Caso Francovich), se ha pronunciado sobre el particular[28].

Por cierto, debemos señalar como significativo dato histórico que la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62 (Van Gend & Loos), fue cuando por primera vez se pronunció acerca de la figura del efecto directo en el derecho comunitario[29].

En el ámbito práctico del ejercicio del derecho comunitario, tanto los jueces como los magistrados españoles (incluidos los miembros del Tribunal Constitucional), procuran aplicar las normas comunitarias con efecto directo y de esta manera postulan la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno, salvo en el caso que existiera algún tipo de conflicto entre el derecho comunitario y las disposiciones consagradas en la Constitución Española[30].

C.- El incumplimiento de la obligación de transponer

Para que una directiva comunitaria ejerza un efecto directo en el territorio de un Estado miembro, es indispensable que la misma no haya sido

España; 1996; Página # 333.

28. La sentencia antes mencionada dispuso sobre el particular lo siguiente: "El derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su derecho interno a lo dispuesto en una directiva, siempre y cuando concurran tres requisitos. Primero, que el contenido de la directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda terminarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al estado y el daño sufrido por las personas afectadas."

29. El aludido fallo indicó que: "…la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en campos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyo sujeto no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico; que, éstos nacen no sólo cuando el Tratado hace una atribución explícita a su favor, sino también a favor de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias."

30. Resulta de trascendental importancia señalar en cuanto a este tema en específico que el Tribunal Constitucional se pronunció en torno a la distinción de los conceptos de primacía del Derecho comunitario y supremacía de la Constitución, a través de la Declaración del 13 de diciembre de 2004. En su parte medular señala que: "primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de formación. La supremacía de la Constitución es compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93"

transpuesta o bien lo haya hecho de forma incorrecta. O sea que un Estado miembro ha incumplido la obligación específica detallada en el artículo # 229 del Tratado constitutivo de la Unión Europea cuando el mismo no ha incorporado una normativa comunitaria dentro de su legislación en el plazo que se le haya asignado, o bien lo haya hecho de una manera no adecuada.

Una forma de control del incumplimiento o la incorrecta transposición de las normas de derecho comunitario en contra de un país o Estado infractor de las disposiciones comunitarias se llevaría a cabo cuando los ciudadanos de dicha nación aleguen tal inconveniente ante los órganos comunitarios, y los mismos procedan a denunciar al país violador de las normas de derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia. Evidentemente en estos casos los fallos o sentencias que se dicten por parte del Tribunal de Luxemburgo resultarán condenatorios en contra de los Estados miembros de la Unión Europea que no hayan efectuado a tiempo y de forma correcta la transposición de los reglamentos o las directivas comunitarias.

Los Estados miembros deberán de ajustar su legislación interna con respecto a lo dictado por las normas de derecho comunitario, ya que de no efectuarse ello de manera correcta podrían suceder entre tantas situaciones las siguientes:

a) Que se le condene al Estado a pagar por los daños o perjuicios ocasionados a los afectados.
b) Que no se le concedan ayudas económicas a raíz de las infracciones constantes, por no acatar las disposiciones comunitarias.
c) Que se le excluya como miembro de la Unión Europea, por no cumplir con los lineamientos mínimos exigidos por el derecho comunitario.

En síntesis, los Estados que conforman la Unión Europea están obligados tanto por las disposiciones del Tratado de la Unión Europea así como los propios reglamentos y consecuentemente las directivas comunitarias a transponer los cambios que se produzcan en el derecho comunitario, de manera tal que se vayan aproximando las legislaciones de los distintos Estados miembros y de la propia Unión Europea para así conformar un verdadero derecho común[31].

31. En este sentido concordamos con el mismo planteamiento expuesto por SORIANO quien ha señalado que: "… el Derecho comunitario es también un celoso guardián de sí mismo, reaccionando de manera fulminante cuando, mediante tácticas diversas, los derechos nacionales intentan <<obedecerlo pero no acatarlo>>." (SORIANO, JOSÉ-EUGENIO; Ob. Cit.; p. 28).

IV. La Primacía del Derecho Comunitario

En la presente unidad temática, analizaremos la prioridad e importancia que tienen las disposiciones de derecho comunitario, e inclusive procederemos a determinar el grado de trascendencia que guardan en relación a las disposiciones reglamentarias de los Estados miembros.

A.- El Principio de Primacía

El concepto o principio de primacía de las normas de derecho comunitario tiene su fundamento a partir de la jurisprudencia dictada por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El mismo conlleva forzosamente a que la normativa comunitaria no puede doblegarse frente al derecho de los Estados miembros, ya que ante la intensión de crear un mercado común, es necesaria una **unificación** de las normas existentes a lo interno de los Estados que conforman la Unión Europea, ya que de lo contrario no existiría una verdadera integración, y ello debe de ser así, puesto que se dice que: *"Discordias solet parere communio"* (la comunidad suele engendrar discordias) y para solventar ello debe existir un derecho superior o dominante. En otras palabras, debe reinar una prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno en caso de conflicto.

A partir de la naturaleza del derecho comunitario se reafirma el concepto de superioridad, ya que los tratados comunitarios y de las comunidades tienen una importancia incalculable[32].

El ordenamiento jurídico comunitario tiende a prevalecer de forma íntegra sobre los demás ordenamientos nacionales de los demás países que conforman la Unión Europea. En otras palabras, el principio de primacía lo que busca es que predominen las normas comunitarias sobre todas las disposiciones nacionales[33].

---

32. El derecho comunitario jamás podría depender del derecho interno ya que el concepto de primacía debe de escapar a la suerte que le haría correr la legislación interna de un país, si de ellas dependiera, las reglas divergentes que, en cada Estado y para cada Estado, pretenden regular los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno.

33. Sobre el particular concordamos con la idea expuesta por ISSAC, al señalar que: "… la primacía se ejerce frente a todas las normas nacionales (<<un texto interno cualquiera que sea>>), administrativas, legislativas, jurisdiccionales, e incluso a nivel constitucional: en un primer momento, el Tribunal debía afirmar que disposiciones constitucionales internas no podrían ser utilizadas para hacer fracasar el derecho comunitario y que esa acción sería <<contraria al orden público comunitario>>… ; luego, más claramente aún, que <<… los derechos fundamentales tales como son formulados por la constitución de un Estado miembro>> o <<… los principios de una estructura constitucional nacional no (podrían) afectar la validez de un acto de la Comunidad y su efecto en el territorio>> de un Estado miembro (17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft, as. 11/70, Rec 533). En una palabra, el derecho constitucional de un Estado miembro no podrá constituir un obstáculo a la primacía (13.7.1972, Comisión c/ Italia, as. 48/71, Rec. 533). (ISAAC GUY, Ob. Cit., p. 176).

El concepto de primacía no sólo se aplica sobre el ordenamiento comunitario (las relaciones entre Estados e instituciones), sino que también se ejerce sobre los ordenamientos jurídicos nacionales donde se impone a las jurisdiccionales de estos.

De todo lo antes expuesto, se puede concluir señalando que el principio de primacía implica que las normas de efecto directo (en tanto sean parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico adaptado en el territorio de cada uno de los Estados miembros), deben ser aplicadas desde el momento en que entran en vigor, independientemente que a lo interno exista una ley nacional incompatible, y durante todo el período en el que siguen en vigor, a pesar de la adopción ulterior de una ley incompatible[34].

Sobre el particular, la sentencia del 9 de marzo de 1978 (C-106&/77 - Caso Simmenthal), del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno al principio de primacía del derecho comunitario[35].

---

34. En este caso en particular lo que se haría es que la norma nacional que contradice las disposiciones de derecho comunitario se procede a inaplicarla o se deja de aplicar porque sus efectos son contrarios a lo dictado por la normativa comunitaria. En otras palabras, el juez nacional se transforma en este caso en particular en un juez comunitario, puesto que se busca impedir la formación de nuevos actos nacionales que sean contrarios a las normativas comunitarias. En este sentido debemos tener en cuenta que: "La inaplicabilidad de la regla nacional no le está subordinada y se impone de inmediato a todas las autoridades nacionales: <<el efecto del derecho comunitario (directamente aplicable) implica para las autoridades nacionales competentes prohibición de pleno derecho de aplicar una prescripción nacional reconocida incompatible con el tratado y, llegado el caso, obligación de tomar toda disposición para facilitar la realización del pleno efecto del derecho comunitario (TJCE, 13.7.1972, Comisión c/ Italia, as. 48/71, Rec. 529).

Todo lo antes señalado nos lleva a concluir que el será el juez nacional, a quien se le encargue de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de derecho comunitario, de manera que asegure el efecto directo de dichas normas, e inclusive tendrá la potestad de dejar de aplicar la propia legislación nacional, sin que tenga que pedir o esperar la eliminación previa de la misma. Ahora bien, salvo que la violación a la norma de derecho sea flagrante; podrían existir situaciones en las cuales una determinada ley interna viola las disposiciones de derecho comunitario, pero única y exclusivamente para un caso determinado, en tanto que en las demás circunstancias no se violan las normas comunitarias. Ante ello, se debe examinar con mucha cautela si procede la derogatoria o no de una disposición de derecho interno. Es por esta razón que los jueces nacionales lo que tienden a hacer es a inaplicar la legislación en conflicto, pero no a solicitar su respectiva derogación o modificación.

35. La sentencia del 9 de marzo de 1978 del TJCE señaló que: "… en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen el efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo de convertir en inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente, sino que incluso en tanto estas disposiciones y actos son parte integrante con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de os Estados miembros de impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueren incompatibles con las normas comunitarias, de modo que cualquier juez nacional, que actúe en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada cualquier disposición eventualmente contraria de la ley nacional, bien sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria."

Ahora bien, el mayor problema con el cual se ha topado el principio de primacía ha sido cuando se ha procurado darle una notable importancia al derecho comunitario sobre el derecho constitucional de los países miembros de la Unión Europea[36].

A.1.- Concepto

Para poder comprender la noción de primacía del derecho comunitario, es necesario analizar la misma a partir de tres (3) ideas fundamentales tomadas de los lineamientos surgidos por la sentencia Costa C. ENEL, que serían básicamente los siguientes:

1.- La aplicabilidad y eficacia directa del derecho comunitario se haría imposible si no se construyeran sobre un principio, en caso de conflicto, de primacía del derecho comunitario.
2.- La atribución de competencias realizadas a la Comunidad no tendría sentido alguno si no existiera una limitación de competencias de los Estados.
3.- Específicamente el artículo # 10.2 del TCE, señala que los Estados miembros deberán abstenerse de cualquier medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos comunitarios.

36. En España, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la eficacia del Derecho comunitario, reconociendo la aplicabilidad directa de las normas comunitarias, declarando su primacía sobre el Derecho interno de rango intraconstitucional y atribuyendo a Jueces y Tribunales la competencia de garantizar dicha primacía. La Sentencia de 28 de mayo de 1992 del TC ha precisado que las normas europeas son de aplicación directa sin precisar acto previo de incorporación. Las Sentencias del 14 de febrero de 1991 y del 22 de marzo de 1991 ya habían destacado la competencia de la Jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre la contradicción entre legislación nacional y Derecho comunitario con la consiguiente inaplicación de la primera o planteamiento de cuestión prejudicial.

Ligado a este tema, vale la pena indicar que: "… cuando un juez nacional duda sobre la constitucionalidad del Derecho Comunitario derivado, debe ante todo proceder al control judicial de éste a la luz de su contexto natural, que no es otro que el propio ordenamiento jurídico comunitario, con el Tratado mismo en la cúspide. Y debe hacerlo en cooperación con el Tribunal de Justicia, activada llegado el caso la cuestión prejudicial con carácter obligatorio, dado el monopolio de éste con relación a las declaraciones de invalidez del Derecho comunitario derivado (asunto Foto-Frost, 1987).

Solamente una vez cotejada la validez del derecho comunitario derivado a la luz del propio ordenamiento comunitario, podrá el juez nacional, si respalda dicha validez por el Tribunal de Justicia, reconsiderar la posible inconstitucionalidad no ya del Derecho derivado en cuestión, sino del Tratado mismo que lo respalda, procediendo, entonces y sólo entonces, a plantear cuestión de inconstitucionalidad, referida precisamente al Tratado (descartándose así el control interno de inconstitucionalidad del Derecho derivado), ante el Tribunal Constitucional correspondiente, habida cuenta de que el Derecho comunitario originario, interpretado supremamente por el Tribunal de Justicia, seguirá estando sometido al control de constitucionalidad por parte de los máximos intérpretes de las respectivas Constituciones nacionales; control que, en caso de desembocar en una declaración de inconstitucionalidad, provocará la necesidad de una reforma constitucional, so riesgo, de lo contrario, de forzar una retirada de la Unión." (ALONSO GARCÍA, RICARDO; Ob. Cit., p. 230-231).

En síntesis, lo que se pretende es que exista una preponderancia y prevalencia del derecho comunitario por encima de las normas de derecho interno, en especial en los casos que exista conflicto entre ambas disposiciones. Por otra parte, desde que se creó el derecho comunitario, surgió o germinó un nuevo ordenamiento jurídico a través del cual los distintos Estados miembros se comprometieron a limitar su soberanía y restringir su poder jurídico de acción; y en el supuesto que exista algún tipo de fricción entre ambas normativas (comunitarias y nacionales), le corresponderá al juez rechazar la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que sean contrarias al derecho de la Unión Europea, así como también proteger los derechos que el mismo le confiere a los particulares, dejando de esta manera sin aplicación toda disposición eventualmente contraria existente en la ley nacional.

A.2.- El Fundamento de la Primacía del Derecho Comunitario

La primacía del derecho comunitario no se fundamenta en la constitución de los Estados miembros, sino en la naturaleza y caracteres específicos de las Comunidades Europeas, lo cual nos conlleva a pensar que la preponderancia del derecho comunitario se sustenta en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso integrador a través de una interpretación sistemática y teológica o finalista de los Tratados comunitarios.

El derecho comunitario surge a partir de la **voluntad común** que tienen los Estados por ratificar y aceptar los tratados comunitarios; y dicho consentimiento o aceptación debe prevalecer sobre las voluntades particulares de las partes. Además si el ordenamiento comunitario tuviera que ceder o capitular ante normas constitucionales, legislativas o administrativas nacionales, entonces no podría subsistir. Por ello se dice que la primacía es una característica absoluta y la condición existencial de las propias Comunidades Europeas.

Y tal como ya apuntábamos en líneas precedentes, la primacía del derecho comunitario se sustenta en la exclusión o inaplicación de la norma interna incompatible, lo cual se puede materializar como una sanción inmediata en contra de cualquier ordenamiento que atente contra los principios establecidos por el propio derecho comunitario[37].

37. Debemos recordar en torno a la jurisprudencia relativa a la primacía del derecho comunitario que: "La primera de ellas Caso Simmenthal dejó acreditado, en contra de lo sostenido por la Corte Constituzionale italiana, que el juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias y, por consiguiente, debe dejar inaplicadas la norma o normas nacionales, cualquiera que sea su rango, cuando sean contrarias a la norma comunitaria, aunque éstas sean posteriores. Igualmente estableció que para dicha inaplicación no debe esperar a la previa derogación de la norma o normas nacionales en cuestión. La segunda sentencia caso Factortame, irá más allá. En efecto, contestó a la cuestión planteada por la House of Lords que el: <<Derecho comunitario

De lo antes indicado, también se puede colegir que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido uno de los precursores en afirmar y reafirmar el concepto de la **primacía del derecho comunitario** al punto que el mismo irá construyendo una jurisprudencia que se apoyará en el principio de cooperación leal generando de esta manera todo un arsenal de poderes-deberes del juez nacional frente al Derecho interno incompatible con el comunitario[38].

Además el mismo ostenta la calidad de máximo intérprete o exegeta del ordenamiento jurídico comunitario, y es quien en realidad determina el alcance del derecho comunitario originario y su compatibilidad con el Derecho derivado, manteniendo de esta forma el control sobre los juicios negativos acerca de las incompatibilidades de las normas que atentan contra el derecho comunitario.

A.3.- El Alcance del Principio de Primacía

La primacía del derecho comunitario en virtud del principio de cooperación leal claramente nos lleva a deducir que en realidad los verdaderos beneficiados de dicho precepto son los particulares o los ciudadanos de un Estado miembro, ya que a los mismos se les garantiza una protección jurídica y judicial, con todas sus consecuencias, incluso hasta la propia tutela judicial efectiva.

Ahora bien, la pregunta interesante que nos podríamos formular en estos precisos momentos y que a su vez encierra el principio de primacía, sería la siguiente: ¿Qué consecuencias derivan para el Estado miembro que mantenga normas internas contrarias al derecho comunitario, y que vayan a su vez en contra de la primacía de las normas comunitarias?

En principio, lo que se tiende a producir es una situación ambigua y un estado de incertidumbre produciéndose así una infracción del derecho comunitario. Pero en virtud del principio de cooperación leal, es posible inclusive que la resolución que se haya dictado en contra de disposiciones de derecho interno pueda ser reconsiderada nuevamente[39]. Pero para ello el Tribunal de Justicia requiere que se cumplan los siguientes supuestos:

---

debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide medidas provisionales>>. Es decir, que el principio de primacía del Derecho comunitario determina la inaplicación de cualquier derecho nacional que directa (caso Simmenthal) o indirectamente (caso Factortame) pudiera hacer ineficaz al Derecho comunitario aplicable." (LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO; FUENTETAJA PASTOR, JESÚS A.; Ob. Cit.; p. 509).

38. Nos estaríamos refiriendo específicamente a principios y elementos tales como: la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares, la responsabilidad frente a los particulares por infracción del derecho comunitario, etc.

39. Sobre el particular puede consultarse la sentencia del 13 de enero de 2004, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (C-453/00 – Kühne & Heitz N.V.)

- Que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia.
- La sentencia debe estar basada en una interpretación del derecho comunitario que, a la vista de la jurisprudencia del TJCE posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión prejudicial, y
- El interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

En esencia, la consecuencia propia del principio de primacía del derecho comunitario es más que nada una auténtica integración jurídica entre ordenamiento comunitario e interno, y que lo lleva a cabo el juez común u ordinario[40].

Otro de los alcances que produce el principio de primacía se centra precisamente en el hecho que el mismo vincula a todos los órganos del Estado, incluido a las autoridades descentralizadas y los órganos jurisdiccionales que deben aplicar las disposiciones de derecho comunitario y a desplazar la norma interna contraria.

Cabe destacar que otra de las ventajas que genera el alcance del principio de primacía radica en el hecho que el juez tiene la potestad de poder suspender una norma interna o el acto administrativo dictado en aplicación de un reglamento comunitario cuya validez se cuestiona en el proceso de instancia siempre que exista riesgo de perjuicio grave e irreparable, urgencia e interés comunitario.

Finalmente el último de los efectos que produce el alcance del principio de primacía radica en el hecho que existe una obligación de parte de las autoridades nacionales de reparar el daño ocasionado por la adopción del Estado miembro de un acto que es contrario al derecho comunitario.

40. Ligado a esta idea debe señalarse que: "… la Sentencia Costa /ENEL de 15 de junio de 1964, otro auténtico <<leading case>> de la Jurisprudencia comunitaria, fijará los parámetros en que desenvolverse la primacía de este Derecho, elemento éste absolutamente fundamental para dar un mínimo de coherencia a las relaciones entre los distintos órdenes jurídicos de los países miembros y el ordenamiento europeo. Esta línea jurisprudencial desembocaría en arrét Simmenthal de 9 de marzo de 1978, en el que se zanjaría definitivamente la polémica sobre el modus operandi de tal primacía, afirmándose definitivamente que corresponde al Juez nacional ordinario la aplicación del orden comunitario, sin que ningún procedimiento interno, ni siquiera de índole constitucional, pudiera poner en entredicho la primacía en la aplicación de ese Derecho." (SORIANO, JOSÉ-EUGENIO; Ob. Cit., p. 33).

B.- La Recepción del Derecho Comunitario en el Derecho Español

Iniciaremos por establece que cuando un país de la Unión Europea decide adherirse a las Comunidades Europeas y a la Unión Europea, debe aceptar sin restricción alguna la adopción en bloque de las disposiciones comunitarias. De esta forma, tanto directa como indirectamente se están aprobando las fuentes extrajurídicas, al igual que las finalidades políticas y las opciones tomadas en materia de desarrollo y fortalecimiento de las Comunidades.

Lo anterior nos lleva a deducir que los Estados miembros al igual que el Reino de España se han visto en la obligación de ceder competencias derivadas inclusive de la propia Carta Magna o Constitución, a fin de ser admitidos dentro de la Unión Europea, lo cual se puede materializar en la revisión tácita del principio de la soberanía del Estado. Cabe destacar que la vía que se utilizó para la incorporación de España a la Unión Europea fue a través del artículo 93 de la Constitución de 1978[41], ya que dicha norma hace las veces de bisagra al permitir la entrada dentro del sistema jurídico español de otros ordenamientos jurídicos por medio de la cesión del ejercicio de competencias.

El artículo # 96.1 de la Carta Magna establece también que los tratados internacionales válidamente celebrados, luego de publicados oficialmente en España, entran a formar parte del ordenamiento interno.

En el ámbito de la jurisprudencia comunitaria (que interpreta las normas de derecho comunitario), debe establecerse que dichas sentencias tienen primacía o preponderancia sobre los fallos de derecho interno (dictados por los tribunales nacionales). Por cierto sobre el particular se puede decir que: "... *teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea y reconocido con claridad en nuestro ordenamiento (artículo 93 de la Constitución y Jurisprudencia del Tribunal Supremo también reiterada), no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y*

41. La disposición en mención establece que: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una Organización o institución internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión."

La crítica que se le hace a esta normativa en particular es que únicamente hace alusión a las Cortes Generales y el Gobierno como garantes del cumplimiento del Derecho comunitario, sin hacer mención de las Comunidades Autónomas u otros poderes públicos que también están llamados a intervenir regularmente.

disposiciones de Derecho comunitario[42].

C.- La Primacía y la Eficacia Directa del Derecho Comunitario en España

Tal como lo hemos manifestado ya con antelación respecto al derecho comunitario; todo Tratado Internacional goza de primacía sobre la Ley (estatal o autonómica) y es susceptible de aplicación directa[43].

Los Tratados comunitarios en España forman parte del ordenamiento interno (recepción automática), ya que ni la eventual autorización de las Cortes ni la publicación de tales Tratados en el BOE los transforma en normas internas. En consecuencia, en España las normas internas quedarán inaplicadas en caso de contradicción con un Tratado comunitario (o con cualquier Tratado) o con un acto que derive de dichos Tratados.

Es importante señalar que el Tribunal Supremo español, en su sentencia del 28 de abril de 1987, llegó a establecer que el Derecho Comunitario tiene **eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad**. Posteriormente en la sentencia del 24 de abril de 1990, también indicó que **los reglamentos y las Directivas tienen primacía sobre las normas internas y que, en su caso, el efecto directo no podrá ser discutido**.

D.- La Primacía del Derecho Comunitario y Constitución de los Estados Miembros

Debemos dejar claramente estipulado que no puede existir bajo ningún motivo pugna entre la Constitución y las normas comunitarias ya que cada una de dichas disposiciones se mueve o ejecuta dentro de su propio campo de interacción. Sobre el particular ha señalado precisamente la doctrina que:

> "*No cabe hablar de superioridad del DC sobre la Constitución ni cabe seriamente hablar de un conflicto entre Constitución y normas comunitarias: la Constitución se aplica plenamente en los ámbitos que siguen siendo competencia soberana del Estado miembro, pero en los ámbitos atribuidos a la Unión y regulados por normas comunitarias se aplica el Derecho Comunitario en toda su plenitud y el Estado no puede invocar la Constitución para*

42. LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO; FUENTETAJA PASTOR, JESÚS A.; Ob. Cit.; p. 534.

43. Por cierto, obviamente el derecho autonómico no puede prevalecer en caso de conflicto sobre los Tratados internacionales (y, en consecuencia, sobre los actos de las organizaciones internacionales), como tampoco puede prevalecer sobre la Constitución, que predica esa primacía del Tratado a la que se subordina toda nuestra legislación.

impedir los efectos de la norma comunitaria válida. Luego, todo Estado miembro debe adecuar su Constitución antes *de su ingreso en la Unión Europea a fin de permitir al Derecho comunitario desplegar todos sus efectos con plenitud."* [44]

Debemos tener presente también que los principios que contiene la Carta Magna, no pueden afectar a la validez de un acto de la Comunidad, ya que introducir criterios procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, atentaría contra la unidad material y la eficacia propia del Derecho Comunitario y de esta manera se resquebrajaría el mercado común, al igual que pondría en peligro la cohesión de la Comunidad[45].

De igual manera, las sentencias del Tribunal de Justicia[46] han establecido que un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, <<inclusive el constitucional>> para poder justificar la falta de acatamiento a las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria; y además que acudir a disposiciones, incluso constitucionales, de orden jurídico interno para limitar el alcance de las normativas comunitarias no podría admitirse porque afectaría a la unidad y a la eficacia del propio derecho de la Unión.

E.- El principio de Responsabilidad del Estado por Incumplimiento del Derecho Comunitario

A partir del año 1991, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas empieza a reconocer el principio de responsabilidad que tienen los Estados a causa de los daños que les ocasionaren a los particulares, por la violación del Derecho comunitario.

El Tribunal de Luxemburgo recuerda conforme a la jurisprudencia de SIMMENTHAL y FACTORTAME, que los jueces nacionales están en la obligación de garantizar la plena eficacia del derecho comunitario, así como la protección de los derechos que tienen los particulares. Por cierto, no tendría razón de ser la existencia del derecho comunitario, si las personas directamente afectadas no pudieran reclamar u obtener una reparación de los derechos lesionados por una violación a las normas comunitarias a causa de una infracción por parte de un Estado miembro de la Unión Europea. Debe aclararse que el Estado sólo responde en temas patrimoniales o eco-

44. MANGAS MARTÍN, ARACELI; LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J.; Ob. Cit., p. 430.

45. Sobre el particular, pueden consultarse las siguientes sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: San Michele; 17/12/1970, e Internationale Handelsgessellschaft del 13/12/1979.

46. Nos estaríamos refiriendo específicamente a las Sentencias de la Comisión contra Bélgica del 6/5/1980 y también de la sentencia del 17/12/1980, igualmente de la Comisión contra Bélgica.

nómicos, por la no aprobación de leyes por el parlamento o por la omisión del legislativo[47].

Sobre este particular, de la sentencia FRANCOVICH se determinó que la reparación de los daños causados por violación de cualquier norma de derecho comunitario en virtud del principio de reparación económica o de indemnización puede ser reclamada siempre que concurran los siguientes tres (3) requisitos:

- Que la norma comunitaria implique la atribución de derechos a favor de particulares.
- Que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva o de la norma en cuestión, y
- Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Los jueces nacionales tendrán en cuenta, además de lo antes expuesto, la relación de causalidad entre la infracción y el daño para precisar el daño resarcible; la cuantía se determinará aplicando las normas nacionales.

Finalmente sobre este tema en particular debemos establecer que en la práctica el procedimiento para las reclamaciones económicas a causa de una infracción estatal por falta de transposición de una directiva se hace muy tedioso, demorado y hasta se debe contar con un buen patrimonio para tener paciencia por no decir aguante a fin de poder cobrar la indemnización contra el Estado[48].

47. Sobre este particular, la doctrina ha señalado que: "… el principio de responsabilidad del Estado no coincide con el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado que figura en numerosas constituciones (art. 106.2 Constitución Española). No se responde por un anormal funcionamiento de la administración en los casos Francovich, Miret Wagner, Faccini Dori y El Corte Inglés, sino por una omisión del Legislativo. El Estado responde patrimonialmente por la no aprobación de leyes por el Parlamento, lo que es novedoso y espectacular: si se demuestra que se ha producido un daño por la inactividad del Parlamento, al no poder gozar del derecho conferido por una norma comunitaria, se puede entablar la acción de responsabilidad. Pero además, en la sentencia Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III confirma que el Estado responde también por las violaciones del Derecho Comunitario atribuibles al legislador nacional." (MANGAS MARTÍN, ARACELI & LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J.; Instituciones y Derecho de la Unión Europea; Editorial Tecnos; Cuarta Edición; Madrid, España; 2004; páginas # 443-444).

48. Tanto MANGAS MARTÍN como LIÑÁN NOGUERAS nos indican al respecto que: "… los problemas reales de los ciudadanos ante una infracción estatal en normas directamente aplicables como por falta de una transposición de una directiva: primero, tiene que entablar un juicio reclamando los derechos que le confiere la norma comunitaria (con eventual reenvío prejudicial), después tiene que iniciar otro proceso para demostrar *la* relación de causalidad entre el daño y la falta de transposición de la directiva (con eventual reenvío prejudicial sobre si hay o no violación caracterizada). Necesitará tener un patrimonio para soportar tanto juicio, muchísima suerte para tener un buen juzgador […] y paciencia para cobrar la reparación del Estado." (MANGAS MARTÍN, ARACELI & LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J.; Ibídem; p. 447).

V. El Derecho Comunitario y El Derecho Interno

Un tema polémico que va ligado al principio de primacía de las normas de derecho comunitario es precisamente la determinación de la preponderancia de aquellas con respecto la Constitución o la Carta Magna. Por esta razón nos corresponderá analizar este interesante aspecto en mención.

A.- El Derecho Comunitario y la Constitución Española

En líneas anteriores habíamos tenido la oportunidad de señalar que las normas de derecho comunitario pueden ser catalogadas en disposiciones de derecho originario y de derecho derivado. Así las cosas, procederemos a analizar tales fuentes de derecho comunitario en relación con la Constitución Española.

A.1.- Conflicto entre Constitución y Derecho Comunitario

La primera armonización que debe existir entre los tratados comunitarios y la Constitución española radica en que los Tratados comunitarios no pueden violar los principios básicos de los sistemas constitucionales ya que aquellos son los que han permitido la incorporación de las normas comunitarias al sistema jurídico interno de los Estados miembros[49]. De lo anterior se puede señalar entonces que los tratados comunitarios **no son infraconstitucionales ni tampoco supraconstitucionales, en todo caso son extra o metaconstitucionales**.

Ahora bien, en la práctica se busca o trata de sortear todo tipo de conflicto existente entre los tratados comunitarios y la Constitución; y prueba de ello es que el artículo # 13.2 de la Constitución Española fue modificado, ya que el mismo entraba en contradicción con lo dispuesto en el Tratado de Maastricht, y para prevenir o evitar cualquier tipo de conflicto a futuro se procedió a su reforma[50].

---

49. Recordemos que es la propia Constitución española la que en su artículo # 93 permite al Derecho comunitario originario y al derivado el poder desplegar de forma íntegra sus principios y el conjunto de sus efectos, produciéndose por voluntad de la Constitución misma una sustitución de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias por las disposiciones de los Tratados y actos comunitarios.

50. Por esta razón, la doctrina ha llegado a establecer que cuando un nuevo Tratado comunitario sea incompatible con la Constitución española y no pueda salvarse la eventual contradicción, entonces en esos casos operaría la reforma de la Constitución.

A.2.- Conflicto entre Constitución y norma de Derecho Derivado

En vista que el canon o patrón de legalidad del derecho derivado es únicamente el Derecho Comunitario; y el Tribunal de Luxemburgo es el único juez competente para juzgar dicha validez del derecho derivado, en principio no existirá ningún tipo de conflicto jurídico puesto que por imperativo del artículo # 93 de la Constitución, le queda impedido al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad del Derecho derivado comunitario.

En el supuesto que una norma de derecho derivado violara derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la misma debe ser eliminada *erga omnes* de toda la normativa de la Unión Europea y únicamente lo puede realizar o llevar a cabo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y no los Tribunales Constitucionales[51]. Lo antes reseñado nos recuerda que:

> "*El respecto al* standard *mínimo de derechos y garantías constitucionales, así como a los principios que son comunes a las Constituciones de los Estados miembros, no pueden ser vulnerados por las Instituciones comunitarias ni desconocidos por el TJCE. En definitiva, la Constitución de cada Estado miembro no es ajena al propio Derecho comunitario y a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual tiene por misión <<asegurar el respeto del Derecho>>, el <<Derecho>> sin adjetivación alguna (art. 220 CE) en la interpretación y en la aplicación de los Tratados y del Derecho derivado."*[52]

Por todo lo demás, se trata siempre de buscar un equilibro armónico entre las normas de derecho comunitario (originario o derivado), y las disposiciones o principios consagrados en la Constitución española.

A.3.- Conflicto entre Norma comunitaria y Ley Posterior

Cualquier tipo de conflicto que pudiera existir entre la norma comunitaria y una Ley posterior queda solucionado o saldado con la inaplicación de aquella disposición contraria al espíritu de las disposiciones comunita-

51. Es importante destacar que el Tribunal Constitucional español ha señalado que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las Instituciones de la Comunidad.

52. MANGAS MARTÍN, ARACELI; & LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J.; Instituciones y Derecho de la Unión Europea; Editorial Mc Graw Hill; Segunda Edición; Madrid, España; 1999; página # 267.

rias ya sean originarias o derivadas[53].

Y es que resulta que en la inmensa mayoría de los supuestos de contradicción entre la Ley y la norma comunitaria **basta la doctrina constitucional y comunitaria de inaplicación por el juez del litigio concreto o por el órgano administrativo para su solución**, pues todo se centraliza en un problema de selección de la norma adecuada al caso.

B.- Hacia la Europeización de la Constitución Española

Comenzaremos estableciendo que si bien es cierto, la terminología **Europeización** es una expresión bastante reciente, la misma únicamente debe asociarse con el mundo del derecho, y a su vez debe entenderse como sinónimo de armonización de legislaciones nacionales en el seno de la Unión Europea[54].

Ahora bien, la pregunta interesante que nos debemos hacer es: ¿cómo se produce la unificación de los países europeos; y consecuentemente la europeización de las legislaciones de los diversos países?

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos como habían quedado deshechos, desmoronados y destruidos, se encontraban en la obligación moral de iniciar un proceso de integración, a fin de superar los problemas internos que existían entre cada uno de ellos. Como consecuencia de esto se llama a la consecución de un orden pacífico de convivencia entre las distintas naciones, y de esta manera los diversos Estados procede a aceptar limitaciones inclusive a su propia soberanía y a su legislación interna.

Evidentemente desde que inicia la integración de las Comunidades Económicas Europeas (hoy día Unión Europea), hasta estos momentos; han sido muchos los tratados que se han firmado entre los distintos países miembros, pero los mismos inicialmente se circunscribieron básicamente a mercados económicos[55].

Lo que nos interesa resaltar de todo lo antes expuesto es que para el 21 de mayo de 2005, se publicó la Ley Orgánica 1/2005, en el Boletín Ofi-

53. En la sentencia del 24 de abril de 1990 el Tribunal Supremo dispuso que una Ley posterior que intente regular una materia de competencia comunitaria de forma incompatible con el Derecho Comunitario resulta totalmente inconstitucional.

Ahora bien, no está de más recordar que cualquier juez nacional está obligado a descartar la aplicación de cualquier Ley que sea contraria al derecho comunitario, sin que el mismo tenga que recurrir al Tribunal Constitucional (en control difuso).

54. Con respecto al concepto de Europeización, la doctrina ha señalado que: "La Constitución de un Estado miembro de la UE se encuentra, en este sentido, europeizada en la medida en que dicha condición de Estado miembro, o alguna de sus consecuencias, encuentra relejo expreso en su Constitución." (CRUZ VILLALÓN, PEDRO; Hacia la Europeización de la Constitución Española; Edita Fundación BBVA; Bilbao, España; 2006; página # 40).

55. El Tratado de Maastricht se consolida como el primer tratado que procede a sumar más ámbitos competenciales, que únicamente intereses económicos en el proceso de integración, como lo serían: la educación, cultura, salud pública, defensa de los consumidores, cooperación internacional, etc.

cial del Estado, disposición ésta que se relacionaba con la ratificación por parte del Reino de España del Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa, suscrito en Roma el 29 de octubre de 2004. A raíz de esta situación en particular, se plantea la posibilidad de **europeizar** la Constitución española, con el fin de modificar la Carta Magna para incorporar **a futuro** dentro de su contenido una disposición de carácter procesal que prevea un procedimiento específico para la incorporación de las normas de derecho comunitario originario (tratados), que haga más fácil el proceso de integración[56].

La idea de la europeización de la Constitución española supone, ante todo, abordar una serie de cuestiones generales que pueden ser agrupadas bajo la fórmula de ***cláusula general europea***. Son las dimensiones finalista, sustantiva o garantizadora, de ordenamiento y procedimiento. Todas ellas pueden quedar agrupadas en un solo precepto, cuya sede natural es el Título Preliminar, aunque alternativamente, por razones específicamente derivadas de la rigidez de dicho Título, podría pasar a configurar un Título autonómico, tras el actual Título VIII.

Para concluir sobre la europeización de la Constitución española debemos señalar que la misma pudiera completarse desde el momento en que se diera entrada en el artículo # 10.2 de la Carta Magna, al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito competencial, el Tratado de la Unión Europea establece una cláusula residual competencial a favor de los Estados miembros en el sentido que toda competencia no atribuida a la Unión Europea, le corresponde a los Estados miembros. En este sentido debemos señalar que el hecho de que el Tratado clasifique expresamente una norma atributiva de competencias, bajo un determinado tipo competencial, conlleva un contenido innovador que va más allá de una simple mejora expositiva del orden competencial vigente. En efecto, la sistematización de las competencias en categorías claramente perfiladas contribuye a aumentar la transparencia del sistema, pues permite a los ciudadanos apreciar con mayor facilidad qué asuntos recaen bajo la responsabilidad de la Unión Europea y cuáles son de los Estados miembros.

Finalmente es importante señalar que el artículo 93 de la Constitución española *no autoriza una transferencia general o total de competencias*, toda vez que lo permitido es la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, y *no de las competencias derivadas de la Constitución*.

---

56. CRUZ VILLALÓN sobre el particular nos indica que: "… europeizar la Constitución nacional desde una perspectiva procedimental significa fundamentalmente, y en una primera aproximación, la previsión de un específico procedimiento para la incorporación, en unos casos, o el avance, en otros, de un determinado Estado en ese proceso de integración europea que hoy representa la UE." (CRUZ VILLALÓN, PEDRO; Ob. Cit., p. 62)

VI. Conclusiones

• Las disposiciones de derecho comunitario gozan de primacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata para prevalecer sobre la gran mayoría de las fuentes de derecho interno de los países que conforman la Unión Europea.

• Las principales fuentes de derecho que componen la normativa comunitaria son las siguientes: Los Tratados internacionales o comunitarios (Derecho Originario); los reglamentos y las directivas comunitarias (Derecho Derivado).

• Las normativas de derecho interno deberán ajustarse a lo reglado o contemplado tanto en los reglamentos como las directivas comunitarias, a fin de no contradecir su esencia y espíritu.

• La jurisprudencia que emite o dicta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene una trascendental importancia, puesto que la misma determina la manera como se interpretarán las disposiciones de derecho originario y las de derecho derivado.

• Las normas de derecho comunitario vinculan a todas las autoridades que forman parte de los Estados miembros de la Unión Europea, y deben ser de estricto y obligatorio cumplimiento.

• Las disposiciones comunitarias gozarán de prioridad o primacía sobre las demás normas de derecho interno y deberán ser aplicadas por los Estados miembros desde el momento en que entran en vigor.

• El juez nacional de un Estado miembro será el responsable de la aplicación de las normas de derecho comunitario, procediendo de oficio en caso de conflicto a inaplicar aquellas disposiciones de derecho interno que transgredan las normas del derecho de la Unión.

• Frente a cualquier lesión que sufran los particulares por la no transposición o la incorrecta incorporación del derecho comunitario al nacional, éstos pueden solicitar la reparación del daño ocasionado por parte del Estado miembro infractor.

• La idea en el futuro de la europeización de la Constitución española supone, ante todo, abordar una serie de cuestiones generales que puedan ser agrupadas bajo la fórmula de una cláusula general europea. De esta manera eventualmente se podría hacer más fácil la incorporación del derecho comunitario, en España.

HISTORIA CONSTITUCIONAL

El Derecho Procesal Constitucional en la Constitución de Cádiz. Una Mirada desde su Bicentenario

Néstor Pedro Sagüés

I. Introducción.

El concepto de "derecho procesal constitucional" comprende, en sentido estricto, a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales. No obstante, en una acepción más amplia, muchos incluyen los temas constitucionales concernientes a las garantías del debido proceso, que en rigor de verdad conforman el "derecho constitucional procesal", según la expresión de Héctor Fix Zamudio.[1]

En este trabajo, destinado a rastrear los antecedentes de derecho procesal en la constitución gaditana de 1812, de las que se cumplen precisamente doscientos años, utilizaremos el significado más amplio.

Naturalmente, el derecho procesal constitucional, como disciplina propia (o si prefiere el lector, mixta), no existía al momento de sancionarse la Constitución de Cádiz. De lo que se trata, en síntesis, es averiguar en qué medida la simpática y a la vez maltratada "Pepa",[2] atendió temas que hoy configuran al derecho procesal constitucional, y cómo lo hizo. Para ello, será necesario también considerar los aportes que ya había hecho sobre el tema la constitución de Bayona de l808, históricamente muy próxima a la de Cádiz, y a la que ésta, desde luego, no podía ignorar.

II. La constitución de Bayona de 1808.

Rotulada a menudo como "estatuto", el texto promulgado para España por José I Bonaparte en Bayona (Francia), el 6 de julio de 1808, se autodenominaba, formalmente, "constitución". Utilizaremos ese nombre, reconociendo, por supuesto, que se emitió por un Rey usurpador y con las formalidades propias de una "carta" o "estatuto" otorgado o concedido discrecionalmente por el Soberano.[3]

1. Sobre estos temas, derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario,* 4ª. ed., Buenos Aires 2002, ed. Astrea, t. I p. 3 y sigts.

2.El mote cariñoso de "Pepa", como es sabido, se aplica a la Constitución de Cádiz de l8l2 por haberse promulgado el día de San José, 19 de marzo. Tuvo diversos avatares, comenzando por su desconocimiento por parte de Fernando VII (4 de mayo de 1814). Resucitada años después (9 de marzo de 1820), fue finalmente abrogada (1º de octubre de 1823).

3. No obstante, José I invocó, al dictarla, un "pacto que une a nuestros pueblos con Nos, y a Nos con nuestros pueblos", como un artificio para legitimar el acto de emisión de la Constitución.

La constitución josefina no contenía un capítulo especial reconociente de derechos y garantías, o relativo a temas procesal-constitucionales. Pero incluía materialmente algunas disposiciones al respecto, bien que desperdigadas a lo largo de su texto.[4] Puntualizaremos algunas.

a) en materia de magistratura constitucional, comencemos por decir que no hay en la constitución de 1808 un régimen de control (judicial o extrajudicial) de constitucionalidad. Tampoco hay un "Poder" Judicial (aunque la constitución sí tenía un "título" específico, el undécimo, para el "orden judicial").[5] No obstante, el art. 97 indicaba que ese "orden judicial" era independiente en sus funciones. Los tribunales los establecía el Rey (art. 98), quien nombraba a los jueces (art. 99). La constitución enumeraba los órganos judiciales básicos: jueces conciliadores, juzgados de primera instancia, audiencias o tribunales de apelación, un Tribunal de Reposición para todo el reino, y una "Alta Corte Real" (art. 101). El Tribunal de Reposición, era, en verdad, el Consejo Real (art. 104), y conocía de los "recursos de fuerza" en materia ecleciástica. Pero también había un recurso de reposición contra todas las sentencias criminales (art. 107), con lo que se preveía la doble instancia en ese fuero. La Alta Corte Real se ocupaba de los delitos cometidos por la familia real, los ministros, los senadores y los consejeros de Estado (art. 108).

Por otro lado, se suprimen los tribunales que tienen "atribuciones especiales", y las justicias o fueros de abadengo, órdenes y señorío (art. 98).

Para completar una descripción sintética del tema, la constitución establecía un procedimiento regulado para la destitución de los jueces, con decisión del Consejo Real y conformidad del Rey (art. 100). Esto puede juzgarse como una garantía de la estabilidad e inamovilidad de los magistrados judiciales, y de cierta manera, como algo que coadyuva a su independencia.[6]

b) Respecto de los hoy denominados "procesos constitucionales" (o sea, los más vinculados a la tutela de la supremacía constitucional), no hay normas puntuales. Sin embargo, los arts. 127, 128 y 129 instrumentan un sistema que garantiza el derecho a no ser arrestado, como no sea en flagrante delito, sino en virtud de una orden legal y escrita. Ningún alcaide o carcelero puede recibir o detener a alguien sin mandamiento judicial; y deberá presentar al reo al magistrado encargado de la policía de la cárcel, siempre que sea requerido por él. Podría conjeturarse si estas normas dan base al instituto del hábeas corpus, como más tarde se verá para el caso de

4. Ver sobre el tema, González Deleito y Domingo, N., Aspectos procesales de la Constitución de Bayona, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Madrid l976, Nº 4, ps. 871-879.

5.Ver Reyes Domínguez Agudo, María, El Estatuto de Bayona, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2004, p. 387. Cfr. http//eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27694.pdf

6. Reyes Domínguez Agudo, María, El Estatuto de Bayona, ob. cit., p. 388.

la constitución de Cádiz. Y otro antecedente que podría dar pie al actual hábeas corpus "correctivo", destinado a salvaguardar la dignidad de trato a los presos, se encuentra en el art. 131, que consagra el derecho de los parientes y amigos del preso, a verlo, para lo cual podía requerirse una orden al magistrado judicial.

c) Con relación a las garantías procesales, reseñamos lo siguiente:

- *publicidad:* el proceso penal tenía que ser público (art. 106).

- *Doble instancia:* como vimos, el art. l07 contemplaba un recurso de reposición contra las sentencias pronunciadas en el ámbito penal. No era, en verdad, la aplicación del principio de la "doble condena", aunque sí de la doble instancia.

- *Jurado.* Una disposición singular era la contemplada por el art. 106: en la primera sesión de las Cortes (Parlamento), debía determinarse si se establecía, o no, el juicio por jurados. Importaba esto una singular habilitación constitucional de tal régimen, de tal modo que si el legislador lo implantaba, no violaba la constitución.

- *Prohibición del tormento.* También, de los rigores y apremios no autorizados por la ley (art. 133).

- *Tutela efectiva.* El art. 102 exigía el cumplimiento de los fallos dictados en última instancia, salvo que hubiesen sido anulados por el Tribunal de Reposición, en cuyo caso la causa era sometida a otro tribunal.

Recordemos, finalmente, que en materia legislativa la Constitución prevenía la sanción de un solo código de leyes civiles y criminales, en las Españas y las Indias (art. 96).

III. La constitución de Cádiz de 1812. Sus metas procesales.

Parte del articulado de la "Pepa" que vamos a considerar, deriva del proyecto del *Reglamento provisional para el poder judiciario,* elaborado en el seno de las mismas cortes gaditanas, y que según el propósito por el que se creara la comisión que lo redactó, a propuesta de Argüelles, tenía por metas lograr la publicidad y la abreviación en los procesos penales. Dicho Reglamento, que en definitiva nunca fue aprobado, debía regir hasta que se dictase la constitución. Nótese que aludió puntualmente a un "poder" judicial (*judiciario* lo llamó), rótulo no frecuente en el constitucionalismo de la época, que prefería títulos más modestos para la función judicial ("orden" judicial, "administración" de justicia, etc.).[7]

7. Cfr. Martínez Alarcón, María Luz, El proceso en el primer constitucionalismo español, versión policopiada, remitida por la autora, p. 13, nota 32.

El *Discurso preliminar* a la Constitución,[8] por su parte, elaborado por la Comisión de Constitución de las Cortes cuando presentó el proyecto constitucional, advierte que su texto debe servir para dictar nuevas leyes y derogar las antiguas, a fin de asegurar los propósitos constitucionales de prevenir las prisiones arbitrarias, contener el abuso de los arrestos injustos, resolver las demoras en los procesos judiciales, afianzar la publicidad de éstos y asegurar la responsabilidad de los jueces y del personal de justicia.

La Comisión alertaba, finalmente, que "la reforma de las leyes criminales es sobre todo muy urgente", al par que la separación entre las funciones y las autoridades judiciales de las ejecutivas y legislativas, para lo cual reclamaba, asimismo, que los jueces "no puedan ser distraídos en ningún caso de las augustas funciones de su ministerio". Proponía, igualmente, concluir con una plaga de la administración de justicia, como es "entre nosotros el fatal abuso de los fueros privilegiados, introducido para ruina de la libertad civil". Reclamaba, paralelamente, en homenaje a la igualdad, la sanción de leyes que regulasen "el orden y las formalidades del proceso", uniformes en todo el país (art. 244).

De cualquier manera, y del mismo modo que la constitución de Bayona, la de Cádiz carece de un título único que condense las reglas concernientes a la magistratura y a los procesos constitucionales. Sus cláusulas, en tales materias, están desperdigadas en diversos tramos del texto constitucional, aunque la mayor parte de ellas figura en el título V, denominado "De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal".

IV. Principales institutos concernientes al derecho procesal constitucional.

Veamos ahora los dispositivos más próximos al hoy derecho procesal constitucional. Comenzaremos con los órganos judiciales, en orden a averiguar si cumplían o no un papel de agentes de monitoreo de la supremacía constitucional.

a) magistratura constitucional jurisdiccional. La Constitución no habla, en sentido estricto, de un "Poder" Judicial, y menos, de un "Tribunal Constitucional". Incluso un artículo, el 217, enuncia una prohibición que, en sentido lato, bien podría entenderse como excluyente de la *judicial review: "*(Los tribunales) tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes…" Volvemos, sin embargo, de inmediato sobre el tema.

8. Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella. Cádiz, Imprenta Tormentaria, 1812, reproducción facsimilar. Seguimos el texto que obra en Constitución política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812, s/d , ed. Universidad de Cádiz, Ayuntamiento de Cádiz, Casino Gaditano y Fundación el Monte, p. 1 y sigts.

El máximo órgano tribunalicio era el Supremo Tribunal de Justicia (art. 259). Los magistrados judiciales de todos los tribunales, civiles y criminales, eran nombrados por el Rey, a propuesta del Consejo de Estado (art. 171 inc. 4º). En materia de estabilidad de los jueces, el art. 252 refuerza su inamovilidad: "no podrán ser depuestos de sus destinos", sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos sino por acusación legalmente intentada. La idea que sustenta esta fórmula, como destaca el *Discurso Preliminar* de la Comisión de Constitución, es que "la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta". El mecanismo de remoción está previsto por el art. 253: las quejas contra los magistrados se presentan ante el Rey; éste, si "parecieran" fundadas, podrá suspender al juez, previo informe del Consejo de Estado. Finalmente, el expediente es remitido ante el Supremo Tribunal de Justicia, para que resuelva "con arreglo a las leyes".

Hay dos artículos de la Constitución concernientes a las responsabilidades judiciales. La falta de observancia a las leyes procesales civiles y criminales, hacen responsables personalmente a los jueces que la cometieron (art. 254). El soborno, el cohecho y la prevaricación "producen acción popular contra los que los cometan" (art. 255).

Conviene tener en cuenta, por lo demás, que la Constitución diseña algunas variables en materia de competencia de las Audiencias, para el caso de los territorios ultramarinos (por ejemplo, arts. 261 incs. 1º y 9º, 268). La razón que explica esos matices es simple: el factor geográfico, la distancia, como bien apunta el *Discurso Preliminar.*

b) Procesos (o procedimientos) constitucionales. La "consulta".

Entre las competencias del Supremo Tribunal de Justicia, hay una (en el art. 261, inciso décimo), que llama la atención: *Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes*. Esta facultad, "de consulta", parece aludir a la solución de disputas meramente interpretativas, donde el Supremo Tribunal cumple un peculiar papel de filtro o intermediario entre los tribunales inferiores, el Soberano y las Cortes, que deciden en definitiva.

Pero entendida esa función, que el texto constitucional refiere a la "inteligencia de alguna ley", en un sentido más amplio, podría eventualmente cubrir los interrogantes sobre la constitucionalidad de un precepto legal, tarea que involucra, necesariamente, un problema de interpretación constitucional, y

que podría concluir en la iniciativa del Tribunal Supremo, para el Rey y finalmente para las Cortes, de derogar una norma opuesta a la Constitución, si de su exégesis surgiera que no es compatible con la Constitución. Inclusive, podría albergar la doctrina de la interpretación "conforme" de la ley, con la Constitución, en orden a hacer funcionar a la norma subconstitucional, adaptándola a la constitucional, mediante una nueva reinterpretación, convalidada por las Cortes.

La hipótesis de visualizar al Tribunal Supremo de la constitución gaditana, por el conducto que comentamos, como un ente próximo (*mutatis mutandi*) a un actual Tribunal Constitucional, ha sido por cierto presentada, v. gr., por Bartolomé Clavero.[9] El argumento básico es que si dicho Tribunal Supremo estaba facultado para ocurrir al Rey, y de allí a las Cortes, para disipar dudas normativas, tales "dudas" podrían ser, como anticipamos, también de índole constitucional.

Además, si el Tribunal Supremo no tuviera dudas, infiere tal autor, podría aplicar directamente la constitución cuando debía decidir el "recurso de nulidad" contra fallos de las Audiencias (art. 261 inc. 9º). Vamos de inmediato a esta alternativa.

c) el recurso de nulidad. Este medio de impugnación, así denominado, se interponía contra las sentencias dadas en última instancia y tenía por fin corregir errores procedimentales, *para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el art. 254.* Éste, a su turno, añadía que *Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieron.* La pregunta es: ¿por qué este recurso no podría captar, entre los factores de nulidad de una sentencia, tanto los errores procesales de tipo meramente "legal", como los de error constitucional, teniendo en cuenta las prescripciones y el catálogo de derechos que en esta materia realizaba la constitución, y al que nos referiremos más abajo?

d) ¿El hábeas corpus? María Luz Martínez Alarcón plantea la posibilidad de dar por incluido en el art. 290 de la Constitución, al hábeas corpus.[10] Esta norma se emparenta con el art. 287, que dispuso que ningún español podría ser arrestado sin mandamiento por escrito, y previa información sumaria del hecho que merezca, según la ley, ser castigado con penal corporal.[11]

9. Cfr. Clavero, Bartolomé, Cádiz como Constitución, en Constitución política de la Monarquía española. Estudios. Sevilla, 2000, Ayuntamiento de Cádiz, Universidad de Cádiz, Fundación El Monte y Casino Gaditano, t. II, pág. 154 y sigts.

10. Martínez Alarcón, María Luz, El proceso en el primer constitucionalismo español, ob. cit., p. 14.

11. El art. 292, sin embargo, aceptaba el arresto in fraganti delito, llevando al detenido a la presencia

El art. 290 agrega que el arrestado, antes de ser puesto en prisión, tenía que ser presentado ante al juez, para que le reciba declaración; pero si hubiere alguna causa que impidiera tal acto, sería conducido a la cárcel en calidad de detenido, debiendo el juez recibirle declaración dentro de las 24 horas.

Cabe reconocer que estos textos normativos no definen claramente al hábeas corpus, aunque en algunos países, como Argentina, normas constitucionales de redacción similar han dado pie a considerar a este proceso como efectivamente insertado en la ley suprema.[12]

e) garantías del debido proceso. Como pauta general, el art. 286 de la Constitución, referido a la justicia en lo criminal, pregona que "el proceso sea formado con brevedad, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados".

Además del principio de justicia pronta, esta cláusula, al reclamar procesos "sin vicios", albergaría tácitamente el principio general del *debido proceso,* al proceso justo o al derecho de defensa en juicio.[13] Una exégesis amplia permitiría llegar, en efecto, a esa conclusión.

Aparte de lo dicho, marquemos algunos indicadores procesales garantistas:[14]

(i) El art. 239 reserva la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, exclusivamente a los tribunales. Consecuentemente, el art. 240 impide a las Cortes o al Rey desempeñar funciones judiciales. Sin embargo, el art. 171 inc. 2º, confía al Rey "Cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplidamente la justicia", norma potencialmente conflictiva con las anteriores. Los tribunales, a su turno, solamente tendrán la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 245).

---

del juez.

12. El art. 18 de la constitución argentina (texto l853-60), por ejemplo, dispuso que nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente, regla que para muchos comprendía tácitamente al instituto del hábeas corpus, para impugnar las violaciones a tal precepto. Después de la reforma constitucional de 1994, el nuevo art. 43 estableció explícitamente tal acción constitucional. Derivamos al lector a Sagüés Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus, 4ª. ed., Buenos Aires, 2008, Astrea, t. 4 p. 70

13. Cfr. sobre el tema Martínez Alarcón, María Luz, El proceso en el primer constitucionalismo español, ob. cit., p. 13.

14. Nos limitamos a garantías procesales en sentido preciso. Hay otras, más bien de fondo, pero vinculadas naturalmente con las primeras, que pueden mencionarse. A título ejemplificativo: las cárceles serán "para asegurar, y no para molestar a los presos", por lo que no son permitidos "los calabozos subterráneos ni mal sanos" (art. 297). Para proteger a los arrestados, "la ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles", oportunidad en la que deberán presentarse todos los detenidos (art. 298). Se elimina la pena de confiscación de bienes (art. 304). El art. 305 consagra el principio de no trascendencia de la pena impuesta a una persona, que no podrá transferirse a sus familiares. Y el art. 306 garantiza la inviolabilidad de los domicilios, que no pueden ser allanados sino en los casos que determine la ley, para "el buen orden y seguridad del Estado".

(ii) El principio de imparcialidad judicial brota del juramento que en ese sentido deben expresamente prestar los jueces al tomar posesión de sus cargos (art. 279). En materia de imparcialidad objetiva, el art. 264 determina que los jueces que han fallado en segunda instancia, no podrán actuar en la tercera.

(iii) El art. 307 anticipa una eventual reforma estructural de la judicatura: contempla la posibilidad, de distinguir los jueces "del hecho", de los jueces "del derecho", a criterio de las Cortes. Esto es planteado por la Constitución como una posibilidad, a desplegar en su caso y prudentemente por el legislador, e importa la introducción del régimen de los jurados, que según el ya mencionado *Discurso preliminar,* "solo puede ser útil cuando sea fruto de la demostración y del convencimiento". El método escogido hace recordar el sistema propiciado por la Constitución de Bayona, ya descripto.

(iv) El principio de legalidad brota del art. 244: son las leyes las que prefijan "el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales". El Rey o las Cortes no pueden dispensarlas, aunque las Cortes sí están autorizadas a suspender "algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes", por "circunstancias extraordinarias" relativas a la seguridad del Estado, y por tiempo limitado (art. 308).

(v) El art. 247 enuncia el principio del juez natural, ya que impide el juzgamiento por comisiones especiales y reserva la gestión judicial al juez competente, determinado con anterioridad por la ley. Pero puede haber tribunales especiales para conocer acerca de determinados negocios: art. 278.

(vi) El principio de igualdad es declarado por el art. 248: hay un solo fuero para toda clase de personas, tanto en lo penal como en lo civil. No obstante, los arts. 249 y 250 establecen excepciones para el fuero eclesiástico y el militar.

(vii) El principio de territorialidad, vinculado al de inmediación, aparece en el art. 262: todas las causas civiles y penales fenecerán dentro de la jurisdicción de cada Audiencia.

(viii) En el fuero civil, habrá a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas: art. 285. El *Discurso Preliminar* a la Constitución advierte que con ello se tiende a extirpar una serie de apelaciones, como los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria, que prolongaban insoportablemente la duración de los pleitos, provocando "dilaciones escandalosas".

(ix) También en el mismo fuero, no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por jueces árbitros (art. 280). Hay, sin embargo, una instancia prejudicial obliga-

toria en materia civil o por el delito de injurias: la de conciliación, a cargo del alcalde de cada pueblo (art. 282).

(x) el art. 302 exige que el proceso penal, después de la confesión del acusado, sea público, "en el modo y forma que determinen las leyes".

(xi) El 303 prohíbe el tormento y los apremios.

(xii) A su turno, el art. 291 garantiza a los acusados prestar declaración sin formular juramento, a fin de evitar coacciones morales sobre el mismo. Al tomarle confesión, se le leerán "íntegramente" todos los documentos y las declaraciones e los testigos, con los nombres de éstos. Si no los individualizara, se le suministrarán "cuantas noticias pida", para conocerlos (art. 301).

(xiii) Por su parte, el art. 300 establece el derecho al "tratado como reo", de conocer dentro de las veinticuatro horas de su detención la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

(xiv) El art. 296 consagra el beneficio de la excarcelación, bajo fianza, cuando en cualquier estado de la causa aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal.

(xv) El art. 294 alude al tema del embargo en los procesos penales: solamente procede por delitos que llevan responsabilidad pecuniaria, y por un monto proporcionado a ésta.

Recordemos, finalmente, y por respeto al principio de igualdad de derechos que enuncia la Constitución, según puntualizaba el referido *Discurso Preliminar,* que los códigos civil, criminal y de comercio debían ser únicos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que "por particulares circunstancias" pudiesen establecer las Cortes (art. 258).

V. La jurisdicción constitucional parlamentaria.

Además de la importante actuación de las Cortes en la "consulta" que en materia de interpretación normativa podía realizar el Tribunal Supremo (v. *supra,* 4, a), la Constitución, en su título X y final, relativo a "La observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella", programa una gestión especial para las Cortes, en materia de custodia de la propia Constitución.

La idea que anima este título constitucional es clara: entender que las Cortes son "encargadas de la inspección y vigilancia de la Constitución", como pregona el tantas veces referido *Discurso Preliminar.* En sentido lato, podría detectarse aquí una jurisdicción constitucional parlamentaria.

A tales fines, el art. 373 declara que *Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución*. El *Discurso* enfatiza mucho tal facultad: "el libre uso de este derecho es el primero de todos en un Estado libre. Sin él no puede haber patria".

Y el art. 372 agrega: *Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.*

Estos textos, para asegurar una interpretación sistemática, deben empalmarse con otras cláusulas de la Constitución. No se refiere a la remoción de los jueces, confiada en última instancia al Tribunal Supremo, según el art. 253, igualmente citado (ver parágrafo 4, a).

De hecho, el art. 373 programa una clase especial de denuncia o acción popular, de *reclamo,* pero no ante los órganos judiciales, encabezados por el Tribunal Supremo, sino ante las Cortes, para tutelar la supremacía de la Constitución. Y el art. 372, confiere -en términos absolutamente indeterminados- competencia a las mismas Cortes para resolver en definitiva, lo que entiendan mejor. No menciona, en tal punto, reglas procedimentales ni tipo concreto de medidas o sanciones: las habilita genéricamente, en procura del "conveniente remedio" (sic).

Esta habilitación constitucional al Poder Legislativo podría haberlo convertido, como apunta Bartolomé Clavero, en "una especie de tribunal o *corte* de constitucionalidad, corte también en un sentido jurisdiccional, desplazando y subordinando a la justicia en este campo fundamental", configurando, llegado el caso, una jurisdicción máxima depuradora.[15]

En este punto, la constitución gaditana peca de generalidad y de imprecisión. Salvo que se entienda que, por sobre todo, confía en las Cortes como el órgano esencial de tutela de la Constitución, metamorfoseándose, de ser necesario, en corte constitucional. Un sistema en el que, finalmente, pues, "imperan las cortes".[16]

VI. Recapitulación.

Sin incurrir en el defecto del "panegirismo",[17] puede sostenerse que la Constitución de Cádiz mejoró sensiblemente las pautas procesal-constitucionales que poco antes había enunciado, de modo rudimentario, la de Bayona. De modo particular, afinó las reglas del debido proceso. Para el momento en que se dictó, 1812, significó un paso en adelante.

15. Clavero, Bartolomé, Cádiz como Constitución, ob. cit., p. 126.
16. Clavero, Bartolomé, Cádiz como Constitución, ob. cit., p. 198.
17. Sobre el "panegirismo" gaditano, ver Marchena Fernández, Juan, La Constitución de Cádiz y el ocaso del sistema colonial español en América, en Constitución política de la Monarquía española. Estudios, ob. cit., t. I p. 135.

El diseño de la magistratura constitucional no fue claro ni armónico en la Constitución gaditana. En conclusión, parecía que el órgano máximo de la jurisdicción constitucional era un cuerpo sustancialmente "político" (las Cortes), y no el Tribunal Supremo de Justicia. Ello es así porque las Cortes dirimían, en definitiva, las "consultas" del Tribunal Supremo en materia de interpretación legal (¿también constitucional?), y contaban con poderes indefinidos, para asegurar la "observancia" de la Constitución, instados mediante una aperturista denuncia, acción o reclamo popular para presentar, ante ellas, las quejas de los ciudadanos. Pero el Tribunal Supremo, a su turno, y por su lado, operaba también con un "recurso de nulidad" que (si se lo interpretaba con laxitud), lo podía hacer coprotagonista, según vimos, y como ente judicial, del control operativo de constitucionalidad. Esto lleva a pensar, a algún autor, como ya vimos, que tanto las Cortes como el Tribunal Supremo podían perfilarse, cada uno en lo suyo, como una suerte de tribunal constitucional.

¿Implicaba esto un sistema dual o híbrido de control de constitucionalidad? La abundancia de dudas sobre los alcances de aquellos mecanismos procesales e institucionales, y la falta de experiencias concretas en la materia, impidieron superar este último y gran interrogante.

En un orden paralelo de ideas, dentro de los "procesos constitucionales" del momento, aparte de los citados (la "consulta" del Tribunal Supremo, el "recurso de nulidad" ante el mismo, y la denuncia, acción o reclamo de observancia constitucional ante las Cortes), queda pendiente otra incógnita: la existencia, en la Constitución, del hábeas corpus.

Desde luego, apreciado globalmente, el sistema planeado por la Constitución de 1812 no se caracteriza por definiciones nítidas ni interrelaciones perfectas. En cambio, abundan las incertidumbres, los desajustes y las conjeturas. Por supuesto, no corresponde juzgarlo con severidad, ni con los ojos del presente: ello sería una imperdonable miopía jurídica. Cabe una lectura reduccionista, reacia a descubrir en él un genuino sistema de control de constitucionalidad, siquiera moderado. Pero tampoco, admitiendo lo polémico del tema, puede descartarse otra, que detecta en la constitución, en estado larval, ingredientes germinales de tal control, si es que sus operadores, con tiempo y voluntad, hubieren podido realizar una interpretación evolucionista y dinámica de los textos bajo examen. Los tiempos abortaron tal posibilidad.

De todos modos, cabe ponderar a Cádiz como una propuesta bienintencionada, en los albores del control de constitucionalidad (*Marbury vs. Madison* se había dictado solamente ocho años antes, y en una atmósfera jurídico-política muy distinta), no acabada ni impecable, pero con muchos ingredientes positivos (en particular, en materia de garantías procesales), rescatables para la lenta y trabajosa formación del derecho procesal constitucional, pieza vital del Estado de derecho.

La Evolución Constitucional en el Panamá Republicano.

Oscar Vargas Velarde

El devenir del Derecho Constitucional en el Panamá republicano debe examinarse en función de los derechos consagrados y de las instituciones comprendidas en las Constituciones Políticasde 1904, 1941, 1946 y 1972, "que fueron el producto de la creatividad del liderazgo político, para enfrentar los retos de la época y no sólo para calmar una tempestad coyuntural"[1]; del mismo modo, debe examinarsea la luz de sus actos reformatorios; pues unas y otros, con sus diversos avances políticos, económicos o sociales, han servido de paradigma al Estado y a la Nación a todo lo largo del convulsionado siglo XX y de los años que corren en estos inicios del siglo XXI.[2]

Pero, además, vale la pena examinar este acontecer constitucional al tenor de la concepción de varios de los hombres públicos que, con sus aciertos y con sus errores, a través de nuestra historia republicana,han incursionado en el universo de las ideas para explicar los derechos y las instituciones que deben cobijar a los panameños.

I. La Constitución Política de 1904

La génesis de la Constitución de 1904 fue la independencia de Panamá de Colombia el 3 de noviembre de 1903. Este hecho trascendental dio paso inmediato a la elección de la paritaria (igual número de liberales y conservadores) Convención Nacional Constituyente, la que, tras escoger a sus dignatarios, autorizó al doctor Pablo Arosemena, su Presidente, a designar una Comisión compuesta de un convencional por cada provincia, que recayó en los comisionados doctor Ciro Luis Urriola, doctor Julio Icaza, doctor Emiliano Ponce J., señor Nicolás Victoria Jaén, señor Aristides Arjona, doctor Rafael Neira y señor Juan B. Amador G., y que presentó como proyecto para la discusión la Constitución colombiana de 1886, "con ligeras modificaciones". Después del primer debate, el texto fue encomendado al estudio

1. GIANNAREAS, Jorge. "Liderazgo político y nueva Constitución", en El Panamá América, Panamá, martes 21 de octubre de 2003.

2. El desarrollo de este trabajo es una versión corregida, aumentada, enriquecida y actualizadade la apretada síntesis referente a la evolución del Derecho Constitucional, contenida en mi ensayo El Derecho en Panamá: su evolución (1903-2003). Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá,2003, publicado con motivo del Centenario de la República de Panamá.

de una Comisión formada por los convencionales Heliodoro Patiño (liberal) y Aurelio Guardia (conservador). Concluido el segundo debate, se sometió a la Comisión de Redacción y Revisión integrada por los convencionales doctor Luis De Roux (Presidente), doctor Julio Icaza y señor Manuel S. Pinilla. Luego fue considerado por los constituyentes, quienes lo aprobaron por unanimidad.[3]

Esta Ley Fundamental, producto de la transacción política entre los partidos Liberal y Conservador siguió los lineamientos de la mencionada Constitución colombiana, la de los doctores Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, la de la "Regeneración", con vigor en Panamá por 17 años, aunque se alejó de su modelo en los asuntos autoritarios y clericales, y formuló una concepción de corte netamente individualista, que otorgaba el predominio de los intereses de los particulares sobre los intereses estatales.

Los derechos individuales reconocidos fueron los siguientes: igualdad ante la ley, derecho de petición, prohibición de la esclavitud, reconocimiento de las personas jurídicas, derecho de reunión, libertad de tránsito, debido proceso, hábeas corpus, libertad de oficio o profesión honesta, libertad de cultos, libertad de pensamiento, inviolabilidad de correspondencia, irretroactividad de la ley, salvo en materia criminal, derecho de propiedad, prohibición de monopolios oficiales, derecho de autor o de invención y prohibición de pena de confiscación de bienes, entre otros.

La Constitución estableció el gobierno republicano y democrático, instauró el régimen presidencial y el sufragio universal, y constituyó los tres poderes del Estado: el Poder Legislativo (unicameral), el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. El Presidente de la República se elegíaen forma indirecta por un período de cuatro años y podía ser reelegido. El Poder Legislativo se denominó Asamblea Nacional y lo integraban los diputados, que se seleccionaban mediante votación popular cada cuatro años, con posibilidad de reelección. Estos se reunían cada dos años, sin necesidad de convocatoria. El Poder Judicial estaba formado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales subalternos, los juzgados ordinarios y los demás tribunales creados por la ley. El Ministerio Público lo ejercíael Procurador General de la Nación, nombrado por cuatro años, los fiscales, los personeros y los demás funcionarios que designara la ley.

El artículo 136 autorizó la intervención militar del gobierno de los Estados Unidos de América en cualquier punto del territorio nacional para restablecer la paz pública y el orden constitucional, si hubiere sido turbado,

3. Cfr. VÁSQUEZ GARCÍA, Juan (Doctor en Derecho y Ciencias Políticas y Convencional por la provincia de Los Santos). "Historia de la Constitución", en La Constitución de la República de Panamá. Edición de las Bodas de Plata, compilada y revisada por el doctor Luis De Roux (Presidente de la Comisión de Revisión de la Constitución en la Convención Nacional Constituyente), Panamá, 1929. Cfr. asimismo DE ROUX, Luis. "Cómo se hizo la Constitución de Panamá", en el semanarioGráfico, Panamá, sábado 3 de noviembre de 1928, p. 13, reproducido por la Revista Épocas, segunda era, N°5, año 18, Panamá, mayo de 2003, p. 5.

en vista de que mediante el Tratado Hay-Bunau Varilla la naciente República de Panamá aceptó que aquella nación garantizara su independencia y su soberanía (esta obligación fue suprimida por el Tratado Arias-Roosevelt, suscrito en 1936).

De manera muy peculiarcreó el Tribunal de Cuentas de la República de Panamá, que había funcionado antes en el Estado de Panamá (1855-1863) y el Estado Soberano de Panamá (1863-1885). El artículo 67, numeral 5, de la Constitución dispuso que, entre las funciones administrativas de la Asamblea Nacional, se encontraba lade nombrar los jueces del Tribunal de Cuentas.Con fundamento en dicha normas, se promulgó la Ley 56 de 25 de mayo de 1904, que creó y organizó el Tribunal de Cuentas.

Esta Carta Fundacional, como método de reforma constitucional,requirió la aprobación de dos Asambleas consecutivas, fórmula rígida seguida *ad pedem litterae* por las Constituciones de 1941 y 1946, así:

> "Artículo 137. Esta Constitución será reformada por un acto legislativo expedido en forma legal, transmitido por el Gobierno a la Asamblea Nacional ordinaria subsiguiente para su examen definitivo, debatido de nuevo por ésta y aprobado por dos tercios del número de miembros que compongan la Asamblea".

La Constitución Política fue enmendada, sin cambiar su espíritu, en varias oportunidades. En este sentido, se modificó la estructura político-territorial de la República, al dividirla en provincias y municipios; la ley podía crear comarcas y aumentar o disminuir la cantidad de provincias o municipios; se le concedió al Presidente de la República la atribución de conceder indulto a los responsables de delitos políticos y conmutar y rebajar penas con arreglo a la ley que regulara el ejercicio de esta facultad; se abolió la pena de muerte; se estableció la libertad de oficio y profesión honestos para los cuales se fuere idóneo;se instituyó la elección directa del Presidente de la República; se instauró la representación proporcional en los cargos de elección; se indicó la representatividad de los diputados en función de los círculos electorales y la cantidad de habitantes;se reguló que la Corte Suprema de Justicia se integraría de cinco magistrados nombrados uno cada dos años por un periodo de diez años; se prohibieron otros juegos de suerte y azar distintos a los permitidos por la ley, etc.

El doctor José Dolores Moscotevenía denunciando desde la década del veinteel carácter vetusto de la Constitución de 1904, la que incluso cuando fue promulgada "hacía años que el individualismo político y económico había sido sometido en todo el mundo culto a una crítica severa que lo había resquebrajado totalmente". Además: "si las bases filosóficas y jurídicas no responden del todo a las necesidades públicas de la época, raro sería que tuviesen la elasticidad adecuada para afrontar las exigencias del

progreso político, social y económico que, como resultado de la independencia conquistada, era de esperarse que vinieran después..."[4]Para este profesor de Derecho Constitucional, las otras causas del colapso de esta Carta, eran lassubsiguientes:

> "la inadecuada formulación de los derechos individuales; la ausencia de derechos sociales; la carencia de auténticas garantías jurisdiccionales con respecto a aquéllos; la claudicante organización electoral; la imposición de un exagerado centralismo administrativo; la incompleta estructuración del órgano ejecutivo; el cual -según demostraba- funcionaba, en muchos aspectos, extraconstitucionalmente; y, en fin la defectuosa formación del órgano legislativo que -decía- era '...completamente incapaz de ejercer las primordiales atribuciones de fiscalizar al Ejecutivo y de expedir las ordenaciones que requiere el Estado moderno, que, ante todo, pide leyes eficaces de servicio público'".[5]

En la década del treinta el movimiento reformista cobró auge. A la faz del país fueron presentados cuatro proyectos para el reemplazo de la Carta de 1904,con resultados frustráneos, a saber: el de la Comisión creada por la Ley 25 de 1932 y nombrada por la Asamblea Nacional, el del doctor Galileo Solís, el del diputado Jacinto López y León, y el del licenciado Fabián Velarde.

El presidente Juan Demóstenes Arosemena, jurista de profesión, en su anuncio a la Asamblea Nacional, contenido en su Mensaje Presidencial del 1° de septiembre de 1938, de que presentaría a la consideración de ese Órgano del Estado el Proyecto de nueva Constitución Nacional,[6]elaborado por el licenciado Fabián Velarde, Abogado Consultor de las Secretarias de Estado, explicaba el carácter anticuado del Estatuto Constitucional y la necesidad ineludible de adecuarlo a los nuevos tiempos, del modoconsiguiente:

> "Desde hace algún tiempo voces autorizadas vienen poniendo de manifiesto la necesidad de una reforma constitucional que ponga nuestro Estatuto en armonía con el Derecho Constitucional moder-

4. MOSCOTE,José Dolores. Introducción al Estudio de la Constitución. Panamá, 1929. Previamente, cfr. Orientaciones hacia la reforma constitucional.Panamá, 1924. Y a finales de la década siguiente: Estudios Constitucionales. Universidad Nacional de Panamá, Panamá, 1938. En este caso, se trata de dos estudios: Proyecto de Nueva Constitución Nacional del licenciado de Fabián Velarde y La nueva Constitución brasileña.

5. QUINTERO, César. "Aportes fundamentales del doctor Moscote al constitucionalismo panameño", en Lex N°12, segunda época, año IV, Revista del Colegio Nacional de Abogados, Panamá, enero-abril, 1979, p. 41.

6. VELARDE, Fabián. Proyecto de nueva Constitución Nacional. Imprenta Nacional, Panamá, 1938.

no y al mismo tiempo se ajuste a la realidad de nuestro país. Ese clamor tiene plena justificación. La Constitución de 1904, calcada de una colombiana confeccionada hace medio siglo, pudo haber llenado su cometido satisfactoriamente en aquellos tiempos, pero antes las grandes transformaciones que han sufrido las relaciones políticas y económicas de gobernantes y gobernados con posterioridad a la guerra mundial, nuestra Carta Magna ha quedado incapaz para sentar la organización de un Estado que aspire a estar al día con el progreso y la evolución social. Como las necesidades que van surgiendo y las conquistas que se van haciendo definitivas se imponen en los pueblos por encima del derecho escrito, ya sea violándolo en su letra o en su espíritu, ya extorsionando su verdadero contenido, ha resultado de ahí el número de leyes que tenemos en pugna con la Constitución que nos rige así como instituciones públicas que están al margen de aquella porque la necesidad o la conquista ha sido un hecho muy posterior a la confección de nuestro Estatuto, imposible, por consiguiente, de que sus autores la previeran".[7]

El Proyecto del licenciado Fabián Velarde fue remitido a la Legislatura de 1938, -que si lo aprobaba en tres debates -solo le impartió el primer debate- se presentaría a la consideración de la primera Legislatura (1940) de la próxima Asamblea (1940-1944), "pues es el deseo del Poder Ejecutivo que esta reforma de carácter trascendental se lleve a cabo dentro del estricto marco constitucional, como lo merece el documento más importante para la vida de nuestra república".[8]

En el diario El Panamá América, el abogado Velarde formuló una declaración en los términos expuestos a continuación:

"Cuando comencé a trabajar en este asunto de la Constitución (…) comprendí la imposibilidad de una reforma parcial. Hubiera caído en el grave riesgo de romper la unidad ideológica de un documento que ante todo debe tenerla. Además, a ningún conocedor del Derecho Constitucional se le oculta que nuestra Constitución vigente se hizo de acuerdo con las teorías que en esta ciencia imperaban hace cincuenta años. El Derecho Constitucional ha sufrido una evolución no meramente de forma sino de fondo capital, en la última época, sobre todo después de la Gran Guerra. Y de conformidad

7. Citado por VARGAS VELARDE, Oscar. Fabián Velarde. Un espíritu renacentista (1898-1946). Visión de Panamá en la primera mitad del siglo XX. Biblioteca de Autores Panameños, Cultural Portobelo, Panamá, 2010, p. 120.

8. "Concluido el proyecto de nueva Constitución en la edición de mañana publicaremos el texto íntegro", en El Panamá América, Panamá, jueves 25 de agosto de 1938, primera plana.

con esta nueva norma creía yo que debía laborar. Para ello era imprescindible crear y no apuntalar lo ya creado y que se derrumba por viejo.
El proyecto de constitución que presenta el Poder Ejecutivo a la Honorable Asamblea Nacional, al que he consagrado ocho meses de intenso trabajo (…) es de esencias netamente liberales y democráticas, alejado de todos los extremismos de izquierda y de derecha ni fascista ni comunista. Apreciaré y acogeré cuantas críticas se me envíen por parte de personas autorizadas. Y en las columnas del 'Panamá América' verán la luz. Terminado el Proyecto me ocupo en la actualidad de redactar una exposición de motivos en la que aparecerán las razones en que se basan las nuevas disposiciones constitucionales."[9]

En la Exposición de motivos, el licenciado Velarde argumentaba sobre las bases fundamentales yla filosofía política del Proyecto, así:

"La eficiencia de una Constitución no depende solamente de la doctrina que la inspira, por más atractiva o conveniente que ésta nos parezca en el mundo abstracto de la reflexión. Un Estatuto será tanto más eficaz, tanto más fecundo en bienestar social, cuanto mayor sea el acierto que se logre al ajustar la doctrina a la realidad concreta, al medio, es decir, a las condiciones peculiares del país y a la psicología, tradiciones y capacidad asimiladora del pueblo.
Los dos elementos, pues, deben concurrir en la formación de todo juicio crítico sobre el proyecto constitucional. La doctrina y la realidad de nuestro país han de constituir dos luces imprescindibles con que alumbrar su percepción analítica. Sin la primera, se corre el riesgo de precipitar juicios inexactos, sobre todo por parte de aquellos que por edad, temperamento u otras causas adolecen de la manía de asustarse ante toda innovación, tanto más, cuanto más se aparte ésta de lo tradicional, de lo clásico, de lo que ellos creían o conocían como lo mejor. 'Es una Constitución socialista' nos dicen que andan por allí algunos susurrando asustados ante el Capítulo de las Garantías Individuales y Sociales. Mientras que otros, al observar que se robustece el Órgano Ejecutivo la califican de 'fascista'. Ambos juicios hacen sonreír. El proyecto es esencialmente democrático y liberal. Sin caer en las utopías del socialismo ni en la brutal dictadura del fascismo, la savia democrática que corre en todo su articulado lleva, sin embargo, las adiciones que la vida ha impuesto y las rectificaciones que el tiempo y la experiencia han

9. Ibídem, p. 5.

hecho necesarias, precisamente para robustecer la Democracia y salvarla, como se salvará, de la crisis que le han causado los gérmenes patológicos de los regímenes totalitarios.
Junto a la doctrina ha de tenerse siempre presente la realidad concreta. Nunca se insistirá bastante sobre este punto, porque es una característica muy nuestra el enamorarnos de organizaciones e instituciones, traerlas por los cabellos e incrustarlas, ajusten o no, a las condiciones peculiares de nuestro país. En el transcurso de nuestra vida nacional sobresale como causa generadora de todos nuestros errores la ausencia de dos sentidos; el de la previsión y el de las proporciones. Desde 1903 para acá hemos actuado atolondradamente, sin preocuparnos por tomar medidas para el futuro ni detenernos a escrutar, hasta donde ello es humanamente posible, las proyecciones que un paso de trascendencia nacional puede alcanzar en las generaciones del porvenir. Y en la adopción de organizaciones e instituciones con harta frecuencia nos olvidamos de que somos un paisecito tristemente desolado, cuyo medio millón de habitantes constituiría la población de una ciudad pequeña de cualquier país del mundo, sin vida económica propia, de cultura incipiente, pueblo cuyas tres cuartas partes tienen todavía aquí, en el puente del universo, donde por necesidad la civilización nos visita, un standard de vida semi-primitiva.
Doctrina y realidad concreta. Con estas dos antorchas, una en cada mano, entremos a examinar en sus bases fundamentales, como corresponde a una EXPOSICION DE MOTIVOS, la nueva estructura constitucional".[10]

Lo cierto es que antes de que dicho Proyectoentrara a la palestra públicael debate sobre la Constitución Política se había caldeado. En el año anterior,figuras del proscenio político profirieron mayoritarias y juiciosas opiniones en pro de su reforma o de su subrogación, si bien no había consenso en torno al método; mientras que otras figuras dudaban de la voluntad nacional en uno u otro sentido y otras la defendieron vehementemente.

Así, el licenciado Víctor M. Villalobos estaba de acuerdo con la reforma de la Ley Fundamental porque el régimen constitucional no respondía ya a las necesidades sociales, económicas y políticas del país. En este orden de ideas, este abogado exteriorizaba:

"La Constitución de Panamá está inspirada en la filosofía individualista de la Ciencias Política del siglo XVIII, como estuvo inspi-

10. VELARDE, Fabián. "Exposición de motivos sobre el proyecto de nueva Constitución Nacional I", en El Panamá América, Panamá, jueves 8 de septiembre de 1938, p. 2.

rado todo el movimiento Constitucionalista y de Derecho Público de la Época".

"De ahí que digamos que el régimen constitucional escrito de Panamá no responde ya a sus necesidades sociales, económicas y políticas; porque frente a ese avance precipitado del progreso en todos los órdenes de la vida Institucional, tropezamos con una Constitución que si bien fue el producto de una labor patriótica, que nadie niega, sí fue una obra inconsulta y precipitada, hecha de retazos de otras Constituciones. Y, es por lo tanto, huérfana de una estructura armónica en su conjunto integral y contraria hoy a las concepciones modernas de la Sociedad y el Estado".

"Por consiguiente, se hace necesario reformar con urgencia, el régimen constitucional escrito que nos rige para ponerlo a tono con nuestras necesidades sociales, económicas, financieras y políticas; y, podamos dictar leyes más en consonancia con los problemas que confrontamos, que propendan a sentar las bases sólidas de un orden adecuado, que sea una legislación armónica que tienda a coincidir hacia un mismo centro para que con elevado patriotismo podamos desarrollar todas las iniciativas de reformas vitales que son necesarias para ponernos de acuerdo con nuestra vida Institucional y nuestro progreso.

Tenemos que rectificar errores, purificando nuestro Gobierno Democrático, orientándonos hacia un principio de jerarquía selectica, posible dentro del régimen democrático".[11]

El doctor Julio Arjona Q. se encontraba así mismo afiliadoa la reforma constitucional,en vista del arcaísmo de la Carta de 1904. Según este letrado:

"Lo anteriormente expuesto nos está diciendo a gritos la necesidad imperiosa que tenemos los panameños de reformar nuestra Constitución, documento que, si bien inspirado en hora solemne para esta tierra, y, más que todo, patriótico, adolece ya, hoy por hoy, de anquilosis y decrepitud -si se nos permite la frase-, una vez que fue producido en horas de agonías, y ya que con el transcurso de treinta y cuatro años algunas de sus disposiciones dejan de ser aplicables e inoportunas. El estatuto de nuestra Constitución resulta en su conjunto muy alejado de la consonancia que debe exhibir con los adelantos de los días que corren en todas las ramas de la ciencia humana.

11. VILLALOBOS, Víctor M."El régimen constitucional escrito de Panamá no responde ya a sus necesidades sociales, económicas y políticas", en El Panamá América, Panamá, jueves 8 de julio de 1937, p. 2.

Que algunos ciudadanos aboguen para introducir las reformas necesarias a la Constitución por una Asamblea Constituyente, y otros por que se esté a lo dispuesto en el artículo 137 de la misma Carta Fundamental, nada dice contra la tesis planteada de la necesidad urgente de la reforma: lo exigen como un alud incontenible las corrientes de la civilización moderna que, hora tras hora, besan ya nuestros aledaños; y debe practicarse esa reforma sin pérdida de tiempo, hasta poner nuestra la básica muy a tono con los adelantos del siglo, ya que nos lo hacen viable también las leyes 46 de 1932 'por lo cual se crean comisiones permanentes de la Asamblea Nacional', y 25 del mismo año que nos indica la forma de estudiar y considerar todas las reformas constitucionales que en el curso de las labores de la Asamblea Nacional sugiera la prensa o proponga por escrito cualquier ciudadano".[12]

En torno al contenido de dicha reforma, el doctor Arjona Q., consideraba:

"La reforma constitucional en este país está siendo objeto de estudio y comentarios - favorables unos, adversos otros-, por parte de algunos LEADERS de partidos políticos y de la prensa local, desde el punto de vista del nuevo orden jurídico-social que debe encarnar una adaptación científica y más en consonancia con los principios democráticos de la República, de los derechos que deben ser reconocidos e implantados como CANON de justicia universal por las nuevas orientaciones que deben ponerse en vigencia de la función social del Estado".

"'La reforma constitucional en Panamá puede diferir del experimento mejicano en que no va a ser una sustitución de los principios democráticos, sino una adaptación y una incorporación a ellos de los postulados de justicia social y de los modernos conceptos de la función estatal frente al individualismo y frente a la colectividad".

"Las reformas de la evolución mejicana, como lo establecen los mismos postulados de ese movimiento dirigido principalmente a buscar la redistribución equitativa de las tierras, han sido proclamadas bajo la definición filosófica, económica y política de las doctrinas socialistas puras que, en tal forma, resultan en muchos casos insolubles en el agua de la esencia tradicional democrática de nuestros pueblos de América. Estos pueblos, aun en aquellos en que predominan accidentalmente los principios conservadores en los gobiernos o en sus instituciones, son medularmente, doctrinariamente liberales por el mismo hecho de ser republicanos.

12. ARJONA Q., Julio. "La reforma constitucional en PanamáII", en El Panamá América, Panamá, lunes, 12 de julio de 1937, p. 2.

El conservatismo de los partidos políticos que así se denominan en el nuevo mundo, es democrático, civilista, individualista, y en muchas partes ha logrado arrebatarle al liberalismo la bandera de las libertades públicas y de la igualdad ante la Ley'". Doctrinariamente hablando, por ejemplo, la Constitución actual de Panamá, modelo de instituciones conservadoras, es una constitución, en apariencia, liberal, en el sentido universalmente consagrado de las teorías liberales. Entre el partido conservador y el partido liberal en este país como en todas las repúblicas hispanoamericanas, no ha existido, en verdad de verdad, ninguna diferencia doctrinaria en cuanto se refiere al concepto y a las funciones del Estado, a las teorías económicas y al reconocimiento de las libertades públicas".

"La reforma constitucional en Panamá puede diferir del experimento mejicano que no va a ser una sustitución de los principios democráticos, sino una adaptación y una incorporación a ellos de los postulados de justicia social y de los modernos conceptos de la función estatal frente al individualismo y frente a la colectividad".

"'La reforma en Panamá debe fundir las nuevas teorías juridisociales en los crisoles democráticos del liberalismo tradicional, como en una científica aleación de metales en que el oro sin perder su pureza adquiere nuevos valores, nueva firmeza y nuevas aplicaciones. Por ello es preciso que el liberalismo panameño, como lo ha hecho el colombiano -el primero en el continente-, revise con valor y con franqueza su IDEARIUM y con un criterio de liquidación, supla con él los postulados caducos, cumplidos e inactuales, con otros incorporados en ideologías ajenas, pero susceptibles de adaptar -que no es lo mismo que adoptar-, a la ortodoxia democrática y liberal y de aplicarlos con provecho y sin perturbaciones a la realidad social y económica del país'".

"Por estas razones poderosas y por la afinidad que los imperativos de raza, de religión, de geografía y hasta de historia establece entre las naciones hispanoamericanas, se explica el interés con que la prensa y las estadistas de todos los países de América vienen observando y estudiando, como algo extraordinario y trascendental para el futuro de sus respectivos países, las fórmulas equilibradas, racionales, jurídicas y equitativas de la reforma constitucional en cada uno de ellos. Esa reforma, pues, en la República democrática de Panamá, es ya una necesidad imperiosa, que no nada que se relacione con los intereses bastardos de partido, ni con las ambiciones personales que nada estable edifican".[13]

13. ARJONA Q., Julio. "La reforma constitucional en Panamá I", en El Panamá América, Panamá, domingo 11 de julio de 1937, p. 2.

El licenciado Fabián Velarde, director de *El Panamá América*, en editorial titulado "Constituciones viejas y constituciones nuevas", anotó las deficiencias de la Constitución de 1904 anteel desarrollo económico, social, judicial, legislativo o científico del país, que hacía forzoso su innovación total. Así, entre otras cosas, expuso:

> "La ideología de nuestra Constitución actual está en pugna, por ejemplo, contra la regulación del crédito, la organización de las industrias, el auxilio a los deudores, la rehabilitación económica de los productores al amparo oficial, la industrialización de los bienes públicos, la nacionalización de los grandes servicios, el desplazamiento de los intermediarios en determinadas actividades comerciales y tantas otras medidas, algunas de las cuales han venido adoptándose entre nosotros urgidos por la angustiosa necesidad presente y que han tenido que ponerse en práctica al amparo de las leyes de emergencia y de autorizaciones extraordinarias dadas al Ejecutivo, que la misma Constitución y por ende sus defensores critican de proclives a la dictadura.
>
> Es imposible, como recientemente lo hemos palpado, hacer responder nuestra administración de justicia a las exigencias de rapidez, claridad y eficiencia con un organismo tan desarticulado como nuestro Poder Judicial, basado en la paradoja del juicio escrito en una población no sabe ni leer ni escribir en un sesenta por ciento o más.
>
> Es imposible legislar sobre tanta materia técnica como lo exige hoy la vida de cualquier país civilizado, con un poder Legislativo que se distingue esencialmente por la ausencia de técnicos y hasta meros enterados en las ciencias y las artes que contribuyen hoy vitalmente al sostenimiento y desarrollo de la colectividad.
>
> Y es absolutamente imposible estructurar una orientación económica de la acción ejecutiva, para defensa, conservación y desarrollo de la riqueza nacional, es un país que vive todavía la enervante dejadez de los fisiócratas y cree en el libre juego de la voluntad adquisitiva del individuo, como suprema ley económica, frente a la realidad social contemporánea que le advierte su falacia y le impone su abandono.
>
> Para nosotros, los que creemos que es necesario 'ajustar las ideas a los hechos' como les dijo el presidente Roosevelt a los jóvenes de Milwaukee en agosto de 1935, las constituciones no son viejas ni jóvenes, por el número de años que cuenten, sino adecuadas e inadecuadas. La nuestra no responde a la época en que vivimos y antes que enmendar una estructura inadecuada para que no pueda

soportar el peso de las exigencias actuales, es más cuerdo y más científico, más patriótico y más honrado, construir con materiales de la época, con la técnica de la época y para las necesidades de la época, un armazón nuevo, fuerte y armónico que sirva de base al desenvolvimiento político social de nuestra colectividad en nuestra época.
Enfoquen, pues, como es debido, el punto en debate, con criterio científico y sólido, sin chacoterías ni argumentación superficial, sin suspicacias antojadizas -como aquello de que aquí hay 'lo que se ve y lo que no se ve'- los que quieran alzar la lanza en ristre contra los que abogamos por un cambio integral de la Constitución".[14]

Un panameño bien informado, con el seudónimo de "Un estudiante", en un extenso artículo periodístico planteó lo imperioso de una "nueva y mejor" Constitución Nacional, la cual debía adoptarse por el método de la Asamblea Constituyente opor el método consagrado en la cláusula de reforma. Sus ideas, en suma, son siguientes:

"Panamá necesita una nueva y mejor Constitución. Laactual tiene muchas deficiencias. Esta es una verdad admitida por tirios y troyanos, güelfos y gibelinos. Ya una vez ensayamos justificar, brevísimamente, la reforma de nuestro canon político.
Dos caminos conducen al mismo fin: uno brusco, dinámico, 'vanguardista' si cabe; y lento, prudente, legalista el otro. La 'Constituyente' caracteriza la primera forma; la segunda requiere una tramitación ordinaria, de acuerdo con el ritual jurídico que la propia Constitución señala.Políticos influyentes proponen una reacción inmediata, un cambio rápido.Otros también influyentes aconsejan cordura. Las proyecciones de una Constitución, apenas puede imaginarlas un hombre de tipo medio. Las consecuencias meramente políticas son quizás las menos importantes. Lo vital es la forma como el nuevo Estatuto repercuta en la Economía Nacional. Si una buena estructura política contribuye muchísimo a la felicidad del pueblo, una inadecuada labra irremisiblemente su desgracia.
Sin duda no es conveniente actuar con pies de plomo; pero tampoco ganaríamos dejándonos influir totalmente por la divisa norteamericana: 'Tiempo es oro'".[15]

14. Editorial: "Constituciones nuevas y constituciones viejas", en El Panamá América, Panamá, miércoles 30 de junio de 1937, p 2.
15. UN ESTUDIANTE."Conviene la constituyente?", en El Panamá América, Panamá, martes 20 de julio de 1937, p. 2.

El jurisconsulto y diputado Antenor Quinzada mostraba su conformidad con la reforma integral de la Constitución, mas no por el camino de la Asamblea Constituyente. Al respecto, el doctor Quinzada, además director del periódico *La Tribuna de Panamá*, propuso:

> "Soy partidario de la misma manera como lo son muchos otros ciudadanos de la REFORMA INTEGRAL de nuestra Constitución, pero como sostenedor del orden constitucional y como miembro del Partido Liberal, hoy afiliado al Partido Liberal Unido, que intentó la UNIFICACIÓN DEL LIBERALISMO, repudio la idea que tales reformas deben llevarse a cabo mediante una ASAMBLEA CONSTITUYENTE convocada por EL PODER EJECUTIVO, actualmente constituido o por las Convenciones o Resoluciones de los Partidos Políticos hoy en el Poder, o bien por las Convenciones de todas las facciones políticas militantes en la República, o por medio de las adhesiones de los Consejos Municipales como algunos suspicazmente han pensado forzar una CONSTITUYENTE".
> "(…) durante la Administración del Dr. Harmodio Arias M. la Asamblea Nacional del año 1934 nombró una Comisión para que elaborara un PROYECTO de Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución. Esta Comisión estuvo integrada por personas conocedoras de la materia constitucional y estatal, las cuales eran los doctores Juan Demóstenes Arosemena, miembro del Partido Liberal Nacional y representante del Gobierno del Dr. Arias, actualmente Presidente de la República, Samuel Quintero C., de filiación conservadora, en representación del Colegio de Abogados de Panamá, Rosendo Jurado, miembro del Partido Liberal Doctrinario, diputado, Ricardo A. Morales, miembro en aquel entonces del Partido Liberal Doctrinario, diputado de toda la confianza del Mandatario Dr. Arias, Víctor Florencio Goytía, diputado y miembro del Partido Liberal Renovador, Alfonso Correa García, conservador diputado de oposición lo mismo que el Diputado Goytía y Darío Vallarino, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y de filiación conservadora".
> "Como se puede ver todas las tendencias ideológicas como de círculos estaban representadas. Así mismo participaron en dicha Comisión representantes de todos los Poderes Públicos constituidos. En cumplimiento con el deber, la Comisión presentó a la consideración de la Asamblea Nacional un Proyecto de Acto Legislativo, que abarcaba una reforma integral de la Constitución, proyecto que sólo sufrió el PRIMER debate el día 6 de Noviembre de 1934, y fue archivado sin que hasta la fecha haya salido a relucir, y sin

que se le diera el SEGUNDO Y TERCER DEBATE. Esto consta en los anales de las Asamblea del 7 de Noviembre del año citado, Serie XII No. 29. Si la pasada Legislatura hubiere aprobado o al menos discutido el proyecto de reformas aludido, la Asamblea actual podía haberlo confirmado desde luego, que la mayoría en esta ocasión como en la pasada estaba compuesta de jóvenes amigos de la política de ambos Gobiernos, es decir del Gobierno del Dr. Arias y del Dr. Arosemena".

Sin embargo, "no hay sinceridad en lo relacionado con las reformas constitucionales", pues "(…) yo (…) viendo que el proyecto de acto legislativo fue echado al olvido, preparé y presenté a la consideración de la Asamblea Nacional en sus últimas sesiones, el día SIETE DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS, un proyecto de acto legislativo reformatorio de la Ley Fundamental. Este proyecto lo elaboré inspirado en los Estudios del Doctor Moscote sobre la materia, estudios de todos elogiados, y en el Proyecto de Acto Legislativo, que presentó la Comisión de la Asamblea nombrada para tal fin. Además tomé muchos de los artículos de los postulados de los programas de los diferentes partidos que tomaron parte en las elecciones pasadas, y de estudios especiales que sobre esta materia yo he hecho.

Pero qué sucedió con mi esfuerzo? Algo peor de lo que le sucedió al primer intento de reformar la Constitución de manera integral. Ni siquiera fue en orden del día y menos discutido a pesar de que yo hice todo esfuerzo…"[16]

El licenciado Abilio Bellido estaba acorde con la reforma de la Constitución, pero no con la "proyectada Constituyente". Este abogado se expresaba así:

"Toma actualidad la consideración de si es o no saludable la formación de una Constituyente que efectúe una labor de poda en nuestra Carta Magna. Para un sector de la ciudadanía ésta ya constituye un andamiaje carcomido y anticuado y procede su completa eliminación. Para otro, la ley de las leyes panameñas no sufre todos los males que se le atribuyen; es fruto del estudio de la experiencia, de los desvelos y el patriotismo de los panameños ilustres -liberales y conservadores-, que a raíz de la creación de la república se reunieron para señalar pautas y normas a la nueva entidad internacional.

El tema ha logrado mayor actualidad por las declaraciones hechas

16. QUINZADA, Antenor. "El diputado A. Quinzada también está de acuerdo con la reforma de la Constitución pero no con la Constituyente", en El Panamá América, Panamá, viernes 2 de julio de 1937, pp. 2 y 3.

últimamente en la población de Chitré por el Secretario de Gobierno y Justicia, don Héctor Valdés, que son del dominio público. Se le ha hecho al asunto más de un comentario, la opinión del país ha comenzado a manifestarse y el "Panamá-América" ha ofrecido sus columnas para recoger esa opinión concediéndole, como es natural, importancia y trascendencia a cuestión de tanta repercusión para el futuro nacional.

Voces más autorizadas que la nuestra ilustrarán con reconocida maestría y habilidad el punto y demostrarán de qué lado está la razón; si de los que aspiran a la sustitución de la obra mayor de los convencionales del 1904, o de los que participan de su continuación.

Creemos sinceramente que antes de pensar en movimientos de cuidado y que no pueden ser hijos de la improvisación, lo prudente es impulsar, sino obligar, a trabajar a los padres de la patria, obligarles a cumplir las funciones que les señala la ley para los períodos de receso. Esa improvisación y esa prisa en legislar son las que conducen el plano de la incertidumbre. Se legisla de carrera, por complacer al Ejecutivo, por servir los intereses de una colectividad o de un amigo, y por eso leyes expedidas hoy demuestran mañana su inconveniente: la ley que autoriza los juegos, expedida hacer unos meses, ya es discutida desde el ángulo de la economía nacional; la derogatoria de la ley Lewis, prohibitiva de la importación, venta y uso de cohetes, revela ya otro inconveniente consistente en que atenta contra la tranquilidad de los asociados; el tema del sufragio popular, a pesar de haber sido considerado por casi todas las legislaturas, no descansa aún en bases firmes e inconmovibles; la inmigración de individuos de ciertas razas, tocada más de una vez por las asambleas, también es y seguir siendo objeto de tráficos turbios; y así muchos problemas que rozan íntimamente los sagrados intereses de la patria no han recibido ni reciben la atención que exigen.

Si la anterior ha sido la característica de los padres de la patria, con contadas excepciones por qué pensar que un grupo de ciudadanos constituidos en Convención o Constituyente va a proceder de modo distinto de ese otro grupo que periódicamente integra nuestras Asambleas? Preferible es seguir el ritmo actual. Por lo menos se evita la intranquilidad del país, intranquilidad que sobrevendría por un gran cúmulo de razones, entre otras la de una nueva agitación política".[17]

17. BELLIDO, Abilio. "Abilio Bellido no está de acuerdo con la proyectada Constituyente pero sí en lo de la reforma de la Constitución", en El Panamá América, Panamá, jueves 1° de julio de 1937, p. 2.

El licenciado Galileo Solís se decantaba por modificar la Constitución, aunque fuere integralmente, por conducto de la cláusula de reforma; en ningún caso por una Asamblea Constituyente, pues ello sería un golpe de Estado. Sobre el particular, el legista Solís opinaba:

> "Sólo hay dos modos de llevar a cabo una reforma constitucional integral, a saber: desechando la Constitución existente y constituyendo un Gobierno de facto que convoque el país a elecciones para designar una Asamblea o Convención Constituyente; o reformando la Constitución por los mismos medios que la Constitución prevé para ese objeto.
> El primer modo implica un golpe de Estado, implica el establecimiento de un Gobierno de fuerza que sólo se sostenga por medio de la violencia y supone llevar al país a un período más o menos largo en que la vida pública y privada se desenvolvería sin pauta constitucional alguna, con los consiguientes conflictos, zozobras e inquietudes nacionales, por decir lo menos.
> El primer modo es básicamente antidemocrático y sólo podría tener explicación después de un movimiento revolucionario en que el pueblo mismo se levantara contra sus Gobernantes, los desposeyera del Poder Público y resolviera darse una nueva Constitución para el futuro. Este procedimiento, pues, tiene explicación y así lo enseña la Historia cuando surgen revoluciones populares y movimientos de masas en subversión. Pero, usar ese procedimiento en época de calma y de tranquilidad política, equivaldría a un golpe de Estado que el Gobierno se daría así mismo. Sería más bien un abuso del Poder que una reivindicación democrática de las masas.
> El procedimiento viable es, pues, el segundo, es decir, el que señala el Artículo 137 de la Constitución actual (…)".
> "Para llevar a cabo, pues, la reforma integral de la Constitución es necesario preparar un Acto Legislativo que contenga íntegramente el texto de la Constitución tal como debe quedar con todas las reformas aceptadas, hacerlo aprobar por la Asamblea Nacional, que el Gobierno lo transmita a la Asamblea Nacional ordinaria subsiguiente y que ésta vuelve a aprobar dicho Acto Legislativo por el voto de los dos tercios de sus miembros.
> Hecho esto el resultado práctico obtenido será el de que al entrar en vigor el Acto Legislativo en cuestión, quedaría la República dotada de una Constitución totalmente nueva, que es el fin que debe perseguirse".[18]

18. SOLÍS, Galileo. La reforma constitucional 1937. Imprenta Nacional, Panamá, 1938, pp. 259 y 260.

"En cuanto a las innovaciones que deben introducirse a la Constitución para ponerla a tono con los avances de las ciencias sociales, políticas y económicas, -proseguía-he seguido el plan de adoptar todas las conquistas que la humanidad ha alcanzado en los campos de esas ciencias, dándoles cabida dentro del texto constitucional, pero no en forma rígida, sino dando amplitud al Legislador para aplicar en la práctica esas conquistas en mayor o menor extensión según la conveniencia general y, sobre todo, según la reacción favorable o desfavorable con que la opinión pública reciba la aplicación de las nuevas doctrinas en cada caso"."Además, este plan tiene la ventaja práctica muy importante, de que reducirá la importancia y amplitud de los debates en que se discutan las reformas, toda vez que gran parte de la materia a discutir por razón de dichas reformas quedará a la consideración posterior del Legislador cuando éste entre en la labor de expedir las leyes nuevas en desarrollo de los nuevos preceptos constitucionales, lo que facilitará el pase de las reformas en la Asamblea".[19]

En este orden de ideas, el licenciado Solís realizó una publicación, dividida por razones de método en cuatro partes, que contenía lo transcrito subsecuentemente:

"PRIMERA PARTE. -Un estudio detallado, artículo por artículo, de la constitución, de las reformas introducidas a la misma y de las reformas propuestas.

SEGUNDA PARTE. -Reformas en los epígrafes de los Títulos en que se divide la Constitución y en la ordenación de los Títulos.

TERCERA PARTE.-Texto de la Constitución tal como quedaría si se adoptaran todas las conclusiones a que se llega en las Partes Primera y Segunda: y,

CUARTA PARTE. -Proyecto del Acto Legislativo que sería necesario aprobar para la adopción del texto nuevo de la Constitución".[20]

El diputado Jacinto López y León, abogado y miembro principal del Directorio Nacional del Partido Liberal Nacional, manifestó su rechazo a una Asamblea Constituyente y apegado al artículo 137 presentó a su colectivo político un Acto Legislativo, "que reforma y adiciona la Constitución Nacional"; se trata en realidad de un proyecto de reforma total de la Carta de 1904. Este abogado, en carta dirigida al doctor Nicolás A. Solano, Presidente del antedicho Directorio, indicaba:

> "Cuando en memorable banquete, los señores Lic. Rafael Samudio, don Ezequiel Fernández Jaén y Dr. Arnulfo Arias, arremetieron contra nuestra Carta Fundamental y clamaron por una CONSTITUYENTE para sustituirla, en el mismo acto y en asocio con nuestro

19. Ibídem, p. IV.
20. Ibídem, p. III.

estimado amigo y colega H.D. Dr. Octavio Fábrega, discutimos con el Dr. Arias lo PERJUDICIAL, INNECESARIO e INOPORTUNO de tal medida. Sosteníamos en contrario la conveniencia de una reforma integral de dicho ESTATUTO, eso sí, por los mismos medios que éste señala.

Esa actitud nuestra de entonces y la posterior suya como presidente del Directorio Nacional del Partido Liberal, unida a los otros miembros más de esa misma colectividad política, adversa todas a una tan drástica como peligrosa medida, 'ha creado una opinión pública, me dijo Ud. hace pocos días, una confusión tal, que llega hasta el extremo de hacer aparecer a nuestro Partido -en contra de los principios de constante renovación- como obstaculizador o adversario no sólo de la proyectada CONSTITUYENTE, que algunos liberales también propugnan, sino HASTA de la reforma integral de tal documento que todos prohijamos si a ella vamos por los procedimientos que él mismo tiene establecidos. Como esto no es así, me agregó, y yo sé que Ud. tiene en estudio hace algún tiempo un proyecto de reforma sobre la materia para presentarlo a la próxima legislatura, ojalá que lo ordenase y me lo enviara para someterlo a las consideraciones del Directorio Nacional, y si este lo acepta en principio, exponerlo al país como parte del programa que el partido presenta a la discusión amplia de toda la ciudadanía, para oírla y acatarla'.

Accediendo, pues, a sus patrióticos deseos, le remito el referido proyecto, considerando incensario advertirle que de nuestra propia cosecha prácticamente nada hemos puesto. Dada nuestra reconocida impreparación, debíamos ocurrir y así lo hicimos, a personas de autoridad indiscutible en tan compleja como delicada cuestión. Nuestra labor no ha sido más que mecánica y de selección.

Lo fundamental de las reformas lo tomamos de los estudios que sobre la materia ha escrito aquí el único que en este País los ha ahondado con conocimiento e interés: el Dr. J. D. Moscote. En igual forma nos aprovechamos de las que nos parecieron mejores entre las aprobadas por la Comisión de Revisión de la Constitución Nacional que integraron los doctores J.D.Arosemena, Víctor F. Goytía, Ricardo A. Morales, Alfonso Correa García, Darío Vallarino y Samuel Quintero C., abogados notables y de reconocida versación en tan importantísima rama del Derecho Público. Estimamos conveniente también incluir varias de las reformas consideradas y aprobadas últimamente por el Congreso de Colombia en lo que ellas tienen de adaptables a nuestras instituciones y a nuestra realidad nacional".[21]

21. Cfr. LÓPEZ Y LEÓN, Jacinto. "Proyecto sobre la Constitución del H.D. López y León", en El

El licenciado Camilo López P., ante la falta de un amplio debate nacional, dudaba de que existiera el ambienteen la ciudadanía panameña para prohijar una nueva Constitución. En esta línea de pensamiento, se expresaba de la manera siguiente:

> "Si la idea de reunir una Constituyente que cambie la Ley Fundamental de la Nación por otra que esté más en consonancia con el momento en que vivimos, no ha merecido el apoyo unánime del país, no es sin duda alguna, porque el pueblo se aferre a una Constitución que puede tener grandes defectos.
> Es porque claramente se ha visto que se quiere reunir una Constituyente sin antes llevar a cabo un debate nacional en el cual se recojan los conceptos de los hombres más autorizados en materia de esta clase. Es porque nada más se oye hablar de la Constituyente, sin antes haberse hecho un estudio profundo de la Constitución que nos rige, para que el país se entere de sus defectos y pese si es o no conveniente reformarla o sustituirla completamente por otra mejor que también debe tenerse escrita ya a estas horas. Por no haberse hecho así es por lo que parece que más interés hay por la CONSTITUYENTE que por la misma CONSTITUCION.
> No compartimos el criterio de que las Constituciones sean sagradas y no deban reformarse a medida que van operándose cambios fundamentales en la sociedad; pero en tiempos normales debe privar el principio de respeto a la Carta Magna de la Nación, y no se ose reemplazarla caprichosamente, sin que medie un sacudimiento radical que oriente e inspire a la nación por otros derroteros y otras normas de vida, y se justifique entonces una nueva Constitución.
> Por otra parte, nuestra Constitución Nacional puede ser reformada ampliamente; tanto, que puede abarcar en sus reformas todas las nuevas doctrinas y principios que hoy prevalecen y se consideran como pasos de avanzada en la vida actual. El artículo 137 dice que "podrá ser reformada por un acto legislativo expedido en la forma LEGAL', etc. etc. No pone trabas de ninguna especie en cuanto a las reformas, pueden ser todos sus artículos si fuera del caso; eso sí, -y nuestros convencionales de 1904 dieron una prueba más de previsores -se requiere de manera expresa que sea en forma LEGAL, y aprobada por dos asambleas, dando de este modo tiempo suficiente para estudiar con todos sus detalles pasos tan importantes, y no se hicieran reformas tan precipitadamente, pues hay que ver que el carácter de las Constituciones responden a principios y normas generales que no pueden ser cambiados de la noche a la

Panamá América, Panamá, domingo 11 de septiembre de 1938, p. 4.

mañana, sino que necesitan un proceso lento que convenza que no se trata de un ensayo, sino de una necesidad imperiosa.
Si ha de hacerse una nueva Constitución porque la actual no responde a los progresos de la ciencia política-social; es decir, sea demasiada vetusta e inspirada en teorías pasadas de moda, conviene destacar que entonces se está pensando en una constitución de corte FASCISTA o BOLCHEVIQUE, pues hacer una constitución inspirada en los mismos principios, con alguno que otro artículo avanzado, es tanto como agregar estos mismos artículos a la actual, evitándose así el enorme e innecesario trabajo de constituyentes, discusiones y expectativas políticas que en nada benefician al país. Porque para una Constitución como las mencionadas, estamos seguros, la nación entera se alarmaría, pues no hay ambiente todavía, para una de carácter siquiera socialista.
Y para terminar, conviene advertirle a los señores de la idea de la Constituyente, que para hacer una nueva Constitución, ley fundamental de un Estado, no basta voluntad, es asunto científico; no es cuestión partidarista se requiere el concurso de toda la nación".[22]

En la otra vertiente, el señor Miguel Amado abogaba en defensa de la Constitución, así:

"(…) las Constituciones han perseguido un objetivo principal: proteger la integridad del individuo contra los excesos del Rey, del Parlamento o del Gobierno. Esta es también la finalidad de nuestra Constitución.
Los convencionales de 1904 no eran intelectualoides ni literatos. Eran hombres de vasta experiencia en los distintos campos de la vida. Todos estaban familiarizados con la política y especialmente con la opresión. Conocían por dura prueba las amarguras de la servidumbre. Sus progenitores se habían batido en los campos de batalla. Ellos se habían terciado un Remington para conquistar la libertad. Después de innumerables privaciones logran finalmente reunirse en asamblea el 13 de febrero de 1904. Acaban de sacudir un yugo pero saben que no basta: quieren consolidar la independencia. Conscientes del acto que están por realizar, invocan la protección de Dios, y despojándose de rencores, ajenos a toda ambición de mando, limpios de compromisos partidaristas, proclaman entonces la Constitución de la República. Cuál es su fin?'Asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad

22. LÓPEZ P., Camilo. "Quiere el país una nueva Constitución?, en El Panamá América, Panamá, viernes 9 de julio de 1937, p. 2.

y para todos los hombres del mundo que habiten el suelo panameño.'

Tan eficaces han sido sus disposiciones, que por 33 años hemos ignorado el oprobio de las tiranías".

"Acusarla de vetusta es ofender la Historia. Si Inglaterra prospera con una organización constitucional que data de 1689; si Francia es antorcha del mundo con una constitución que viene de 1875; si Estados Unidos asombran el orbe con su desarrollo, gracias a una Constitución que cuenta 150 años de existencia, por qué se afirma que la República de Panamá no puede progresar con su Constitución de 1904? Yo comprendería que se dijera: la Constitución tiene faltas y vacíos; vamos a enmendarlos.La Constitución conserva, entre otras cosas, la magistratura inamovible y nombrada por el Ejecutivo. Vamos a elegirla. Se comprendería y se aplaudiría que algunos sostuviesen entonces, por principio, que la justicia debe emanar del soberano, o sea del pueblo, mientras otros adujesen por experiencia, los peligros de los comicios para dejar la magistratura como está. El país comprendería que se debatiese esto y mucho más; pero el país no puede comprender que se diga: la Constitución ha venido iluminándonos y sirviéndonos hace 33 años; acabemos con la Constitución!"[23]

II. La Constitución Política de 1941

La Carta Fundamental de 1941 fue aprobada mediante un Acto Legislativo por la Asamblea Nacional elegida el año anterior, en virtud de un proyecto que le presentara el doctor Arnulfo Arias, Presidente de la República, elaborado por una comisión de diputados y juristas, nombrada a este efecto, dirigida por el diputado José Pezet, Presidente de la Asamblea Nacional y formada por los diputados Fabián Velarde y Roberto A. Jiménez, abogados y los doctores Felipe Juan Escobar y Galileo Solís, también abogados.[24] Una comisión legislativa compuesta de un diputado por cada provincia le introdujo un pliego de 75 modificaciones. Ante la discusión, la modificación y la aprobación del proyecto en el segundo debate, y el trámite del tercer debate, el Presidente de la República, en un "golpe de Estado técnico",[25]se invistió de la "representación Suprema del Estado", derogó la

23. AMADO, Miguel. "En defensa de la Constitución", enEl Panamá América, Panamá, sábado 17 de julio de 1937, p. 2.

24. ARIAS, Arnulfo. "Mensaje a la Asamblea Nacional",Panamá,17 de octubre de 1940, citado por VARGAS VELARDE. Op. cit., p. 181.

25. QUINTERO, César. Evolución constitucional de Panamá. "2ª edición, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1993, pp. 62 y 63.

cláusula de reforma del Estatuto de 1904 y convocó un plebiscito para que la ciudadanía se pronunciara si estaba de acuerdo o no con la nueva Carta, cuyo resultado resultó favorable a esta.

El presidente Arias, luego de jurar el 2 de enero de 1941 la nueva Constitución, en la ceremonia celebrada en el Estadio Nacional, pronunció un extenso discurso que, en entre sus aspectos centrales, explicaba:

> "El acto trascendental que acaban de sancionar nuestros compatriotas por medio de un Plebiscito concebido de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional a un mismo tiempo y realizado con la mayor honradez y el mayor respeto de los ideales republicanos democráticos, será la fuente en que haya de inspirarse en lo sucesivo la legislación Nacional. No pretendemos que, como obra humana que es, esté al amparo de imperfecciones; pero ella responde en sus lineamientos principales, a la necesidad de resolver problemas importantes, trascendentales de la vida pública nacional, que no se hubiesen podido solucionar con las normas de 1904 o sin la violación flagrante de éstas.
> Hemos dicho en varias ocasiones, que nos hubiese sido fácil, en extremo cómodo, gobernar como lo han hecho varios de nuestros antecesores de acuerdo con aquellos preceptos constitucionales, pero nos pareció más que conveniente, necesario y hasta imperativo, sugerir otro, en armonía con la realidad sociológica, étnica, económica, financiera y política que actualmente vivimos, mucho más rica y compleja que la de los albores de nuestra separación de Colombia. Es el punto de partida de la nueva Constitución de la República de Panamá, que nosotros mismos y nuestros copartidarios hemos llamado la Constitución Panameñista. No es esta una designación caprichosa, hija de la fantasía: ella responde a pensamiento que nos es caro a todos los que creemos que Panamá ha pasado ya la etapa de las asimilaciones fáciles o de los tutelajes de fuera, onerosos y humillantes, convencidos de que si el único credo político que ha de prosperar en el país es el Panameñismo, la Carta Fundamental que ahora nos hemos querido dar los hijos del Istmo, en ejercicio del derecho que tienen todos los pueblos libres y soberanos, ha de ser asimismo una Constitución Panameñista".[26]

Esta Constitución se inscribió en la corriente del Estado intervencionista, instituyó la función social de la propiedad, la libertad de contratación sujeta a las limitaciones y las restricciones legales por razones de or-

26. "Promulgada la nueva Constitución", en El Panamá América, Panamá, jueves 2 de enero de 1941, p. 5

den social, la expropiación mediante sentencia judicial y la expropiación por motivos de urgencia (guerras, graves perturbación del orden público, epidemias, desastres, calamidades y otros casos de emergencia que exijan medidas rápidas); le confirió jerarquía constitucional a los partidos políticos, previó los decretos-leyes, creó el régimen provincial con sus Ayuntamientos Provinciales e introdujo las instituciones de garantía (denuncia y consulta de inconstitucionalidad, amparo de garantías constitucionales y la jurisdicción contencioso administrativa) y, a la par de los derechos individuales, la igualdad de los hijos ante la ley, las garantías penales, algunos derechos sociales como la protección de la familia, el trabajo como obligación social y protegido especialmente por el Estado, la reglamentación de la relación entre el capital y el trabajo, el derecho de huelga, la asistencia social y el servicio de la educación nacional.

El período de los cinco Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (con sus respectivos suplentes) fue determinado en diez años, nombrado uno cada dos años. La designación recaía en el Presidente de la República;no obstante, sujeta a la aprobación de la Asamblea Nacional.

El Ministerio Público lo ejercía el Procurador General de la Nación, los fiscales, personeros y los demás funcionarios que designara la ley.Al Procurador General de la Nación y sus suplentes los nombraba Asamblea Nacional por un período de seis años.

Esta Carta llevó al rango constitucional a la Contraloría General de la República, entidad de contabilidad y fiscalización de los fondos y los bienes públicos, creada por la Ley 84 de 1930 (en reemplazo del Tribunal de Cuentas) y hoy en día regida por la Ley 32 de 1984, que en su momento fue complementada por el Decreto de Gabinete N°36 de 10 de febrero de 1990, que creó la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y se le asignaron funciones).Se trata, ni más ni menos, del establecimiento de un Departamento del Poder Ejecutivo, independiente de los Ministerios de Estado, con la misión de fiscalizar y controlar los movimientos de los Tesoros Públicos. Al frente de este Departamento estaba un funcionario denominado Contralor General de la República, quien dependía directamente del Presidente de la República y era responsable ante él. Al Contralor General lo nombraba el Presidente de la República con la aprobación de la Asamblea Nacional, por un período de seis años, dentro del cual no podía ser suspendido ni removido sino por las causas definidas en la Ley.

El doctor César Quintero destacaba la naturaleza social de este Estatuto Constitucional:

> "La carta política de 1941 vino a ser la primera Constitución social panameña. En primer lugar, introdujo varias rectificaciones técnicas con respecto a la terminología que empleaba la anterior

Constitución en lo referente, por ejemplo, a los conceptos de Estado, nación, independencia, soberanía, separación de poderes y otros similares. Mas estas variaciones puramente terminológicas introducidas, según sus preferencias, por los teóricos que intervinieron en la elaboración de dicho documento, no tuvieron, como ocurre en estos casos, importancia real y efectiva. En cambio, sí tuvieron eficaz trascendencia las reformas a la parte dogmática. En esta parte, contenida en el Título III de la Carta, se introdujeron por vez primera en nuestro constitucionalismo, los derechos sociales. Así, este Título, a diferencia del equivalente en la Carta antecesora, se denominó Derechos y Deberes Individuales y Sociales. En consecuencia, dicho Título, además de los clásicos derechos individuales y garantías penales, contenía los derechos sociales de protección a la familia y al trabajador asalariado, así como los referentes a la asistencia social y a la educación nacional como función esencial del Estado".[27]

El doctor Humberto Ricord, en sus conclusiones referentes a esta Constitución social y su efecto beneficioso sobre la legislación derivada, afirmaba:

"Un documento constitucional como el de 1941 dota al Estado de medios bastantes eficaces para contener los conflictos sociales y para asegurar al conglomerado humano sobre el que actúa las condiciones de una porción absolutamente indispensable de bienestar general. El Estado Panameño ya no quedaría ni sordo, ni impasible, ni impotente ante las fuertes controversias y ante los arduos problemas que el desarrollo de nuestro pueblo había venido engendrando.

Ciertamente que la Constitución de 1941 no era un Código perfecto. No solo contenía disposiciones injustas o inconvenientes, sino que omitió materias de necesarísima constitucionalización. Mas colocando sus desaciertos y sus bondades en la balanza de la crítica ceñida al Derecho, resulta una inclinación rápida del lado de aquéllas, hasta el extremo de que en el progreso institucional de la República mucho tendrá que ver el avance que esta Constitución ha significado".

"Las leyes que debían realizar la promesa de las clausulas constitucionales no tardaron. Entre las más importantes cuestiones sobre las que en 1941 se legisló, es bueno recordar las siguientes: la creación de la Caja de Seguro Social, la del patrimonio familiar

27. QUINTERO. Op. cit., pp. 60 y 61.

campesino, el Banco Agropecuario, las becas para estudiantes, la regulación de las relaciones del trabajo, la prestación de los servicios públicos de gas, energía y luz eléctrica, la oficina de control de las empresas de utilidad pública, la nacionalización del comercio, el recurso de amparo de las garantías constitucionales y el régimen provincial".[28]

El texto constitucional eliminó la facultad concedida a los Estados Unidos de América para intervenir en cualquier sitio del territorio de la República en aras de restablecer la paz pública y el orden constitucional cuando hubiere sido turbado.

Taxativamente ordenó la dirección y la intervención del Estado en la economía. Por lo tanto, el Estado podía mediante ley intervenir en la vigencia y la coordinación de las empresas; en la reglamentación de las tarifas de las empresas privadas de utilidad pública, en los precios de los artículos de primera necesidad y en la prestación de los servicios de utilidad pública. Prohibió los monopolios particulares. "Esta disposición, tan lacónica como diametralmente opuesta a la Carta de 1904, quizá defina mejor que todas las demás prescripciones constitucionales la diferencia entre el concepto individualista del concepto social del Estado y del derecho. De acuerdo con la fórmula individualista, todos menos el Estado, podían tener monopolios; según el enunciado social sólo el Estado puede poseerlos".[29]

Uno de sus aspectos al extremo negativos fue su carácter racista -introducido al proyecto durante el segundo debate-, pues impedía la inmigración y la nacionalización a individuos de inmigración prohibida.Sobre el particular, el doctor Jorge Giannareas ha expresado: "La Constitución de 1941 tenía graves defectos; el más prominente es la discriminación contra las etnias afroantillana y china, pues despojaba de la nacionalidad a un número importante de panameños, impedía que sus generaciones más jóvenes se incorporaran a la panameñidad y prohibía y limitaba su ingreso al país. Es allí donde muestra sus colmillos el autoritarismo que es inseparable de aquel proceso constituyente".[30]

Como se expresó antes, en el segundo debate del proyecto de Constitución se incorporaron las disposiciones discriminatorias, que no aparecían ni en el proyecto original ni en las modificaciones introducidas por la comisión legislativa que le impartió el primer debate.Cierto es que, según las actas de la Asamblea Nacional, en dicho segundo debate, el señor Ricardo Adolfo de la Guardia, Secretario de Estado en el Despacho de Gobierno y Justicia, hizo

28. RICORD, Humberto. Elaboración del Derecho Constitucional de Panamá. Separata de la Revista Jurídica N°1, Órgano del Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, s.f., p. 11.

29. QUINTERO. Op. cit., p. 61.

30. GIANNAREAS."Liderazgo político…", artículo citado.

la propuesta demodificar el literal b) del artículo 12, de dicho proyecto, en el sentido de "que no serían panameños por nacimiento los nacidos bajo la jurisdicción de la República si uno de los padres era de inmigración prohibida y perteneciera a la raza negra cuyo idioma originario no fuera el castellano". El diputado liberal por la provincia de Los Santos, el licenciado Fabián Velarde, "llamó 'la atención a la Cámara sobre la gravedad de las medidas que se van adoptar', pues el precepto 'sí hace una discriminación de razas'". "Sin embargo, prevaleció en el Pleno la tesis discriminatoria y el literal b del artículo 12 de la Constitución de 1941,quedó así: 'Son panameños por nacimiento; a)... b) Los nacidos bajo la jurisdicción de la República, aunque uno de sus padres fuere de inmigración prohibida, siempre que el otro sea panameño por nacimiento. Esta disposición no se aplicará cuando el padre que fuere de inmigración prohibida pertenezca a la raza negra cuyo idioma originario no sea el castellano'. Además, el diputado Velarde, "Fiel a ese principio de no discriminación estuvo en desacuerdo con la propuesta del diputado chiricano Luis Antonio Guerra, representante del Partido Conservador, quien adicionó un inciso al artículo 22, sobre la inmigración de extranjeros, con las razas que se consideraban de inmigración prohibida, a saber: la raza negra cuyo idioma originario no fuera el castellano, la raza amarilla y las razas originarias de la India, el Asia Menor y el Norte de África". "El diputado Velarde sometió a la consideración de la Cámara un texto que suprimía toda referencia a dichas razas de inmigración prohibida. Sin embargo, el artículo, cuyo número en la Constitución fue el 23, fue aprobado de la forma que sigue: 'La inmigración de extranjeros será reglamentada por Ley, de acuerdo con esta Constitución y con los Tratados Públicos'. 'El Estado velará por que inmigren elementos sanos, trabajadores, aceptables a las condiciones de las vidas nacionales y capaces de contribuir al mejoramiento étnico, económico y demográfico del país. Son de inmigración prohibida la raza negra cuyo idioma originario no fuera el Castellano, la raza amarilla y las razas originarias de la India, el Asia Menor y el Norte de África'".[31]

Estas normas no eran contrarias a la mentalidad del Presidente de la República. El doctor Arnulfo Arias desde 1934 había mostrado su conformidad con las leyes sancionadas en 1926, 1927 y 1928, que prohibían la "inmigración de chinos, japoneses, sirios, turcos, índico-orientales, indioarios, dravidianos y negros de las Antillas y de las Guayanas, cuyo idioma original no sea el Castellano". En una nota editorial del *Boletín Sanitario*, Órgano del Departamento de Sanidad y Beneficencia, titulada "Eugenesia. El mejoramiento de la raza" y redactada por él, a la sazón Jefe de este Departamento, estimaba que "la poca inmigración que hemos tenido ha sido casi en su totalidad constituida por razas consideradas indeseables". "Esto indica -proseguía- que un gran sector de nuestro pueblo siente el anhelo de tomar medidas en contra de la degeneración de la raza, o al menos a obsta-

31. VARGAS VELARDE. Op. cit., pp. 183 y 184.

culizar hasta donde sea posible la entrada al país de razas parasitarias como son las arriba nombradas, que generalmente se dedican al comercio y que tienen un standard de vida inferior al del hijo del país, haciéndose imposible a éste competir honradamente con aquel". Después de discurrir sobre la protección de "nuestra raza indo-española", proponía que "se tomen medidas drásticas". "Es nuestro criterio profesional que como medida de defensa social con miras al mejoramiento de la raza hay que hacer un esfuerzo en pro de la eugenesia que resulta por lo arriba expuesto imperativa a nuestra nacionalidad; hay que estudiar el problema desapasionadamente, serenamente, con la vista fija en el bienestar de las futuras generaciones y que se acuerde y se realice una solución lo antes posible". Las normas constitucionales adoptadascon el tono discriminatorio se encaminaban hacia ese fin y se derivaban de las ideas firmes y claras del Presidente.

Otro de los aspectos al extremo negativos fue la extensión retroactiva del período presidencial y el de los diputados a seis años. El presidente Arias, quien había sido elegido en 1940 por cuatro años, a través de estas medidas constitucionales, de carácter retroactivo, podía ocupar el solio presidencial hasta 1947, ya que de acuerdo con el artículo 196 de la Ley Fundamental el período presidencial que comenzó el 1° de octubre de 1940 duraría hasta el 14 de febrero de 1947. Al igual, los diputados, elegidos por cuatro años, permanecerían en sus cargos, según el artículo 197, desde el 1° de septiembre de 1940 hasta el 1° de febrero de 1947. En conexión con este asunto, el doctor Quintero expresó: "Independientemente del aspecto antiético de esta disposición constitucional *ex post facto*,el periodo presidencial de seis años no ha sido popular en Panamá. Así ocurrió con el gobierno del Dr. Arias, el cual además de semidictatorial, fue personalista. Arias fue derrocado el 9 de octubre de 1941, o sea, un año y ocho días después de haber asumido la presidencia. Comoquiera que los tres Designados fueron descalificados, lo sucedió quien fuera su Ministro de Gobierno, don Ricardo Adolfo de la Guardia. El Presidente de la Guardia trató de mantener la Constitución todo el tiempo que pudo, pero al tercer año de su administración no pudo resistir la presión popular contra la Carta impuesta.En consecuencia, por Decreto 4 de 29 de diciembre de 1944 'suspendió' la Constitución de 1941 yconvocó a la elección de una Asamblea Nacional Constituyente. Los miembros de ésta fueron elegidos mediante uno de los muy pocos comicios honrados que ha habido en Panamá y se instaló el 15 de junio de 1945. En esa fecha inició la lenta labor por la cual se elaboró la Constitución que fue promulgada en 1° de marzo de 1946".[32]

En efecto, el presidente Arias fue depuesto en un golpe de Estado perpetrado por el señor Ricardo Adolfo de la Guardia, su Ministro de Gobierno y Justicia, con la complicidad del Gobierno de los Estados Unidos

32. QUINTERO. Op. cit., p. 65.

de América, bajo la acusación de autoritarismo y de simpatías nazifascistas. Tras este derrocamiento, el *Washington Post* en un editorial decía: "el expresidente no hizo esfuerzos para esconder sus ideas anti-democráticas y su admiración por las doctrinas totalitarias. Su actitud anti-americana le creó una serie de problemas a los Estados Unidos", (cuando) "el Canal es vital para la defensa del continente". El expresidente Arias negó los cargos de pro-nazista y antiestadounidense. "Yo no soy Pro-Nazi sino Pro-Panamá", declaró desde La Habana". Además, "negó que hubiera tenido dificultades con el Gobierno de los Estados Unidos".[33]

Esta Constitución, a pesar de su "carácter social, realista y progresista que debía ser un excelente instrumento de desarrollo jurídico y económico"[34], pero huérfana de apoyo popular, fue suspendida, excepto las normas referentes al Poder Judicial y al Ministerio Público,por el nuevo Jefe del Ejecutivo, quien fundado "en el clamor popular", "puesto en evidencia por los diversos órganos de la opinión pública, representados por los partidos políticos", en contra del Estatuto Constitucional de 1941, convocó a la elección de una Asamblea Nacional Constituyente en 1945, la cual adoptó la nueva Constitución Política.[35]

El doctor Jorge Fábrega P., en su balance normativo, estima que la Constitución de 1941significó un "extraordinario adelanto en nuestra historia constitucional. Fuera de disposiciones de carácter racista, de atribuir al Ejecutivo excesivas facultades, de establecer el sistema de Ayuntamiento Provincial (especie de Asambleas Regionales) que carece de antecedentes y que tendía hacia la centralización, constituía un adelanto indudable".[36]

En mayo de 1951, durante la segunda presidencia del doctor Arnulfo Arias, fue restituida la vigencia del Estatuto de 1941 y a los pocos días restaurada la de 1946, pero los efectos políticos de la primera medida desencadenaron acontecimientos incontrolables, entre ellos el golpe de Estado sangriento perpetrado por la Policía Nacional, con el apoyo de un amplio sector de la ciudadanía, que acabó con ese Gobierno y sus pretensiones de revivir la *Constitución Panameñista*.

El presidente Arias, el 7 de mayo de ese año, con el pretexto de que la Constitución de 1946 contenía disposiciones que imposibilitaban adoptar "providencias para conjurar la grave crisis económica y fiscal que atraviesa el país" y así "aliviar la precaria situación económica del pueblo panameño"; y así mismo que impedían al "Gobierno tomar medidas contra las actividades disolventes de grupos enemigos del orden social y del sistema

33. ARIAS, Arnulfo. "Me retiraré de la política (…)", en El Panamá América, Panamá, viernes 10 de octubre de 1941, primera plana y p. 5.
34. QUINTERO. Op. cit., p. 62.
35. Cfr. Segunda Asamblea Nacional Constituyente de la República panameña 1945. Documento histórico para las presentes y futuras generaciones. Editores: Antonio Moscoso B., Carlos Cabezas L. y R. Aguilera Jr., Panamá, s. f.
36. FÁBREGA P., Jorge. Ensayos sobre historia constitucional panameña. Panamá, 1965, p. 28.

democrático de gobierno" (comunistas y afines), en un autogolpe de Estado, promulgó un decreto con la aprobación de su Gabinete, que puso en vigor a partir de la fecha la Constitución de 1941 y dejó sin efecto la Constitución de 1946; a la par, con respecto a esa Constitución de 1941, dejó sin efecto las normas sobre nacionalidad y extranjería, modificó las disposiciones sobre el nombramiento y el periodo del Procurador General de la República y sus suplentes, suspendió los efectos del recurso de hábeas corpus, puso en vigencia las normas relacionadas con nacionalidad, extranjería y división territorial dictadas a partir de 1946, incluso las de la derogada Constitución de 1946; mantuvo la vigencia de los códigos, leyes, decretos, decretos-leyes, decretos y resoluciones que no le fueran contrarias, así como las leyes que "ratificaban" tratados y convenciones internacionales; ordenó que el Poder Ejecutivo, mientras se integrara el nuevo Poder Legislativo, dictara mediante Decretos de Gabinete las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Constitución; declaró disuelta la Asamblea Nacional y la interinidad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y su Fiscal, el Procurador General de la Nación y los Magistrados del Tribunal Superior de Trabajo hasta tanto el Poder Ejecutivo procediera a realizar los nombramientos conforme a dicha Constitución de 1941; y anunció que el Poder Ejecutivo convocaría oportunamente elecciones para elegir los diputados a la Asamblea Nacional y a los representantes de los Ayuntamientos Provinciales.Ante el repudio popular, el presidente Arias mediante el Decreto de Gabinete del 9 de mayo de ese mismo año derogó en todas sus partes el Decreto del 7 de mayo y rehabilitó la vigencia de la Constitución de 1946.[37]Medida tardía, pues el 10 de mayo la Policía Nacional, bajo las órdenes del coronel José Antonio Remón, lo derrocó en forma cruenta.

III. La Constitución Política de 1946

Las presiones de los sectores políticos y populares fueron los factores que obligaron al Gobierno del autoproclamado Presidente de la República, Ricardo Adolfo de la Guardia, a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

El doctor Julio J. Fábrega, al contestar una encuesta del Frente Patriótico de la Juventud sobre la Constituyente, consideraba inconveniente su convocatoria, pues: "Yo defiendo la Constitución de 1941 porque está más en consonancia con los principios modernos de Gobierno; es una Carta Fundamental de avanzada, como bien dice el editorialista (del diario *La*

37. Cfr. GOYTÍA, Víctor Florencio. Las Constituciones de Panamá. 2ª edición, Panamá, 1987, pp. 542-544.

Nación), y se ajusta mejor a la vida moderna de la Nación. Que adolece de defectos, que tiene algunas disposiciones cuya aplicación práctica ha puesto de relieve la posibilidad de que sean ellas consideradas como de tinte totalitario? Se le puede hacer las reformas que sean necesarias, y para ello he solicitado ya la cooperación de juristas distinguidos. El Poder Ejecutivo llevaría a la consideración de la Asamblea Nacional, las reformas en cuestión, las que, aprobadas, serían sometidas a la Asamblea de 1946 para su aprobación definitiva, consiguiéndose así una Carta Fundamental perfecta hasta donde pueda ser perfecta obra humana". "Yo participé en casi todos los debates de la Asamblea Nacional cuando se discutió la Constitución que nos rige y estampé en ella mi firma de buena fe y convencido de que le hacía un servicio a la patria. No me arrepiento de ese acto de mi vida pública y sabré honrar mi firma a cualquier costo". "Por lo tanto, yo considero que es inútil dar opinión sobre puntos que signifiquen aprobación a un procedimiento que ha echado por tierra la existencia de Panamá como República democrática". "La semana próxima cumpliré tres cuartos de siglo de existencia, pero me creo obligado a dejar oír mi voz de improbación cada vez que se atente contra la vida misma de la República: considero que cumplo un mandato tácito de mi abuelo el doctor Justo Arosemena, que me distinguió con su cariño y a cuya memoria, tengo orgullo en comunicarlo, rindo siempre fervoroso culto".[38]

"Constituida la Convención Constituyente e instalada, mediante Decreto Legislativo N°1 de 15 de junio de 1945, se derogó el Estatuto de 1941, con intervención de todos los partidos políticos".[39]

La Carta Magna de 1946, cuyo anteproyecto lo elaboraron los doctores Ricardo J. Alfaro (liberal), José Dolores Moscote (liberal) y Eduardo Chiari (conservador), fue aprobada por la recién elegida Asamblea Constituyente, que acogió en su seno a casi todas las tendencias políticas de la Nación, incluyendo a la corriente socialista.

Aunque estos distinguidos juristas fueron nombrados para que redactaran un proyecto de reformas a la Carta de 1941, ellos elaboraron un nuevo Estatuto Constitucional.En la *Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Constitución de 1946*, sus autores exponen en forma detallada sus orientaciones.Entre otras,son las siguientes:

> "Creemos sinceramente que el proyecto que entregamos al Gobierno, y por su medio, al pueblo panameño, responde a su objeto, no precisamente por la novedad de su contenido, sino por el empeño que hemos puesto en coordinar las instituciones y las

38. FÁBREGA, Julio J. "Considero que una reforma llevada a cabo por una Constituyente sentaría entre nosotros un precedente funesto", en El Panamá América, Panamá, martes 23 de enero de 1945, primera plana y p. 6.
39. FÁBREGA P., Jorge.Op. cit., p. 28.

normas ya definitivamente incorporadas en nuestro derecho público, con otras que nos han parecido apropiadas para enriquecerlo, para darle mayor consistencia doctrinal y jurídica como lo exigen las angustiosas necesidades nacionales y los tiempos que vivimos. Nuestra labor se ha concretado, en lo esencial, a redactar un instrumento de gobierno en que el Estado panameño se destaque distintamente como una unidad sociológica con voluntad original de propia determinación, sometida por sí misma a los modos políticos, republicanos y democráticos y como una entidad jurídica con medios eficaces de acción, sentada sobre un territorio perfectamente definido; en que el estatuto de la nacionalidad, libre de aberraciones exóticas, descanse sobre los tutelares principios de la equidad y la justicia; en que los derechos individuales y sociales, así como sus correspondientes garantías, se hallen expuestos con la mayor claridad y precisión deseables; en que el sufragio, medio insustituible para dar paso a la auténtica y libre expresión de la voluntad popular, dependa de una organización inaccesible, hasta donde lo permitan nuestras condiciones, a toda influencia contraria a los legítimos intereses del electorado; en que los órganos del Poder Público se encuentren distribuidos y limitados racionalmente por el clásico sistema de los frenos y equilibrios armonizados con los principios de la separación y la cooperación; en que el Poder Ejecutivo no esté constituido sólo por el Presidente de la República, sino por una asociación solidaria y responsable formada por él y sus Ministros y el Consejo de Gabinete, según los casos; en que el Poder Legislativo, librado de funciones públicas enojosas recobre su dignidad y se capacite para efectuar una labor legislativa técnica; en que el Poder Judicial pueda llegar a ser tan independiente y prestigioso como lo quieran los miembros que lo integran y lo exige la razón de ser de su existencia; en que la Administración Pública, lejos de ser un conjunto de funcionarios imbuidos de principios autoritarios, sea lo que debe ser: una corporación de servidores públicos sujetos a normas precisas de carácter jurídico. Hemos redactado, en fin, un instrumento de gobierno cuyo vigor lógico y doctrinal pueda contribuir, como lo deseamos, a dignificar la vida y la función públicas, a crear una nueva conciencia en la ciudadanía frente a los destinos de la Nación y sus problemas e intereses esenciales".[40]

40. En SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA. Constituciones de la República de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1968, pp. 115 y 116.

Esta Ley Fundamental fue de carácter social, con mayor intervención estatal en las actividades económicas y con un dorso completo y bien estructurado de los derechos sociales (la familia, el trabajo, la cultura nacional, la salud pública y la asistencia social, y las colectividades indígenas y campesinas), los que separó diáfanamente de los derechos y las garantías individuales. Reguló de modo más amplio a los partidos políticos. Se valió de la locución Órgano, en vez de *Poder*, para denominar a las bifurcaciones fundamentales del Poder Público. Confirió a la mujer el derecho de elegir y de ser elegida. El período presidencial y el de los diputados se redujo a cuatro años.

El Órgano Judicial quedó constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales subalternos y los juzgados que estableciera la ley. Esta Cartafortaleció la independencia judicial al disponer que los nueve Magistrados de la Corte Suprema de Justicia fueran nombrados uno cada dos años, por el Presidente de la República, con el acuerdo unánime del Consejo de Gabinete y sujetos a la aprobación de la Asamblea Nacional, por un periodo de 18 años.

El Ministerio Público estaba integrado por el Procurador General de la Nación, el Procurador Auxiliar, los fiscales, los personeros y los demás funcionarios que designara la ley. El Procurador General de la Nación y sus suplentes eran elegidos por la Asamblea Nacional por un término de diez años.El periodo del Procurador Auxiliar, así mismo,se fijó en diez años. Los demás funcionarios del Ministerio Público los nombraba el funcionario inmediatamente superior en jerarquía.

La Carta robusteció a la Contraloría General de la República, al disponer que habríaun departamento independientedel Órgano Ejecutivo denominado Contraloría General dela República, con la misión de fiscalizar, regular, vigilary controlar los movimientos de los tesoros públicos y de examinar, comprobar, revisar e intervenir las cuentasde los mismos.El Contralor General de la República y el Subcontralor Generaldebían ser nombrados por la Asamblea Nacionalpara un período de cuatro años, dentro del cual no podía ser suspendido ni removido sino por las causas definidas en la ley.

En torno a las influencias sobre el Estatuto, me permitoacudir en extenso al doctor Jorge Fábrega P., quien precisa:

> "En la Constitución de 1946 se advierte la influencia de toda nuestra tradición constitucional desde 1841 hasta la fecha. Las normas sobre garantías individuales, estructura del Poder Público y división de los órganos del Estado, en general, son la culminación de ese movimiento. Todo ello responde a la concepción liberal-individualista de la época, que se había formado bajo el influjo de la Constitución de los Estados Unidos, de la Declaración Francesa y de las Constitucio-

nes Colombianas como las de 1853, la de Río Negro de 1863 y la de Núñez de 1886".

"En la Constitución de 1946 influyeron positivamente la Constitución Colombiana de 1886 y sus reformas de 1910 y de 1936 y las nuevas concepciones constitucionales que se cristalizaron en las Constituciones Mexicanas de 1917, la de Weimar de 1919, la Española de 1931 y en la Cubana de 1940, en lo relacionado con los derechos sociales, protección a la familia, intervencionismo del Estado, carrera administrativa, cultura y autonomía de los municipios".

"En materia de trabajo, nuestra Constitución de 1946 se inspiró en la Constitución cubana de 1940 -la cual, a su vez, había recogido las normas y principios de la Constitución mexicana de 1917-".

"En este ramo de trabajo influyeron igualmente la Constitución de Guatemala de 1945, la de Costa Risa y la de Venezuela"."Con respecto a la familia, incluyó, nuevamente, la Constitución cubana, cuyo art. 43 reconocía -al igual que el art. 54 nuestro- que 'la familia, la maternidad, y el matrimonio tienen la protección del Estado'. 'El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad absoluta de derechos para ambos cónyuges. El matrimonio puede disolverse por acuerdo de los cónyuges o a petición de cualquiera de los dos por las causas y en la forma establecida por la Ley'. El art. 44, que establece: 'Queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción de aquéllos, ni en ninguna partida o bautismo o certificación, referentes a la filiación". En materia de familia, incluyó también la Constitución de Guatemala, por ejemplo, en el art. 76 'La Ley determinará la forma de investigar la filiación'".

"Las disposiciones sobre colectividades campesinas e indígenas, procedieron de las Constituciones de Guatemala, Ecuador y Venezuela".

"El art. 107 '-los Diputados, una vez elegidos, representan a toda la Nación, no están sujetos a ningún mandato y sólo están sometidos a su conciencia"- es adaptación del artículo 58 de la constitución española y del correspondiente de la Constitución de Weimar".

"El amparo de garantías constitucionales es de larga tradición mexicana, bajo el influjo del'inyunction' anglo-sajón. Fue obra de Don Mariano Otero quien lo recomendó en el año de 1847 en las reformas que propuso a la Constitución mexicana de 1824".

"La jurisdicción contencioso-administrativa se fundó en el art. 190 de la C. de 1941, que a su vez provino de la Constitución colombiana".

"El régimen municipal, se derivó de la Constitución española, del Acto Legislativo N°3 de 1918 de Colombia, y (respecto al sistema de comisiones), de la Constitución cubana de 1940 (art.224)".
"En lo que concierne a la carrera administrativa y judicial, influyeron notablemente las Constituciones de Uruguay y de Colombia".
"Donde menos se advierte el efecto de estatutos extranjeros es en las disposiciones relacionadas con las colectividades indígenas y campesinas, y en las disposiciones sobre el comercio, su regulación y la intervención estatal sobre el mismo. La mayoría de estos preceptos fueron elaborados en el seno de la Asamblea Constituyente por los representantes Diógenes de la Rosa y José Isaac Fábrega".

"Las normas sobre el Ministerio Público -que lo estructuran como un organismo separado del Órgano Ejecutivo y de la Administración de Justicia- es de larga tradición nuestra, que se remonta a las constituciones de la época colombiana".
"Las disposiciones sobre la Contraloría proceden de la llamada misión Kemmerer, integrada por financistas norteamericanos, que elaboraron un proyecto de Ley Orgánica de la Contraloría General y que fueron utilizados inicialmente en México, y posteriormente en Chile (1927), y en Colombia".[41]

La Constitución de 1946 fue enmendada por tres Acto Legislativos adoptados en 1956, 1959 y 1961, y 1961 y 1963. Las enmiendas más relevantesfueron las primeras que, entre otras cosas, establecieron el Tribunal Electoral y los delitos electorales, introdujeron modificaciones a la Asamblea Nacional y al Ministerio Público, e integraron a la Corte Suprema de Justicia las funciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Le correspondió al presidente Ernesto de la Guardia en enero de 1958 promulgar el primer Código Electoral y poner en vigor el Tribunal Electoral,regido por tres magistrados;tribunal independiente de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con competencia privativa para aplicar e interpretar la ley electoral y para dirigir, vigilar y fiscalizar todas las fases del proceso electoral, creado con el objeto de garantizar la libertad, la honradez y la eficacia del sufragio popular, actualmente regido por la Ley 4 de 1978, su ley orgánica.

Según el doctor César Quintero, "La Constitución de 1946 ha sido, sin duda, la más ponderada y democrática que ha tenido Panamá en su llamada era republicana. Es además la única que ha sido adoptaba por medios auténticamente legítimos y populares. Fue debatida y aprobada públicamente por una verdadera Asamblea Constituyente en un ambiente de completa

41. FÁBREGA P. Op. cit., pp. 79-86.

libertad. Por eso contó con el respeto y la adhesión populares".[42]

El 11 de octubre de 1968 se produjo el tercer golpe de Estado en contra del presidente Arnulfo Arias. Inmediatamente, los militares nombraron una Junta de Gobierno Provisional y dictaron el *Estatuto del Gobierno Provisional*, afectando gravemente las normas de la Constitución de 1946, al subordinarlasa ese instrumento. En aras de "la restauración moral de la República como eje de su desarrollo económico, social y político", entre otros considerandos y "para cumplir con los objetivos del movimiento", el Estatuto dispuso lo siguiente:

> "Artículo 1° El Órgano Ejecutivo lo constituirá los ciudadanos que, con los títulos de Presidente y Miembro de la Junta Provisional de Gobierno, ha designado la Guardia Nacional cuyas funciones ejercerá con el respectivo Ministro.
> Artículo 2° La Junta Provisional de Gobierno ajustará su cometido a las disposiciones de este Estatuto, a las de la Constitución Nacional y las leyes y decretos dictados en su desarrollo.
> Artículo3° La Junta Provisional de Gobiernorespetará todas las obligaciones internacionales contraídas por la República de Panamá.
> Artículo 4° Todas las funciones que la Constitución Nacional señalan a la Asamblea Nacional serán ejercidas mediante la expedición de Decretos de Gabinete, a excepción de las establecidas en el Artículo (sic) de la Constitución.
> Artículo 5° A efectos de contar con el más idóneo asesoramiento para el ejercicio de las facultades legislativas, el Presidente de la Junta Provisional, acudirá a los organismos permanentes o transitorios que la ley establezca.
> Artículo 6° Los Magistrados designados para integrar la Corte Suprema de Justicia y los actuales miembros de los Tribunales y Jueces gozarán de las garantías que establece el Artículo 171 de la Constitución Nacional.
> Artículo 7° En caso de ausencia del país, del Presidente de la Junta Provisional de Gobierno, lo reemplazará el otro integrante de la misma.
> En caso de incapacidad o muerte del Presidente o del Miembro de la Junta Provisional de Gobierno, su sucesor será designado de común acuerdo por los Comandantes Jefes de la Guardia Nacional".[43]

42. QUINTERO. Op. cit., 66.
43. JUNTA PROVISIONAL DE GOBIERNO. "Estatuto del Gobierno Provisional", 12 de octubre de 1968, en Gaceta Oficial N°16.221, Órgano del Estado, Panamá, jueves 17 de octubre de 1968, p. 1.

IV. La Constitución Política de 1972

El régimen militar fuepaulatinamente transformando su esencia: de instrumento represivo contra los obreros, campesinos, profesionales y estudiantilesfue evolucionando a un Gobierno de entendimiento con esos sectores sociales y otros tambiénpopulares. Desde entonces se engarzó una Yunta Pueblo-Gobiernoy se desarrollaron políticas sociales y económicasy ejecutaron medidas a favor de las transformaciones de la sociedad panameña, en lo que se denominó el *proceso revolucionario* bajo la conducción única del general Omar Torrijos, Líder de la Revolución Panameña.

La Constitución Política de 1972, resultado de este proceso revolucionario, fue elaborada por una Comisión de Reformas Revolucionarias a la Constitución de 1946, de veinticinco miembros, que la integraron obreros, empresarios, docentes, abogados, economistas, periodistas y otros sectores. Sus miembros fueron los siguientes: señor Julio César Acosta, licenciado Adolfo Ahumada, doctora Reina Torres de Araúz, licenciado Joaquín Beleño, ingeniero Elpidio Broce, señor Augusto Samuel Boyd P., profesor Carlos Calzadilla, señor Eduardo de la Guardia, doctor Moisés Espino, poeta José Franco Herrera, profesor Ismael García, profesor Hugo Guiraud, licenciado Rodrigo González, licenciado Marcelino Jaén, ingeniero Arturo Melo, señor Rafael Murgas, profesor Miguel Ángel Picar Amí, licenciado Roberto Puello Araúz, ingeniero Humberto Reynolds, licenciado Ricardo Alonso Rodríguez, ingeniero Jaime Roquebert, doctor Aristides Royo Sánchez, doctora Aura Lescure de Russo, señor Luis Segura e ingeniero Ramón Siero Murgas.

Esta Comisión -que no se limitó a incorporar reformas, sino que produjo un texto nuevo- fue presidida por el licenciado Marcelino Jaén y su secretario fue el profesor Carlos Calzadilla.

El instrumentojurídico fue debatido públicamente y posteriormente sometido a la aprobación de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, formada por 505 miembros.

Esta Ley Suprema de la Nación subrayó el carácter intervencionista del Estado, amplió y estructuró mejor los derechos sociales relacionados con la familia, el trabajo, la cultura nacional, la educación, la salud, la seguridad social y la asistencia social, el régimen ecológico y el régimen agrario, consagrando en este caso la Jurisdicción Agraria.

El período presidencial se extendió a seis años. Al general Torrijos lo declaró "Líder Máximo de la Revolución Panameña" y le adjudicó por seis años funciones equivalentes, en la práctica, a las de un Jefe de Gobierno. La Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos tenía pocas atribuciones (entre ellas, elegir al Presidente de la República) y la labor de legislar se le asignó a un Consejo Nacional de Legislación, controlado

por el ÓrganoEjecutivo e integrado por el Presidente y el Vicepresidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, los Ministros de Estado y los miembros de la Comisión de Legislación.

Al Tribunal Electoral le encomendó la competencia privativa para impartir la justicia penal electoral.Estaba compuesto por tres magistrados, elegidos por siete años, uno por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos; otro que debía ser abogado, por la Corte Suprema de Justicia y el tercero por el Órgano Ejecutivo. Dispensó rango constitucional a la Fiscalía Electoral (creada unos meses antes de la aprobación de la Carta), como una agencia independiente, encargada de investigar las faltas y los delitos electorales, así como de ejercer la acción penal electoral.

El Órgano Judicial se constituyó con la Corte Suprema de Justicia, cuyo número de magistrados determinaba la ley, los tribunales subalternos y los juzgados establecidos por la ley. Se la atribuyó al Órgano Ejecutivo la facultad de nombrar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia por un periodo de diez años, sujeto a la ratificación del Órgano Legislativo.

El Ministerio Público lo forman el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los fiscales y los personeros y los demás funcionarios conforme a la ley.El Procurador de la Nación y el Procurador de la Administración son designados por diez años, pero requieren la ratificación del Órgano Legislativo.

La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente a cargo de un servidor público denominado Contralor General de la República, secundado por un Subcontralor, quienes son nombrados por un periodo igual al del Presidente de la República, dentro del cual no pueden ser suspendidos ni removidos sino por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de causas definidas en la ley. El nombramiento de estos funcionarios corre a cargo del Órgano Legislativo, que se hace a partir del 1° de enero después de cada periodo presidencial. La Jurisdicción de Cuentas quedó bajo la responsabilidad de la Contraloría General de la República.

Esta Ley Suprema de la Nación podía ser enmendada por dos Asambleasnacionales consecutivas.

La Constitución estableció que cualquier tratado relacionado con el Canal de Panamá debía ser sometido a un plebiscito nacional.En consecuencia, los Tratados Torrijos-Carter que permitieron a Panamá la recuperación del Canal, la salida de las tropas estadunidenses de nuestro territorio y el perfeccionamiento de la independencia nacional, celebrado el 7 de septiembre de 1977, por el general Omar Torrijos, Jefe de Gobierno, en representación de la República de Panamáy el señor Jimmy Carter, Presidente de los Estados Unidos de América, fueron debidamente aprobados por la mayoría del pueblo panameño en un plebiscito.

Al tenor del criterio del doctor Humberto Ricord, "El extenso Título III de la Constitución (que tiene nada menos que 100 artículos) nos brinda una imagen muy peculiar y muy moderna del Estado panameño, asimilándolo a lo que ya se conoce con el nombre de Estado de Bienestar Público o Social. La finalidad primordial de la organización estatal es hoy la de garantizar al individuo y a todos los grupos que forman la sociedad, un mínimo decoroso de la felicidad humana, de bienestar general, en todos los aspectos de la vida. Por ello, el Estado protege a la persona y a los grupos en sus derechos fundamentales; a la familia; a la clase trabajadora; el derecho a la cultura y a la educación; a la salud, la seguridad social y la asistencia pública; y al campesinado como una estrategia social todavía mayoritario en Latinoamérica. Esta Carta de Justicia Social, tan vasta y fervorosamente delineada, difícilmente podrán superarla otras Constituciones".[44]

Los Actos Reformatorios N°1 de 5 de octubre y N°2 de 25 de octubre de 1978, modificaron el contenido de la Constitución. En este orden de ideas, trasformaron parcialmente la función de legislar, en manos del Consejo Nacional de Legislación y de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos; variaron la composición del Consejo Nacional de legislación, ampliaron la iniciativa legislativa, introdujeron el veto presidencial a los proyectos de ley, restituyeron la elección directa del Presidente y el Vicepresidente de la República y decidieron la elección popular directa de una parte de los miembros del Consejo Nacional de Legislación, etc.

Mucho de los contenidos políticos objetables de esta Constitución fueron erradicados fundamentalmente por el Acto Constitucional, aprobado el 24 de abril de 1983, que contó con la participación y la aprobación de los partidos políticos y de la ciudadanía a través de un referéndum nacional.

El Consejo de Gabinete, mediante Resolución N°148 de 19 de noviembre de 1982, conforme a la autorización concedida por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos al Órgano Ejecutivo, creó la Comisión Revisora de la Constitución Política de la República de Panamá y designó como miembros a los doctores Jorge Fábrega P. (Presidente), Humberto Ricord, Carlos Bolívar Pedreschi, Campo Elías Muñoz, a los licenciados Guillermo Endara, Oydén Ortega, Fernando Manfredo Jr., Hirisnel Sucre (en representación de dicha Asamblea Nacional) y al ingeniero Carlos Enrique Landau. Por los partidos políticos se nombró al licenciado José Antonio Sossa (Partido Demócrata Cristiano), al licenciado Roberto Arosemena Jaén (Partido Nacionalista Popular), al doctor Mario Galindo (Movimiento Liberal Republicano Nacionalista, mejor conocido como MOLIRENA), al licenciado Álvaro Arosemena (Frente Amplio Popular, mejor conocido como FRAMPO), al licenciado Emeterio Miller (Partido Revolucionario Democrático), al doctor Roberto Alemán (Partido Liberal)

44. RICORD. Op. cit., p. 25.

y al profesor César A. De León (Partido del Pueblo, de orientación comunista). El doctor Nánder A. Pitty Velásquez fungió como Secretario.

Esta Comisión debía revisar el funcionamiento y la coordinación de los Órganos del Estado en un contexto institucional armónico, la integración del Órgano Ejecutivo y el periodo presidencial, la estructura y el funcionamiento del Órgano Legislativo, el Órgano Judicial y el Ministerio Público, el Régimen Provincial y el Régimen Municipal, la cláusula de reforma de la Constitución, la Hacienda Pública y el Régimen Electoral, sin perjuicio de que revisara otros aspectos que a su juicio debía examinar. Aprobadas las reformas, se adoptó un Texto Único de la Constitución con el nombre de *Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada por los Actos Reformatorios de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983*.

Esta reforma constitucional eliminó la referencia de la Fuerza Pública en cuanto a su coordinación con los tres Órganos del Estado, con lo que se consagra la separación de los poderes del Estado. El Presidente de la República es elegido actualmente por votación popular para un período de cinco años, al igual que los Legisladores, denominación de los nuevos integrantes del Órgano Legislativo, de naturaleza unicameral. Se retomó el sistema de 1946 del nombramiento escalonado de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Se obligó a la aprobación de la Asamblea Legislativa y luego a la de un referéndum nacional cualquier tratado sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente, así como la construcción de un Canal a nivel o un tercer juego de esclusas. Esta transformación constitucional mantuvo la modalidadde las dos Asambleas consecutivas para la modificación de la Carta, pero agregó otra con dos legislaturas y un referéndum.

Para el doctor César Quintero, "Los miembros de la comisión Revisora de la Constitución de 1972 se excedieron sin duda, en su cometido, ya que, en vez de reformar la mencionada Carta, elaboraron una Constitución democrática y representativa sustancialmente distinta de la que debían revisar. El documento preparado por la Comisión siguió mutatis mutandis los lineamientos de la Constitución demo-liberal de 1946".[45]En tanto, el doctor Mario J. Galindo H., con bases en esas ideas, concluyó: "Está, pues, claro que la Constitución vigente nada tiene de militarista y sí mucho de la de 1946, acerca de cuyas bondades todos se hacen lenguas".[46]

Tras la intervención militar de los Estados Unidos de América en 1989, el Gobierno del presidente Guillermo Endara, promulgó el *Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional*, que evidentemente subyugó las normas de la Constitución de 1972. Conforme a este Estatuto, con la salvedad de las atribuciones que ejercía por sí solo el Presidente de la República, todo el poder público sería ejercido por el presidente y los dos vi-

45. Citado por GALINDO H., Mario J. "El Presidente y la Asamblea Constituyente", en diario La Prensa, Panamá, 2 de agosto de 2013, p. 19 A.
46. GALINDO. Artículo citado.

cepresidentes, quienes debían actuar por unanimidad y sujeción a lo prescrito en el artículo 17 de la Constitución; el Consejo de Gabinete asumió provisionalmente, hasta que se constituyera la Asamblea Legislativa, la facultad para ejercer todas las funciones legislativas o administrativas que a ella le correspondían, a través de la expedición de Decretos de Gabinete; el Consejo de Gabinete nombró a los nueve Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, al Procurador General de la Nación, así como interinamente al Contralor y Subcontralor General de la República; la Asamblea Nacional sería convocada por el Órgano Ejecutivo en legislatura extraordinaria, tan pronto se hubiere proclamado mediante el recuento de las respectivas actas, la elección de la mayoría absoluta de los miembros de esta Asamblea; la elección por parte de cada uno de los tres órganos del Estado, una vez fueren debidamente constituidos, de los tres Magistrados del Tribunal Electoral, entre otras medidas.[47]

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 14 de febrero de 1991, se pronunció en el sentido de que el Estatuto no adolecía del vicio de inconstitucionalidad, porque entró a formarparte del Bloque de la Constitucionalidad, en razón de que fue expedido por "gobernantes legítimos que habían sido elegidos en el torneo democrático celebrado el 7 de mayo de 1989"y dictado en circunstancias de un verdadero estado de necesidad, derivado de la intervención militar estadounidense del 20 de diciembre de 1989; así mismo, aunque suspendió de modo temporal la eficacia de algunas normas de la Constitución, estas se restablecieron tres meses más tarde, apenas fue instalada la Asamblea Legislativa con los ciudadanos elegidos en los comicios generales del 7 de mayo de 1989; y su efecto final fue "el restablecimiento delEstado de Derecho", con la vigencia de la separación de los poderes, las libertades públicas, la independencia judicial y respeto a la soberanía popular.[48]

El Gobierno del presidente Endara unos años después propició reformas a la Constitución Nacional (Acto Legislativo N°1 de 30 de junio de 1992), que fueron rechazadas por la ciudadanía panameña en un referéndum nacional, celebrado el 15 de noviembre de 1992. Estas modificaciones contenían las más variadas materias, a saber: creación del Tribuno del Pueblo, nombramiento de los magistrados de la Jurisdicción del Trabajo, con sujeción al principio tripartito; educación pública, en vez de educación oficial, autonomía de todas las universidades oficiales, autarquía para el Tribunal Electoral y la Fiscalía Electoral, iniciativa legislativa al Tribunal Electoral, denominación de Asamblea Nacional, en vez de Asamblea Legislativa y de diputado, en vez de legislador; elección de diputados ante los organismos parlamentarios internacionales, exclusión de los vicepresidentes del Consejo de Gabinete, explotación de los juegos de suerte y azar

47. "Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional", Panamá, 21 de septiembre de 1981, en Gaceta Oficial N°21.440, Panamá, jueves 21 de diciembre de 1989, pp. 1-3.
48. Cfr. Registro Judicial, Órgano Judicial de Panamá, Panamá, febrero de 1991.

mediante concesiones a los particulares; institución de la carrera policial, eliminación del ejército, introducción de la Asamblea Constituyente como método de reforma constitucional, nombre del instrumento: Constitución de 1992, entre otras. Las reformas también contemplaban materias urticantes para la ciudadanía como es el caso de la eliminación del control previo de la Contraloría General de la República en materia de fondos y bienes públicos, y el caso de la ampliación de la inmunidad legislativa de los cinco días antes de cada legislatura, durante esta y cinco días después, según la norma vigente, hasta los cinco años de período parlamentario, iniciando el día de la proclamación.[49]

El doctor Jorge Giannareas rememora los acontecimientos:

> "Los que asumieron la jefatura del gobierno post-invasión no consideraron que había llegado el momento de iniciar el proceso fundacional de la nueva república. Antes bien, acordaron y expidieron un Estatuto de Retorno a la Institucionalidad Democrática en el que asumieron como propia la Constitución hecha y reformada por los militares dos veces, la segunda con la participación de los partidos políticos.
>
> Reconocedores de la necesidad de realizar ciertos ajustes al texto constitucional para que la carta fundamental concordase con los intereses hegemónicos del momento, los miembros del Partido Demócrata Cristiano, que dominaba importantes sectores del gobierno y contaba con mayoría legislativa, promovieron una reforma a la Constitución utilizando el segundo método de la cláusula reformatoria, es decir por el método de las dos legislaturas más un referéndum. Así, el 30 de junio de 1992 la Asamblea Legislativa aprobó el Acto Legislativo N°1, mediante la cual se modificaron 58 artículos de la Constitución. Dicho acto fue ratificado por la legislatura siguiente, y sometido a referéndum el 15 de noviembre del mismo año.
>
> Aunque el leitmotiv de la reforma fue la proscripción constitucional del ejército, con lo cual parecía no haber desacuerdo, el electorado se presentó a los escrutinios en un porcentaje muy bajo (cerca del 40%), y las reformas fueron ampliamente derrotadas (por margen de 2 a 1, aproximadamente)".[50]

Los Actos Legislativos de 1993 (N°1) y 1994 (N°2), acordados por dos Asambleas Legislativas en dos períodos gubernamentales de signos po-

49. Cfr. MURGAS TORRAZZA, Rafael. La reforma constitucional. Panamá, 1992, pp. 1-27.
50. GIANNAREAS, Jorge. "La quinta papeleta. Primera parte. Escritos de combate por una nueva Constitución", en El Panamá América, Panamá, martes 18 de noviembre de 2003. (http://jorgian5papeleta.blogspot.com/2006/10/por-qu-fracasan-lasreformas.html).

líticos distintos (uno del Partido Arnulfista y otro del Partido Revolucionario Democrático), básicamente, incorporaron al texto constitucional un título (Título XIV) concerniente al régimen en el Canal de Panamá, que posteriormente fue desarrollado por la ley y los reglamentos correspondientes expedidos por la Autoridad del Canal y, además, proscribieron el ejército.

El doctor Jorge Giannareas también recuerda lo sucedido:

> "En diciembre de 1993 la (…) Asamblea preparó un paquete de reformas que introducía un título Constitucional con unas pocas disposiciones sobre el Canal de Panamá. En 1994 los legisladores aprobaron otro paquete de reformas constitucionales, el primero contenía 'la proscripción constitucional del ejército' (que nunca fue regulado o siquiera mencionado en el ámbito constitucional y del que en la práctica ya no quedaban ni las cenizas) y muchas de las disposiciones rechazadas por el electorado en el referéndum de 1992. El tercer acto legislativo introducía como método de reforma constitucional la asamblea constituyente paralela". "Cuando los legisladores del período 1993-1994 tomaron posesión procedieron a aprobar los dos primeros paquetes de reforma; el tercero lo rechazaron, porque equivalía a colocarse una espada de Damocles permanentemente sobre su cabeza".[51]

En 1993 el Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá designó una Comisión Constitucional integrada por un equipo de prestigiosos investigadores, coordinado por el doctor César Quintero, que redactó el *Anteproyecto de una nueva Constitución para Panamá*, la cual instituye los diputados nacionales y provinciales (los primeros fueron elegidos por primera y única vez en 1945 para la Segunda Convención Nacional Constituyente, mientras que los segundos hicieron parte de la tradición republicana hasta el golpe de Estado militar de 1968); implanta la Corte Constitucional como tribunal especial, permanente e independiente, cuya función básica es la defensa del orden constitucional; y agrega al sistema de reforma constitucional la Asamblea Constituyente. Según, el doctor Quintero, el "cometido específico de la Comisión consistió en elaborar un proyecto integral de Constitución moderna que pueda servir como documento de trabajo o, al menos, como medio de referencia, si Panamá se ve precisada a adoptar una nueva Carta Fundamental como parece esperar la opinión pública de este país". [52]

---

51. Ídem.
52. QUINTERO, César. "Nota explicativa", en Anteproyecto de nueva Constitución para Panamá. Proyecto coordinado por el Dr. César Quintero. Coedición: Instituto de Estudios Nacionales y Editorial Portobelo (Biblioteca de Autores Panameños), Panamá, s.f.

El Gobierno del presidente Ernesto Pérez Balladares propició también reformas constitucionales. La Asamblea Legislativa, a instancias del Órgano Ejecutivo, adoptó en tres debates el Acto Legislativo N°1 de 18 de mayo de 1998, que reformaba la Constitución Política, en aspectos puntuales, a saber: 1. Autonomía del Tribunal Electoral: derecho a un presupuesto que no podía ser inferior a ocho décimas del uno por ciento de los ingresos corrientes del Gobierno Central; derecho de administrar su presupuesto, sin control previo por parte de la Contraloría General de la República, e iniciativa legislativa en materias de su competencia; 2. Reelección del Presidente de la República y sus Vicepresidentes: ante la prohibición de la reelección inmediata por dos periodos subsiguientes, dispuso la reelección para el mismo cargo en el periodo inmediatamente siguiente, sin posibilidad de volver a ser elegidos en ningún otro periodo es esos mismos cargos; y 3. Revocatoria de mandato: derogación de la facultad de los partidos políticos de revocarle el mandato a los legisladores principales y sus suplentes. Este Acto Legislativo fue improbado en el referéndum nacional celebrado el 30 de agosto de 1998.[53]

Diez años después,durante la celebración del centenario de la República de Panamá, los asesores del entonces Presidente de la Asamblea Legislativa, doctor Carlos Alvarado redactaron un anteproyecto, prohijado por este, denominado *La Constitución del Centenario.* En ese mismo año, el movimiento cívico-político denominado Foro Panamá 20-20 presentó a la opinión pública su Anteproyecto de Constitución Política.

Sobre el anteproyecto preparado en la Asamblea, en mi condición de ciudadano me permití escribir dos artículos de opinión en el diario *La Prensa.* El primer artículo, "La reforma constitucional", del 6 de febrero de 2003,en lo sustancial expresa:

> "Voces autorizadas vienen clamando desde hace mucho tiempo por el reemplazo de la Carta Política de 1972, reformada profundamente en 1983, cuando se suprimieron sus elementos discordantes con el clásico sistema democrático-representativo, a tal punto que prestigiosos constitucionalistas la denominan: Constitución Política de 1983.
>
> En cambio, otras voces encabezadas por el presidente de la Asamblea Legislativa, facultado por la junta directiva, prefieren experimentar la reforma constitucional a través de los métodos previstos en la Ley Fundamental y con este propósito se permitieron realizar consultas con representantes de partidos políticos y personalidades, los que -ante la proximidad de las elecciones- calificaron la idea de inoportuna e inconveniente.

53. Cfr. ANTINORI-BOLAÑOS, Ítalo Isaac. Historia Constitucional de Panamá (1808-2000). Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, Panamá, 2000, pp. 384-386.

Los diarios informan de iniciativas ciudadanas y en la Asamblea que identificaron áreas de transformaciones e incluso avanzan notas concernientes a un borrador de lo que denominan románticamente la "Constitución del Centenario", con tantas bondades e instituciones innovadoras, que parece destinada a regir un mundo de ángeles, para utilizar las palabras del escritor francés Víctor Hugo, después que leyó la Constitución colombiana de Rionegro (1863).

Abrigo el convencimiento de que la Constitución no está escrita en piedra. En la sociedad nada es eterno, nada permanece inalterable; todo se transforma y renueva constantemente; con mayor razón, el sistema jurídico del país, que debe modernizarse frecuentemente por cuanto la dinámica social lo convierte en obsoleto. La Constitución, norma de normas, sufre también de ese desfase y, por tanto, requiere periódicamente su adaptación a los nuevos tiempos.

Mientras que el pragmatismo anglosajón aconseja a los estadounidenses mantener su Carta original y enmendarla según las circunstancias, los latinoamericanos somos más proclives a producir un texto nuevo, aunque materialmente contenga lineamientos del anterior.

Los panameños no somos una excepción. Mejor no recordar el período de unión a Colombia. En casi 100 años de República hemos promulgado cuatro constituciones. La Constitución de 1904 -obra de conservadores y liberales- duró 36 años. La de 1941 solo permaneció menos de cuatro años. La de 1946 -aprobada con el concurso de conservadores, liberales de diversos partidos y socialistas (excluidos únicamente los comunistas)- se abrogó formalmente después de 26 años. La Constitución vigente -puesta en vigencia sin participación de los opositores al Gobierno, aunque en el Acto Constitucional de 1983, refrendado por el pueblo, fueron sus actores principales- cifra los 30 años.

Hoy, en círculos cerrados, la Carta Política se debate entre la subrogación y la reforma. El debate es sumamente provechoso. Sin embargo, la cuestión fundamental aquí debe ser la opinión del pueblo, del poder constituyente, quien tiene la última palabra, pero al que aún no se le ha preguntado.

Por consiguiente, si la junta directiva de la Asamblea Legislativa está auténticamente interesada en la reforma constitucional, su deber primario es propiciar que el pueblo manifieste su opinión y esto lo puede lograr promoviendo la ley que haga obligatoria la consulta en las elecciones del 2004, en una papeleta especial en la que se le pida al elector que exprese si está de acuerdo con modificaciones a través de los procedimientos establecidos por la propia

Constitución o si opta por una Asamblea Nacional Constituyente paralela que redacte, discuta y apruebe una nueva.
Es notorio que esta consulta demanda tanto la inventiva de los legisladores para afinar detalles con el Tribunal Electoral como de los candidatos a la Presidencia de la República que, en la campaña política y fundados en la plataforma de gobierno, deben convencer al electorado de la alternativa más adecuada y de las materias que estiman renovables, así como la visión del país y el paradigma del Estado panameño, que legarán a las presentes y las futuras generaciones".

El segundo artículo, del 23 de febrero del 2003, intitulado "La Constitución del Centenario", en su parte pertinente indica:

"El anuncio del presidente de la Asamblea Legislativa en el sentido de que entregó a la presidenta de la República el borrador de la 'Constitución del Centenario', cuando previamente había publicitado simples reformas, y sus declaraciones de que espera de ésta el nombramiento de una "comisión que se encargaría de elaborar la propuesta", constituyen acontecimientos de trascendencia que permiten avizorar señales interesantes y a la vez de profunda preocupación.
Este borrador contiene ingredientes sugestivos como lo son el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas (institución de antigua data), independiente de la Contraloría General de la República, la Sala Social de la Corte Suprema de Justicia (hecho inédito, pues las Salas ordinariamente son creadas por ley), la elección de legisladores nacionales (ensayada en los comicios para elegir a los constituyentes de 1946), provinciales (fórmula de la República liberal-conservadora) y comarcales, la Defensoría del Pueblo, la Asamblea Constituyente como procedimiento de reforma, etc.
El texto fue redactado por asesores del presidente del Órgano Legislativo, sin que se tenga información de las fuentes consultadas. Contrario a lo sucedido con las constituciones de 1941 y 1946, que abrevaron en cuatro anteproyectos de la década del treinta, preparados por una comisión especial de la Asamblea Nacional, por el doctor Galileo Solís, por el licenciado Fabián Velarde y por el diputado Jacinto López y León, respectivamente, no hay indicios de que ahora se hubieren tomado en consideración el anteproyecto elaborado por el Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá y el documento de trabajo de la Academia Panameña de Derecho.

El método de reforma que se ha escogido es el de dos legislaturas y el referéndum, que tendría lugar el día de las elecciones generales de 2004, como si en tarea de esta envergadura estuviera sellado el acuerdo nacional tan indispensable para lograr su cabal éxito, como lo comprueban la reforma de 1956, artífice del Tribunal Electoral y del Código Electoral, la cual cristalizó porque tenía el aval de Ricardo Manuel Arias Espinosa, presidente en ejercicio y de Ernesto de la Guardia Jr., presidente electo, ambos de igual tinte político, y la reforma de 1994, progenitora del título sobre el Canal de Panamá, lograda debido al pacto de caballeros celebrado entre el presidente Guillermo Endara y el presidente electo Ernesto Pérez Balladares, de signos políticos opuestos.

Por eso estimo que el plan trazado por los directivos de la Asamblea está condenado al fracaso. La política es el arte de lo posible y, en este caso, la política orientada a sustituir de ese modo la Constitución Nacional carece de posibilidades de obtener el triunfo, porque está fuera de la prioridad de los factores políticos, que hoy se encuentran concentrados en la competencia electoral; de ahí entonces que el asunto cardinal de la Constituyente o la reforma tendrá que ser abordado con máxima seriedad después de ocurrido ese suceso".

El Acto Legislativo Nº1 de 2004, también acordado por el Gobierno y la oposición integrados por los mencionados partidos políticos,que denominó nuevamente al estatuto supremo:*Constitución Política de la República de Panamá*, serefiere, entre otros, a los aspectos siguientes: la condición de panameño por disposición constitucional, la naturaleza mínima de los derechos constitucionales, el hábeas corpus preventivo, la inviolabilidad de la correspondencia y la prueba ilícita, el debido proceso en las causas disciplinarias, el hábeas data, la Defensoría del Pueblo, la postulación libre para cargos de elección popular, el nombramiento escalonado de los Magistrados del Tribunal Electoral, el retorno al nombre de Asamblea Nacional para designar al Órgano Legislativo y de diputados a sus miembros, la limitación a la cantidad de setenta y un miembros, la elección de un Vicepresidente de la República en vez de dos; los nuevos requisitos para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Procurador General de la Nación y del Procurador de la Administración, de modo que no provengan del Órgano Ejecutivo o de la Asamblea Nacional; la facultad del Pleno de la Corte Suprema de Justicia para investigar y procesar a los diputados; *la Jurisdicción de Cuentas y el Tribunal de Cuentas, así como la manera escalonada del nombramiento de sus magistrados*; y la ampliación de la lista de los servidores públicos que deben presentar al inicio y al término de sus

funciones una declaración jurada de su estado patrimonial. Esta reforma también estableció la Asamblea Constituyente paralela.

En el tema de la Jurisdicción y del Tribunal de Cuentas, el Texto Único de la Constitución Política contempla el artículo 280, numeral 13. Está ubicado en el Capítulo 3.º(La Contraloría General de la República), del Título IX (La Hacienda Pública), cuyo contenido apunta a que es función de la Contraloría General de la República:"*Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades"*.

Así mismo, el artículo 281, ubicado en el Capítulo 4.º de dicho Título, con el lema de *Tribunal de Cuentas*, que prevé lo siguiente: *"Se establece la Jurisdicción de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional, parajuzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de estas por supuestas irregularidades". "El Tribunal de Cuentas se compondrá de tres Magistrados, los cuales serían designados para un período de diez años así: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia". "La ley determinará la creación y funcionamiento del Tribunal de Cuentas".*

El artículo 327, numeral 4, integrante del Capítulo 2.° (Disposiciones Transitorias), del Título XV (Disposiciones Finales y Transitorias),dispone: *"Hasta tanto no se dicte y entre en vigencia la nueva Ley que regule el Tribunal de Cuentas, continuarán vigentes todas las normas y los procedimientos existentes sobre la jurisdicción de cuentas". "Una vez el Tribunal de Cuentas entre en función, todos los procesos que se siguen ante la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría, pasarán a ser competencia de dicho Tribunal"."Para asegurar el nombramiento escalonado, los primeros Magistrados que conformen el Tribunal de Cuentas serán nombrados así: El designado por el Órgano Judicial, por un período de seis años; el designado por el Órgano Ejecutivo, por un período de ocho años; y el designado por el Órgano Legislativo, por un período de diez años"*.

El artículo 304, perteneciente al Capítulo 2.° (Principios Básicos de la Administración de Personal), del Título XI (Los Servidores Públicos), indica que los Magistrados del Tribunal de Cuentas, entre otros altos funcionarios, deben presentar al inicio y al término de sus funciones una declaración jurada de su estado patrimonial, la cual deberá ser mediante escritura pública, en un término de diez días hábiles a partir de la toma de posesión del cargo y diez días hábiles a partir de su separación. Este artículo textualmente dice:

"El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Ordinarios y Especiales, el Procurador General de la Nación y el de la Administración, los Jueces, los Ministros de Estado, el Contralor General de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional, los Magistrados del Tribunal Electoral, los Magistrados del Tribunal de Cuentas, el Fiscal General Electoral, el Defensor del Pueblo, los Directores Generales, Gerentes o Jefes de Entidades Autónomas, los Directores Nacionales y Provinciales de los Servicios de Policía, empleados o funcionarios públicos de manejo conforme al Código Fiscal, deben presentar al inicio y al término de sus funciones una declaración jurada de su estado patrimonial, la cual deberá ser mediante escritura pública, en un término de diez días hábiles a partir de la toma de posesión del cargo y diez días hábiles a partir de la separación". "El Notario realizará esta diligencia sin costo alguno". "Esta disposición tiene efectos inmediatos, sin perjuicio de su reglamentación por medio de la Ley".

Con esta base constitucional, la Asamblea Nacional expidió la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas y reforma la Ley 32 de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República.

En el 2011 el Órgano Ejecutivo conformó una comisión cuyo fin fue recibir propuestas de cambio constitucional y redactar un Anteproyecto de Acto Constitucional. Esta Comisión, conocida como la Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá, tras las consultas pertinentes preparó su Anteproyecto que distingue entre los derechos individuales, económicos, sociales, culturales y de solidaridad; instituye la Jurisdicción Constitucional y la Corte Constitucional integrada de siete magistrados; reduce las competencias del Órgano Ejecutivo; crea el Consejo Superior de la Judicatura; divide la Corte Suprema de Justicia en cuatro salas (Sala de lo Civil, Sala de lo Penal, Sala de la Contencioso Administrativo y Sala de lo Social y Laboral); ordena que el dos por ciento de los ingresos corrientes del Gobierno Central pase al presupuesto del Órgano Judicial y el uno por ciento al del Ministerio Público, el cual queda sin la Procuraduría de la Administración; establece la figura del Fiscal General de la Nación en sustitución del Procurador General de la Nación; se erigen los institutos coadyuvantes de la administración de justicia: Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Instituto de Defensoría de Oficio; se erige la figura de los Jueces de Corregimientos, se ratifica el Tribunal de Cuentas y se le confiere rango constitucional a la Fiscalía de Cuentas, al Tribunal Administrativo Tributario, a la Junta de Apelación y

Conciliación de la Carrera Administrativa, al Instituto Nacional de Medicamentos, a la Autoridad del Agua, etc.

En el tema de la Jurisdicción de Cuentas, el *Anteproyecto de Acto Constitucional*, contiene las normas siguientes:

> Título XIV
> Hacienda Pública
> Capítulo V
> Contraloría General de la República
> "Artículo 479. Funciones.Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la ley, las siguientes:
> (…)
> 17. Presentar las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo, para investigación por la Fiscalía General de Cuentas y en su caso, para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, cuando surjan reparos por irregularidades".
> "Artículo 480. Declaración jurado de estado patrimonial. "El presidente y el vicepresidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Ordinarios y Especiales, el fiscal general de la Nación y el Procurador de la Administración, los jueces, los ministros de Estado, el contralor y el subcontralor general de la República, el presidente de la Asamblea Nacional, los magistrados del Tribunal Electoral, el fiscal general electoral, los magistrados del Tribunal de Cuentas, el fiscal general de cuentas,el defensor del pueblo, los magistrados del Tribunal Administrativo Tributario, los magistrados del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, losdirectores generales, cónsules, notarios, gerentes o jefes de entidades autónomas, los directores nacionales y provinciales de los servicios de policía, los gobernadores, los fiscales del Ministerio Publico, así como los servidores públicos de elección popular y de manejo conforme al Código Fiscal, deben presentar al inicio y al término de sus funciones una declaración jurada de su estado patrimonial nacional y extranjero, la cual deberá ser rendida por el propio interesado.
> A quien incumpla con esta obligación al inicio de su ejercicio, no se le realizará el pago de sus emolumentos hasta tanto no presente la declaración. Cuando el incumplimiento ocurra al término de sus funciones, será sancionado con multa por la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad penal. La ley podrá fijar la obligación de declaraciones intermedias periódicas para los cargos arriba indicados, en atención a la duración de sus periodos".

“Título XV
Tribunales Administrativos Independientes
Capítulo I
Jurisdicción de Cuentas
Artículo 483. Jurisdicción de Cuentas. La Jurisdicción de Cuentas se instituye para investigar y juzgar la responsabilidad derivada de las irregularidades, principalmente contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos.
Sección 1ª
Tribunal de Cuentas
Artículo 484. Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas es una entidad independiente en lo funcional, en lo administrativo y en lo presupuestario, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional y con sede en la ciudad de Panamá para determinar la responsabilidad patrimonial con pleno respeto al debido proceso y la presunción de inocencia.

La ley determinará la organización y el funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Artículo 485 Integración. El Tribunal de Cuentas se compondrá de tres magistrados, quienes serán designados para un período de diez años así: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia.
Artículo 486. Requisitos. Para ser magistrado o suplente de magistrado del Tribunal de Cuentas se requiere:
Ser panameño.
Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.
Ser graduado en Derecho y tener la idoneidad para el ejercicio de la abogacía.
Haber completado un período de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial, del Ministerio Público, Procuraduría de la Administración, del Tribunal Supremo Electoral, de la Defensoría del Pueblo u otro cargo público cuyo ejercicio requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria.
Artículo 487. Prerrogativas. Los magistrados del Tribunal de Cuentas gozarán de los mismos derechos, emolumentos y prerrogativas reconocidos a los magistrados de los tribunales superiores.
Artículo 488. Incompatibilidades. Los cargos de magistrado de

Tribunal de Cuentas son incompatibles con toda participación política, salvo la emisión del voto en las elecciones. También es incompatible con el ejercicio de la abogacía o del comercio y con cualquier otro cargo retribuido, excepto la docencia, fuera del horario de despacho.

Artículo 489. Funcionamiento. El Tribunal de Cuentas, será presidido por un presidente elegido entre ellos mismos, por un término de dos años. Mediante ley se regulará el estatuto de los miembros del Tribunal de cuentas, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

Artículo 490. Fuero Procesal. Los magistrados del Tribunal de Cuentas solo podrán ser suspendidos o removidos de su cargo por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 491. Impugnación. Las resoluciones finales del Tribunal de Cuentas admiten ser impugnadas mediante acción de plena jurisdicción, que se presentará ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 492. Medidas cautelares. Las personas investigadas o procesadas, al igual que las personas que resulten afectadas por las medidas cautelares, en cualquier momento del proceso de cuentas y hasta que sea dictada la resolución de cargos o descargos, podrán solicitar mediante incidente a la sala tercera de lo contencioso administrativo, el levantamiento de las medidas cautelares dictadas.

Sección 2ª

Fiscalía General de Cuentas

Artículo 493. Fiscalía General de Cuentas. La Fiscalía General de Cuentas es una entidad independiente de la jurisdicción de cuentas y administrará su propio presupuesto y estará a cargo de un fiscal general de Cuentas quien tendrá un suplente y será asistido por los servidores públicos que se requieran para el desempeño de sus atribuciones.

La Fiscalía de Cuentas tiene su sede en la ciudad de Panamá y ejercerá sus funciones en todo el territorio de la República por un período de diez años.

Artículo 494. Funciones. Las funciones de la Fiscalía General de Cuentas son:

Defender los intereses del Estado en materia patrimonial.

Ejercer la acción de cuentas, de oficio, por denuncia particular o por reparos formulados por la Contraloría General de la República, cuando surjan irregularidades que afecten fondos o bienes públicos.

Ejercer la acusación en el proceso de cuentas, si fuera el caso.
Ejercer las demás funciones que señale la ley.
Artículo 495. Nombramiento y remoción. El fiscal general de Cuentas será nombrado por el Órgano Ejecutivo sujeto a la ratificación de la Asamblea Nacional por dos tercios de sus miembros de la Asamblea Nacional. El suplente será nombrado de la misma forma que el fiscal general de Cuentas.
El fiscal general de Cuentas y su suplente solo podrán ser suspendidos o removidos de sus cargos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.
Artículo 496. Requisitos. Para ocupar el cargo de fiscal general de Cuentas se debe cumplir con los mismos requisitos e incompatibilidades que se exigen para ser magistrado del Tribunal de Cuentas y tendrán las mismas prerrogativas. El suplente debe cumplir con iguales requisitos".
Disposiciones Transitorias
"Primera. Periodos de los cargos públicos. Se reconoce el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del procurador general de la Nación, del Procurador de la Administración, del contralor general de la República, de los Magistrados del Tribunal Electoral, del Fiscal Electoral, de los Magistrados del Tribunal de Cuentas, del Fiscal de Cuentas, y de los dignatarios del Canal, hechos con anterioridad al 2 de enero de 2013, hasta el término de sus períodos respectivos. Las vacantes que surjan a partir de su vencimiento serán cubiertas de acuerdo con el sistema adoptado en esta Constitución para los mismos cargos, independientemente de su denominación".[54]

Las normas del *Anteproyecto de Acto Constitucional* constituyen,en algunos casos, avances constitucionales y en otros,retrocesos, con respecto a la Constitución vigente.

La denominación del TítuloXV,"Tribunales Administrativos Independientes", parece no compadecerse con la de su Capítulo I,"Jurisdicción de Cuentas" y con la de su Capítulo II, "Jurisdicción Administrativa Tributaria". En realidad, ese Título XV regula dos jurisdicciones independientes o especializadas y dentro de la Jurisdicción de Cuentas dicta normas sobre el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía de Cuentas.

El artículo 483 es en principio una copia del artículo 1 de la Ley 67 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de

54. COMISIÓN ESPECIAL DE CONSULTA DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Anteproyecto de Acto Constitucional (Versión definitiva). Separata. Panamá, 2012, pp. 168-171, 172-174 y 199.

Cuentas. Pero es positiva su inclusión, pues se le remonta del rango legal al rango constitucional. La Ley, conforme a los artículos 280, numeral 13, y 281, de la Constitución vigente, dice: "La Jurisdicción de Cuentas se instituye para juzgar la responsabilidad derivada de las irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos". La norma constitucional propuesta agrega el verbo *investigar*: no solo se juzga la responsabilidad, corolario de las irregularidades, sino que previamente estas se investigan. Aunque al utilizarse el verbo *juzgar*, se entiende que antes debió existir la investigación, estimo que la precisión es absolutamente válida.Se agrega a la norma que la investigación y el juzgamiento obedecen *principalmente* a los reparos de la Contraloría General, de cual se desprende que esta investigación y este juzgamiento pueden emanar de fuentes distintas a la actividad de esta institución (de oficio o denuncia de parte).

El artículo 484 implica así mismo que a la norma legal, *mutatis mutandis*,se le concede jerarquía constitucional. Así, hoy el artículo 5 de la Ley 67 de 2008,revela que "Se crea el Tribunal de Cuentas, de única instancia, independiente en lo funcional, en lo administrativo y en lo presupuestario, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional y con sede en la ciudad de Panamá". Sin embargo, la norma constitucional propuesta sugiere que el Tribunal es de segunda instancia.Ahora bien, con tino indica su finalidad: "determinar la responsabilidad patrimonial"; evidentemente, de los servidores públicos y los agentes de manejo cuando surjan reparos por irregularidades formulados de parte de la Contraloría General de la República (cfr. artículo 479, numeral 17).Lasactuaciones procesales del Tribunal deben apegarse al "pleno respeto al debido proceso y la presunción de inocencia". Finalmente, se repite parcialmente el artículo 281, de la Constitución actual, en el sentido de que "La ley determinará la organización y el funcionamiento del Tribunal de Cuentas".

El artículo 485 dispone que el Tribunal de Cuentas se compondrá de tres magistrados, quienes serán designados para un período de diez años, así: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia, que básicamente revalida lo normado en dicho artículo 281, constitucional.

El artículo 486 prácticamente reitera los requisitos exigidos para los magistrados o sus suplentes en el Tribunal de Cuentas, que aparecen en el artículo 7 de la Ley 67 de 2008. Como dato curioso: se suprime dentro del periodo necesario de los diez años de haber ocupados determinados cargos públicos, el cargo de "investigador jurídico en un establecimiento de enseñanza universitaria", supresión comprensible en un país que se minusvalora, en términos generales, la investigación de las ciencias jurídicas.

El artículo 487 disminuye la condición de los Magistrados del Tribunal de Cuentas, pues indica que gozarán de los mismos derechos, emolumentos y prerrogativas reconocidos a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, cuya jurisdicción y competencia están sujetas al Distrito Judicial correspondiente, cuando el artículo 8 de la Ley 67 de 2008, los ubica en paralelo con las prerrogativas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en razón de que el Tribunal de Cuentas es un tribunal que, a la par de la Corte Suprema y del Tribunal Electoral, goza de grado constitucional y su jurisdicción y su competencia abarcan todo el territorio nacional.

El artículo 488 recoge las incompatibilidades del inciso del artículo 8 de la Ley 67, en el sentido de que el cargo de magistrado de Tribunal de Cuentas es incompatible con toda participación política, salvo la emisión del voto en las elecciones. También es incompatible con el ejercicio de la abogacía o del comercio y con cualquier otro cargo retribuido. La norma excluye la docencia, fuera del horario de despacho. En cambio, la norma legal restringía la excepción al puesto de profesor para la enseñanza del Derecho en los establecimientos de educación universitaria y no hacía alusión al horario de trabajo.

El artículo 489 regula los parámetros del funcionamiento interno del Tribunal de Cuentas. Expresa que será presidido por un presidente elegido entre sus miembros, por un término de dos años. El artículo 10 de la Ley 67 de 2008, en cambio, consagra la elección de una junta directiva, cada dos años, en marzo, compuesta por los dignatarios siguientes: Presidente, Vicepresidente y Vocal. El artículo 489 exige que mediante ley se regule el estatuto de los miembros de este Tribunal, el procedimiento y las condiciones para el ejercicio de las acciones. No parece técnicamente correcta la expedición de una ley especial para un asunto reglamentario, que debió corresponder a la decisión plena de los propios magistrados.

El artículo 490 reproduce parcialmente el artículo 9 de la Ley 67 de 2008. Su tenor determina un fuero procesal más laxo que el fuero previsto en esta ley: “Los magistrados del Tribunal de Cuentas solo podrán ser suspendidos o removidos de su cargo por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”. El texto legal encomienda la función de su juzgamiento al Pleno de la Corte Suprema y explica que les son aplicables los artículos 205 (prohibición de nombramiento si se le ha condenado por delito doloso), 210 (independencia judicial), 211 (destitución, suspensión o traslado solo en los casos y con las formalidades legales), 213 (sueldos o asignaciones) y 216 (detención o arresto solamente por mandamiento escrito de autoridad judicial competente para juzgarlos) de la Constitución Política.

El artículo 491 cónsono con el criterio del Título XV,relativo a que el

Tribunal de Cuentas es un tribunal administrativo independiente y siguiendo la orientación del artículo 82 de la Ley 67 de 2008, permite que las resoluciones finales (cargos o descargos) sean demandas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El error técnico del Anteproyecto es darle impropiamente el nombre de recurso a la acción contencioso administrativa, pues dispone, con el anuncio de *Impugnación*,que "Las resoluciones finales del Tribunal de Cuentas admiten ser impugnadas mediante acción de plena jurisdicción, que se presentará ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El texto de este artículo excluye la acción de nulidad que, con el régimen vigente, es posible promoverla y si esta Sala declara la ilegalidad de la resolución que declare la inexistencia de la responsabilidad patrimonial, debe establecer la que corresponda al procesado.

El artículo 492 atenta contra la pregonada independencia del Tribunal de Cuentas, toda vez que se le permite dictar medidas cautelares contra los investigados o procesados en el proceso de cuentas, pero se le impide resolver los incidentes promovidos por estas o los terceros afectados debido a tales medidas. No hay explicación lógica de que se le reconozca la facultad de dictar medidas cautelares, pero no la facultad de mantenerlas o revocarlas. El artículo indica que "Las personas investigadas o procesadas, al igual que las personas que resulten afectadas por las medidas cautelares, en cualquier momento del proceso de cuentas y hasta que sea dictada la resolución de cargos o descargos, podrán solicitar mediante incidente a la sala tercera de lo contencioso administrativo, el levantamiento de las medidas cautelares dictadas." En este tema, el Tribunal queda, dentro del desarrollo del proceso patrimonial, sujeto a las decisiones de un órgano de justicia ubicado fuera de la Jurisdicción de Cuentas.

El artículo 493 crea la Fiscalía General de Cuentas. En su naturaleza el organismo en funciones es el mismo; pero se le modifica el nombre a la Fiscalía de Cuentas, que es fruto del artículo 19 de la Ley 67 de 2008, fundado en el artículo 281 de la Constitución Nacional, el cual prevé no solo al Tribunal de Cuentas, sino también a la Jurisdicción de Cuentas, en la que tienen cabida los más variados organismos dirigidos a impartir justicia patrimonial y los diferentes organismos auxiliares de esa función. Prosigue la norma: la Fiscalía General de Cuentas es "una entidad independiente de la jurisdicción de cuentas".Considero que debió redactarse apropiadamente la norma: la Fiscalía General de Cuentas es una entidad independiente en la Jurisdicción de Cuentas, como lo es hoy conforme a la ley. O sea, no depende del Tribunal de Cuentas y administrará su propio presupuesto, como lo hace en la actualidad. Finalmente, preceptúa: "La Fiscalía de Cuentas tiene su sede en la ciudad de Panamá y ejercerá sus funciones en todo el territorio de la República por un período de diez años". En realidad, es el Fiscal General, a cargo de la Fiscalía, el funcionario que debe tener un periodo de diez años;

la Fiscalía General es de carácter permanente.

El artículo 494 enumera cuatro funciones básicas de la Fiscalía General de Cuentas. La primera consiste en la defensa de los intereses del Estado en materia patrimonial. La segunda está relacionada con el ejercicio de la acción de cuentas, de oficio, por denuncia particular o por reparos formulados por la Contraloría General de la República, cuando surjan irregularidades que afecten fondos o bienes públicos. Una norma de este tipo modifica el sistema de justicia de cuentas, pues hoy únicamente puede iniciarse la acción de cuentas, en virtud de los reparos de la Contraloría General, la institución que cuenta con el equipo técnico en todo el país para realizar las auditorías y las investigaciones que detecten *prima facie* las irregularidades en el manejo de fondos y bienes públicos. La norma propuesta tendría eficacia si la propia Fiscalía está preparada para llevar adelante las auditorías encaminadas a satisfacer la investigación patrimonial, resultado de la acción de oficio o de la denuncia de cualquier particular, sin necesidad de recurrir a la Contraloría General; pues si sucediera lo contrario, estaría en un problema difícil de solucionar, pues se retornaría al sistema actual, con el agravante que la investigación quedaría suspendida hasta que la institución fiscalizadora pueda incluir la petición del Fiscal en la programación anual y llevar a cabo el trabajo. La tercera gira en torno a la acusación en el proceso de cuentas, si fuere el caso; es decir, el Fiscal debe ejercer la acusación en nombre del Estado cuando el proceso llega a la fase plenaria, sea escrita, sea oral. La cuarta implica el ejercicio de las demás funciones que señale la ley. En este caso, la Ley 67 de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, enumera nueve funciones, incluidas parcialmente la que se refiere a la acción de cuentas y a la acusación en el proceso de cuentas.

El artículo 495 regula el nombramiento y la remoción del Fiscal General de Cuentas. Su nombramiento y el de su suplente corren a cargo del Órgano Ejecutivo, pero están sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional por dos tercios de sus miembros (mayoría calificada). La suspensión o la remoción son competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Ley 67 de 2008 indicaba que su suspensión o su remoción correspondía al Pleno, como lo es para los Magistrados de Cuentas, pero el artículo 39 de la Ley 30 del 16 de junio de 2010 y luego el artículo 3 de la Ley 66 de 26 de octubre de 2010, le asignó tal función de suspenderlo o removerlo a la autoridad nominadora, es decir, al Órgano Ejecutivo.

El artículo 496 coloca a nivel constitucional los requisitos, las incompatibilidades y las prerrogativas del Fiscal General de Cuentas y su suplente, que son los mismos de los Magistrados de Cuentas y sus suplentes. En este sentido, se le ubica en la misma escala que un Fiscal Superior de Distrito Judicial, a pesar de que aquel ejerce sus funciones "en todo el territorio de la República".

Orígenes del pensamiento sobre el control de constitucionalidad en Panamá[1]

Jorge Giannareas

I. Introducción

El actual sentimiento de estancamiento de la evolución constitucional, de que nuestras instituciones constitucionales son inadecuadas, o se han quedado atrás, y de que es necesario que las organizaciones políticas y ciudadanas asuman su responsabilidad en poner al día el marco constitucional, no es la primera vez que ocurre en la ya centenaria vida de la República de Panamá como nación independiente. En cierto sentido, este sentimiento se asemeja a la prolongada crisis de la Constitución de 1904, que solo fue reemplazada 37 años después de haber entrado en vigencia.[2]

En 1922, Eusebio A. Morales (1865-1929) pronunció un discurso como orador de fondo en la graduación de estudiantes de la Facultad de Derecho, en el que dijo lo siguiente: *"La Constitución Política que nos rige ha resultado inadecuada para nuestra nación independiente, y exige en varios aspectos reformas sustanciales."*[3] En 1929, José Dolores Moscote (1879-1956), primer maestro del constitucionalismo en Panamá, publicó la primera obra de derecho constitucional patrio, *Introducción al Estudio de la Constitución*, en la que recoge las enseñanzas que impartía en la Escuela de Derecho y que sirvió de texto en la formación de nuevos abogados hasta entrada la cuarta década del siglo pasado. En dicha obra Moscote afirmaba que la Constitución de 1904 *"había nacido vieja"*, pues sus concepciones provenían de la Constitución Colombiana de 1886, cuya normativa estaba ya lejos de proveer un rumbo apropiado a una nación del siglo XX.[4] Desde mediados de los años veinte y durante toda la década de 1930, la actividad política dirigida a generar un cambio constitucional fue intensa, sin que se produjeran los resultados esperados. La Constitución fue reformada en algunos aspectos muy específicos en 1928 y 1931, pero dichas reformas es-

1. Una versión preliminar de este trabajo fue leída por Miguel González Marcos y Salvador Sánchez González, quienes hicieron comentarios y observaciones beneficiosas para esta segunda versión. Los errores y defectos que puedan quedar son de mi entera propiedad.
2. Un detallado recuento de los pormenores del proceso reformatorio de la Constitución de 1904 que llevó a su inusual derogación se puede leer en VARGAS VELARDE, Oscar, "La evolución constitucional en el Panamá republicano" en la Memoria del X Congreso Panameño de Derecho Procesal del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, pp. 732-755.
3. CONTE PORRAS, Jorge. Panameños ilustres. Imprenta Lil, San José, 1988. P. 180.
4. MOSCOTE, José Dolores. Introducción al estudio de la Constitución. Panamá, 1929.

taban ausentes de las grandes ideas que promovía la vanguardia intelectual del istmo.

Aunque en cierto sentido se puede afirmar que la Constitución de 1972 es la carta fundamental de más larga vida en nuestra historia, pues el próximo 11 de Octubre se cumplirán 42 años desde su expedición, hay algunos argumentos que militan en sentido diverso. El primero de ellos es que ya muy poco queda del articulado inicial aprobado en 1972. El segundo, que el régimen político que sustentó aquella norma fundamental ha desaparecido hace ya buenos años. El régimen político "realmente existente" es fundamentalmente contrario al que se inició bajo la égida de los militares. O, por lo menos, tiene la apariencia de serlo. En mi opinión, el argumento más importante es el esgrimido por César Quintero (1916-2003) en un comentario al cambio constitucional de 1983, en el que señalaba que dichas reformas constituían, en realidad, una nueva Constitución, tanto por su contenido –es decir, el establecimiento de un nuevo régimen-, como por su forma –su aprobación mediante la convocatoria de un referéndum constitucional.[5] Si tomásemos como válida la opinión de César Quintero, la Constitución de 1983 habrá cumplido ya 31 años de vigencia, y, si bien no sería la más duradera, el momento de su reemplazo podría estar muy cerca.

El torneo electoral de 2014 hizo converger a todas las propuestas de campaña político-electoral en la necesidad de un cambio constitucional, ya sea mediante el método de la revisión constitucional, como los verificados en 1995 y 2004, o bien, mediante la convocatoria de una asamblea constituyente paralela, sobre la cual no tenemos experiencia previa, pues su regulación constitucional fue introducida hace apenas una década. La fórmula ganadora en los comicios presidenciales de este año, la Alianza El Pueblo Primero, propuso la convocatoria a una asamblea constituyente paralela como el mecanismo para reformar el orden constitucional. El hecho de que para iniciar este procedimiento de cambio constitucional se necesite de la aquiescencia del Órgano Legislativo, en el cual el Presidente electo no tiene mayoría, nos advierte de las dificultades que deberá enfrentar esta iniciativa. Se trata de una situación que requerirá del arte de la negociación, más que del de la decisión.

Adicionalmente, hay una disputa sobre la naturaleza restrictiva de la asamblea constituyente paralela y sobre su carácter meramente revisionista. Los detractores de la asamblea constituyente paralela arguyen que se trata sólo de un procedimiento más de reforma constitucional, incapaz de lograr la ansiada re-fundación de la república. Aunque no es el propósito de este artículo hacer esta discusión, sí vale la pena dejar anotado que hay sectores políticos que promueven la convocatoria de una asamblea constituyente

5. QUINTERO CORREA, César. "Antecedentes y significado del Acto Constitucional de 1983" en Estudios de derecho constitucional panameño, compilado por Jorge Fábrega. Panamá, 1987. pp. 61-123.

originaria como único método capaz de sanear una democracia envejecida y corrupta.[6]

Los procesos de cambio constitucional distan mucho de ser transparentes para los sujetos que los promueven, los resisten, o los sufren. Las declaraciones políticas, cándidas o malintencionadas, son ciertamente un dato para el análisis;no obstante, pueden ser fuente de desorientación para el debate en espacios públicos donde no participan los expertos, o estos juegan un rol muy marginal. La resonancia que le dan los medios de comunicación a dichas declaraciones–con sus vacíos y desequilibrios- no necesariamente permite concluir que las percepciones, preferencias y decisiones de los ciudadanos estén bien informadas. Por su parte, las intervenciones de los especialistas podrían tener el impacto deseado si armonizan la claridad de los planteamientos con expectativas modestas sobre sus resultados, pues se trata de procesos que ninguna mente controla.

En Panamá el proyecto que debe perseguir un cambio constitucional sustancial se puede sintetizar en una sola idea: la configuración de un Estado constitucional democrático de derecho. Es cierto que esto que se dice fácil requiere de muchas páginas de explicación, pues sus implicaciones están lejos de ser obvias para el público que debate y para el ciudadano que tendrá que votar al final. El presente artículo busca aportar a ese proceso echando luz sobre los orígenes del control constitucional en Panamá, el cual es una de las instituciones pilares sobre las que se asienta dicho cambio. Más como *caveat* que como disculpa, adelanto que estas páginas representan una parte inicial de un proyecto más amplio en que estoy ocupado desde hace dos años.[7]

A continuación me referiré a un momento de cambio constitucional importante en la historia política del país y que, como mencioné antes, guarda quizás algún paralelo con el aire que se respira en la actualidad. Al momento de presentar mis observaciones y comentarios, he buscado, fundamentalmente,comprender el pensamiento que le sirve de resorte a la institución del control de constitucionalidad. La discusión comienza con el proyecto presentado en 1938 por Fabián Velarde (1898-1946) y los comentarios que ese mismo año publicó José Dolores Moscote (1879-1956). Como veremos, una plena comprensión del control de constitucionalidad requiere del estudio del pensamiento que lo crea, que lo propone, que lo impulsa. El Proyecto Velarde es una muestra genuina de los productos de la vanguardia intelectual del nuevo liberalismo que está vinculado temporalmente con la Facultad de Derecho, primera Escuela de Estudios Superiores

6. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Salvador. "Sobre el momento político actual" Revista Panameña de Política No.17 2014, pp. 8-10.

7. Véase mi ensayo "La evolución del debate sobre la jurisdicción constitucional. Una historia de luces y sombras" en GIANNAREAS, Jorge et al. La Sala de la Discordia. Estudios sobre jurisprudencia constitucional. Cultural Portobelo, Panamá, 2012. P. 1-35.

de la nueva república, creada en 1918 por iniciativa del Presidente Ramón Maximiliano Valdés. En la primera graduación de abogados figuraba Fabián Velarde, quien se benefició de las enseñanzas de ilustres maestros del liberalismo, como lo fueron Ricardo J. Alfaro, José Dolores Moscote, Eusebio A. Morales y Julio Fábrega.

No es mi propósito analizar el Proyecto Velarde en forma integral, sino solo en lo que se relaciona con uno de los cambios propuestos, a saber, el relativo al control constitucional. Este quizás representa lo más radical y duradero de todo el acervo de ideas y conceptos que su autor vertió en aquella propuesta, y acompaña con plena coherencia otros cambios, como, por ejemplo, los relativos al catálogo de derechos, que son de carácter epocal y a los que la pluma de Velarde sirvió bien. El trabajo cierra, de modo provisional solamente, con un recuento del pensamiento de Moscote sobre la cuestión del control de constitucionalidad y un bosquejo somero de los nuevos rumbos que despuntan tras lainstitucionalización de una nueva forma de control constitucional en las Constituciones de 1941 y 1946.

Este es pues un esfuerzo de reconstrucción de las raíces históricas del actual debate sobre una jurisdicción constitucional especializada. Buena parte del propósito de refundar la república, o de crear las condiciones normativas para un Estado constitucional democrático de derecho, depende de la claridad con que la reforma que se avecina entienda la naturaleza y la extensión del concepto de Constitución, de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad.

II. Fabián Velarde y su contribución al control de constitucionalidad

En 1938 Fabián Velarde (1898-1946)ocupaba la posición de Abogado Consultor del Estado,[8] institución creada en los albores de la República y que constituye un antecedente de lo que es hoy el Procurador de la Administración. No tenía en aquella época la robustez institucional que le conocemos hoy, pero era un cargo importante en el contexto de los cargos públicos de la época. Velarde había sido nombrado en esa posición por el Presidente Juan Demóstenes Arosemena, al que Velarde había apoyado en los comicios de 1936. El apoyo de Velarde era algo más que el de un copartidario, pues la línea editorial del Diario El Panamá América, a la sazón dirigido por Velarde, había sido un bastión inquebrantable en la campaña electoral que de una manera muy polémica –por decir lo menos- tuvo como ganador a Juan Demóstenes Arosemena sobre Domingo Díaz por un escaso margen de votos. Como director del importante rotativo, Velarde había dedicado buen

8. Véase la excelente biografía de Fabián Velarde escrita por el reconocido jurista y miembro de su linaje Oscar Vargas Velarde, titulada Fabián Velarde, un espíritu renacentista (Cultural Portobelo, Panamá, 2010). Particularmente interesan en este contexto los Capítulos V, VI y VII.

espacio a los temas de debate de la reforma constitucional.

En el año 1937 El Panamá América había prestado sus páginas para dar a conocer el proyecto de reforma constitucional del diputado Jacinto López y León, y artículos de José Dolores Moscote habían vista la luz pública en el periódico dirigido por su alumno. Como el equipo de gobierno de Juan Demóstenes Arosemena no estaba plenamente identificado con la idea de reemplazar la Constitución entonces vigente, Velarde aprovechó la ocasión de unas declaraciones del Secretario de Gobierno Héctor Valdés, en las que el funcionario se pronunciaba en contra de la idea de una nueva Constitución. A través de los editoriales de El Panamá América Velarde fustigó a Valdés sobre la base de que la opinión emitida por el Secretario de Gobierno era personal y no respondía al consenso político de las fuerzas mayoritarias ni al criterio de la administración del Presidente Arosemena. El Abogado Consultor y Director del Diario esbozaba así su opinión:

> *"... quien quiera que desde un plano patriótico intente divisar un nuevo camino que nos permita impulsar a este país por las vías de un verdadero progreso y desarrollar las posibilidades potenciales que tiene, se da cuenta enseguida de que el mayor obstáculo reside en esta organización constitucional que tenemos, perfectamente inadecuada a un país joven, inculto, despoblado y pobre, donde todo está aún por hacer*."[9]

La Constitución vigente era un obstáculo, entre otras cosas, porque

> *"... ningún gobernante podrá llevar a cabo labor sustancial de renovación dentro de ese vetusto y asfixiante marco de hierro oxidado que llamamos Constitución Nacional."*[10]

Los editoriales del Diario El Panamá América tuvieron el éxito buscado. En 1938, el Presidente Arosemena encargó formalmente a Velarde la formulación de un proyecto de reformas constitucionales. Velarde no se ajustó a los términos de referencia que le había enviado la Presidencia de la República y en Agosto de ese año entregó un *Proyecto de una nueva Constitución*. El documento se publicó sin exposición de motivos y solo iba precedido de un párrafo titulado "Advertencia". En dicho párrafo Velarde dice así:

> *"En la labor preliminar de estudio y meditación del plan, indispensable en trabajos de esta índole, llegué a la conclusión de que lo in-*

9. VARGAS VELARDE, Oscar. Fabián Velarde, un espíritu renacentista. Cultural Portobelo, Panamá, 2010. P. 116.
10. Loc. cit.

dicado era redactar una nueva Constitución en lugar de introducir reformas parciales a la actual."[11]

El Presidente Arosemena estuvo de acuerdo con la propuesta de Velarde y anunció la presentación del proyecto en su discurso del primero de Septiembre de 1938, al inicio de las sesiones legislativas correspondientes al tercer año de su periodo de gobierno. El Presidente Arosemena dijo así en el Recinto Legislativo:

"Desde hace algún tiempo voces autorizadas vienen poniendo de manifiesto la necesidad de una reforma constitucional que ponga nuestro Estatuto en armonía con el Derecho Constitucional moderno y al mismo tiempo se ajuste a la realidad de nuestro país. Ese clamor tiene plena justificación."[12]

El proyecto fue aprobado en primer debate por la Asamblea Nacional y recibió extensos y detallados comentarios, observaciones y críticas, publicados en los diarios nacionales por parte de distinguidos intelectuales y miembros del foro, como, por ejemplo, Octavio Méndez Pereira, José Dolores Moscote, Dámaso Cervera, Ismael Ortega y José Isaac Fábrega, a la sazón director de Diario La Estrella de Panamá. Velarde trató de llenar el vacío de una exposición de motivos a través de una serie de piezas cortas publicadas en el Diario El Panamá América. Cuando solo había publicado la parte relativa a los dos primeros Títulos del Proyecto, lo sorprendió la compra de la empresa periodística por Harmodio Arias y la instalación de Octavio Fábrega –socio del nuevo dueño- como nuevo director. No sabemos cuánto más avanzó Velarde en la redacción de la exposición de motivos. Lo que sabemos es que, con el cambio de administración, el Panamá América no continuó la serie de trabajos en la que Velarde explicaba los fundamentos del cambio constitucional que había propuesto.

El *Proyecto* de Velarde no fue todo lo radical que pudo haber sido. Cierto es que amplía el plexo de derechos, pero no incluye la igualdad política de la mujer, por ejemplo. Su principal aporte se encuentra en lo relativo a la modernización del aparato institucional, cuyo comentario excede los propósitos de este trabajo. Entre las innovaciones institucionales que planteó Velarde encontramos un nuevo sistema de control de la constitucionalidad. Velarde atribuyó el control de las leyes a una corporación denominada Tribunal de Garantías Constitucionales (Articulo 118).[13] Hay que recordar

11. VELARDE, Fabián. Proyecto de Nueva Constitución Nacional. Imprenta Nacional, Panamá, 1938. s/n.
12. VARGAS VELARDE, Oscar, "La evolución constitucional en el Panamá republicano", p. 735.
13. VELARDE, Fabián. Proyecto de Nueva Constitución Nacional. Imprenta Nacional, Panamá, 1938. P. 35 y ss.

que en esos momentos la Constitución de 1904 solo regulaba la objeción del Presidente de la República a los proyectos aprobados por el Legislativo, institución conocida como el control previo de constitucionalidad. El artículo 105 constitucional establecía que el Poder Ejecutivo podía, por razones de inconstitucionalidad, objetar un proyecto de ley, en el momento en que éste le era enviado para la sanción presidencial y la correspondiente promulgación. En el marco de la carta fundamental del 1904 se le atribuía a la Corte Suprema la competencia para dirimir el conflicto, si la Asamblea aprobaba el proyecto por insistencia, es decir, por dos tercios de sus miembros. Es decir, la competencia para decidir sobre la exequibilidad de los proyectos de ley estaba asignada a la Corte Suprema de Justicia. Para otros casos, la Constitución guardaba silencio y las reglas aplicables provenían de la legislación vigente.

El modo de control de la constitucionalidad que imperaba era el resultado de la aplicación de algunas pocas normas legales.[14] Dos de ellas provenían del Código Civil, que en su *Título Preliminar* establecía normas generales para la interpretación y aplicación de la ley. El artículo 12 de dicha excerta establecía lo siguiente: *"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá aquella."* En el mismo sentido, el artículo 35 de dicha excerta preceptuaba: *"La Constitución es Ley reformatoria y derogatoria de la legislación prexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución que sea claramente contraria a su letra y espíritu, se desechará como insubsistente."* Finalmente, el Código Judicial también aportaba una regla jurídica cónsona con las del Código Civil ya citadas. El artículo 4 estatuía: *"Es prohibido a los funcionarios del orden judicial aplicar en la administración de justicia, leyes, acuerdos municipales o decretos del Poder Ejecutivo que sean contrarios a la Constitución"*. De acuerdo a dichas normas, cada juez tenía la facultad y la obligación de no aplicar una norma legal si la consideraba contraria a la Constitución. No debe perderse de vista la paradoja que implica construir la supremacía de la Constitución con las herramientas que proporciona la ley. Antes que una sólida estructura del pensamiento jurídico, este conjunto de reglas legales nos permite atisbar la precariedad de la jerarquía de la norma constitucional.

Las debilidades y desventajas de dicho sistema no fueron obvias para quienes formularon dichas reglas, aunque lo puedan ser hoy. En la práctica, la ley no era aplicada uniformemente en el territorio, porque los

14. Salvador Sánchez ha llamado la atención sobre la Ley 45 de 1906, mediante la cual "cualquier individuo" podía pedir a la Corte Suprema que declarara una ordenanza departamental vigente (es decir, las normas "legales" expedidas por las autoridades panameñas antes de la independencia) nula por ser contraria a la Constitución. El dictamen de la Corte no se traducía en una decisión completa y final, sino que colocaba la cuestión de inconstitucionalidad en manos de la Asamblea Nacional, que era el órgano competente para decidir si la ordenanza tenía validez o era nula. Véase Sánchez G, Salvador, "Apuntes sobre la historia de la guarda de la constitucionalidad en Panamá" Revista Debate. pp. 31.34.

criterios de constitucionalidad de los jueces podían variar de un juzgado a otro. Es decir, no había certeza en que una ley expedida sería aplicada al caso en discusión ante un juez. Ni siquiera las decisiones de los tribunales de apelación vinculaban a los jueces de instancia, más allá del caso concreto. Pero el mayor problema era que, en la realidad, los jueces no se atrevían a no aplicar una ley sobre la base de "su" juicio de constitucionalidad. Cabe preguntarse qué preparación académica y profesional podía tener un juez para elaborar un juicio de constitucionalidad sobre una norma, fuera de las obviedades. En 1933, la Corte Suprema había sostenido que en Panamá no existía la posibilidad de que juez alguno "declarara" que una norma legal era inconstitucional. Según el Magistrado Darío Vallarino, ponente en dicha sentencia, ni siquiera la Corte Suprema podía pronunciar un juicio general acerca del conflicto entre una norma legal y la Constitución. En conclusión, la supremacía constitucional no era una propiedad efectiva del sistema jurídico así construido. Dicho sistema se mantuvo inalterado hasta que entró en vigencia la Ley 24 de 1937, propuesta por Eusebio A Morales, mediante la cual se regularon los recursos de revisión y casación. Morales fue quien propuso la norma constitucional sobre el control previo a la Convención Constituyente de 1904, basado, claro está, en la Constitución Colombiana de 1886. El régimen establecido por la Ley 24 de 1937 duró hasta el 2 de enero de 1941, cuando entró en vigencia una nueva excerta constitucional, pero igual cabe hacer un breve comentario sobre en qué consistió el cambio propuesto por Morales.

Con ocasión de la regulación de los recursos de revisión y casación, la Ley 24 creó, además, la posibilidad de un recurso de casación constitucional. Dicho instrumento tuvo como objetivo la uniformización de la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las leyes. Moscote sólo estaba parcialmente de acuerdo con las reformas propuestas por Morales, quien recomendaba, además, entregar a la Corte Suprema la declaratoria oficiosa de leyes inconstitucionales. Al igual que otros juristas,Moscote consideró que el régimen creado por la Ley 24 no satisfacía las expectativas de certeza jurídica que demandaba el estado de derecho y tampoco estaba de acuerdo con que la Corte tuviera la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma legal. El cambio que proponía Moscote era de carácter constitucional y no legal, de allí su interés y su simpatía con el Proyecto Velarde.

Antes de entrar a examinar la propuesta de Velarde, cabe un comentario oportuno sobre el llamado control previo de constitucionalidad. El modo como estaba regulada la objeción de inexequibilidad provenía de la Constitución colombiana de 1886 que rigió en el istmo hasta su independencia en 1903. Como el único que tenía capacidad para manifestar la objeción de inconstitucionalidad contra un proyecto de ley aprobado por el

Legislativo era el Poder Ejecutivo, se puede afirmar que más que un proceso constitucional se trataba de que la Corte Suprema interviniera como un dirimente en un conflicto entre dos poderes del Estado. Más que un claro referente para la justicia constitucional basada en la aplicación del derecho constitucional, el control previo de inconstitucionalidad se presenta como el intento de resolver un conflicto de carácter político por medio de un razonamiento jurídico.

Aunque el Proyecto Velarde creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, le asignó dicha función al Pleno de la Corte Suprema de Justicia (Título XIII, Artículo 130 y siguientes). En 1938 ya eran conocidos los tribunales especiales que ejercían la jurisdicción constitucional –como el de Austria, por ejemplo-, pues Moscote se había referido a ellos en trabajos previos.[15] Sin embargo, Fabián Velarde prefirió asignarle una competencia especial a la Corte Suprema de Justicia, cuando era muy claro que dicho tribunal no era, por su composición, un tribunal especializado en materia constitucional. En el proyecto, la máxima corporación de justicia estaba integrada por un total de diez magistrados (5 en la Sala Civil, 5 en la Sala Penal; el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo era independiente y constaba de 3 magistrados). Probablemente, en su novedosa propuesta, Fabián Velarde se hubo inspirado en la Constitución Española de 1931 que estableció una institución con un nombre similar.

Dicho tribunal decidía los recursos de amparo, institución creada siguiendo el modelo mexicano. No obstante, aquel tribunal no decidía por si sólo sobre la validez de las leyes inconstitucionales, sino que un examen desfavorable a la ley cuestionada, obligaba al Tribunal a enviar el asunto a la Asamblea para que esta dictaminará su validez final. En España, el Tribunal de Garantías Constitucionales comenzó a funcionar el 2 de Septiembre de 1933, como uno de los pilares de las instituciones de la República recién instaurada. Tras el desgaste que significó una prolongada guerra civil, y ante la inminente caída del régimen republicano, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue clausurado en Enero de 1939.[16]

De acuerdo al Proyecto Velarde, el Tribunal de Garantías Constitucionales tendría jurisdicción para decidir sobre tres cuestiones:

> (1) *"inconstitucionalidad de leyes y decretos-leyes"; (2) "el recurso de amparo de garantías individuales"; (3) "la responsabilidad criminal del Presidente de la República, los Ministros de Estado,*

15. Por ejemplo, en su artículo "La constitucionalidad de las leyes", republicado en la colección titulada Instituciones de Garantía en 1943, pero que había sido escrito en 1934, cuando publicó su Orientaciones hacia la reforma constitucional. Véase MOSCOTE, José Dolores, Instituciones de Garantía. Panamá, 1943. pp. 11-26. La referencia a la fecha de publicación original de dicho escrito se encuentra en el Nota No. 8.

16. PAVÓN ORTIZ, Antonio. Asturias liberal. Miércoles 3 de Febrero de 2010.

los Magistrados de la misma Corte Suprema y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, del Procurador General de la Nación y del Contralor General de la República".

En su Artículo 131, el Proyecto Velarde establecía que *"Toda disposición declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales será absolutamente nula"*. He allí, entonces, un punto de inflexión en la evolución del control de constitucionalidad.

El parámetro establecido en el artículo 131 del Proyecto Velarde constituye una norma especialmente importante por dos razones: primero, porque fue la primera vez que se propuso en Panamá una norma que establece con claridad la supremacía constitucional como se entendió desde que, en 1920,Kelsen ideó la configuración del tribunal austríaco, es decir, que uno de los atributos del control jurisdiccional de la Constitución es el ejercicio de la función de legislador negativo, lo que representa un modelo diferente al de la *Judicial Review of Legislation* del constitucionalismo estadounidense. Segundo, porque dicha función es incluida como una de las garantías que el tribunal protege, o, dicho de otra manera, el control de la constitucionalidad de las leyes se convierte en una garantía constitucional junto a la otra garantía constitucional de protección de derechos, o amparo. Sobre la primera de las razones apuntadas,es significativo que Moscote no ofreció ningún comentario específico, como veremos a continuación.

El artículo 127 crea el Tribunal de lo contencioso-administrativo como un tribunal especial, pero no establece sus competencias sino que las delega a la ley que regule la institución.

III. La crítica de Moscote y su nuevo derecho constitucional liberal

En 1938 José Dolores Moscote no sólo era un catedrático reconocido y autor de las principales obras de derecho constitucional en el istmo. Moscote era un eximio representante del liberalismo panameño e inspiraba un respeto reverencial entre los más jóvenes que, como Velarde, habían conocido sobre las entonces tendencias renovadoras del derecho a través de sus enseñanzas. Moscote era en esos momentos un promotor de la función social de la propiedad privada, del dirigismo estatal en la economía, y de la ampliación de la burocracia estatal con el propósito de prestar los servicios públicos y la asistencia social que se correspondía con los nuevos derechos y que en su concepción eran una obligación del Estado.

En octubre de ese mismo año, Moscote publicó una pequeña obra bajo el título *Estudios Constitucionales*, contentiva de dos opúsculos. El primero y más extenso (poco más de 70 páginas) era un análisis detallado del

Proyecto Velarde; el segundo, un comentario más ligero (13 páginas) sobre la nueva Constitución Brasileña. El segundo trabajo había aparecidoantes en las páginas del diario El Panamá América. En dicho diario también se habían publicado algunos comentarios que servirían de base al escrito que después Moscote elaboraría de un modo más completo y denominaría *Estudio del "Proyecto de Nueva Constitución del licenciado Fabián Velarde"*. Como hemos advertido antes, el proyecto Velarde generó críticas y preocupaciones sobre el sentido ideológico y político de la propuesta. Algunos lo habían tildado de "socialista" y "anti-democrático". La intervención de Moscote debemos apreciarla más como un esfuerzo por suplir la falta de una exposición de motivos que diera sustentación conceptual al Proyecto Velarde. En este sentido, los comentarios y observaciones de Moscote son una aplicación de su nuevo constitucionalismo, conocido y desarrollado ya a través de sus obras, empezando con *Introducción al estudio de la Constitución* (1929) y siguiendo con *Orientaciones hacia la reforma constitucional* (1934).

En primer lugar, Moscote buscó distanciarse del Proyecto Velarde ante los rumores de que dicho proyecto era, en realidad, su creación. Este distanciamiento, como se verá más adelante, es más una estrategia que un testimonio inocente. Aunque Moscote reconoce que en el proyecto se introducen novedosos conceptos de orden constitucional por los que él había abogado personalmente durante más de una década, también deja muy claro que no es su pluma la que ha intervenido en modo alguno en la escritura del *Proyecto*, pues cuando conoció el documento "ya estaba terminado". En líneas generales, sus comentarios iniciales son elogiosos del esfuerzo realizado por Fabián Velarde. "*El proyecto, según mi parecer, es una magnífica base sobre la cual una comisión de personas entendidas podría elaborar el definitivo que aprobase la asamblea.*"[17] Esta afirmación de Moscote debe entenderse en el contexto de los fallidos intentos de reforma constitucional de la década de los treinta, y de la existencia de un número plural de proyectos de reforma constitucional, total o parcial, cuya discusión no estaba cerrada aún.[18] Para Moscote, el Proyecto Velarde era la guía más apropiada para llevar adelante la discusión, pese a que su propuesta contuviera "*graves errores de omisión y de comisión en puntos de trascendencia".* Si bien el conjunto de normas e instituciones propuestas no era radicalmente innovador, Moscote resaltó sus aportes, reconociendo que en dicho proyecto pervivían "*sin violencias lógicas,más de la mitad de los artículos de la vieja carta*".

17. MOSCOTE, José Dolores. Estudios Constitucionales. Universidad Nacional de Panamá, 1938. p 16.

18. Vargas Velarde menciona los siguientes proyectos: el de la Comisión creada por la Ley 25 de 1932, en la que participaron Juan Demóstenes Arosemena, Víctor Florencio Goytía, y Darío Vallarino, entre otros; el de Galileo Solís, y el de Jacinto López y León. Véase VARGAS VELARDE, "La evolución…", pp.748-752.

En lo relativo a la creación de los tribunales de Garantías Constitucionales y de lo Contencioso-Administrativo, que propone el proyecto Velarde, Moscote le dispensa sus mejores elogios, pues, en su opinión, dichas instituciones contribuyen a hacer más firme el estado de derecho. Moscote recuerda la frase de Hauriou, la "bastilla del parlamento", y se refiere a la corporación representativa como un "*peligro constante contra las libertades civiles, porque todavía se cree que la ley es la voluntad general unánime y despojada de toda pasión, según la fórmula de Aristóteles*". Moscote fundamenta el control constitucional que deberá ejercer el nuevo Tribunal en la desconfianza que le merece el órgano legislativo y su instrumento, la ley. Continúa Moscote así:

> *"(...) porque todavía se piensa que poder legislativo y soberanía nacional son una sola y misma voluntad infalible cuando la verdad es que las paradojas de Rousseau han caído en completo descrédito y ahora tenemos a nuestra disposición la experiencia de más de un siglo, un conocimiento cabal de la doctrina americana de las limitaciones del poder legislativo, un análisis penetrante del principio mismo de la soberanía nacional, y sabemos, por todo ello, que el poder legislativo es un poder gubernamental mayoritario sujeto a trabas políticas y electorales que nos ha dado ya demasiadas leyes malas e inútiles."(Página 62)*

Para Moscote la elevación del estado de derecho a principio rector de la vida en sociedad requería el reforzamiento del valor de la Constitución sobre el de la ley, así como una clara separación de los poderes del Estado, e instrumentos de protección de los derechos. No se trataba de una mera operación conceptual: en la práctica la Constitución debía erigir barreras contra el poder mayoritario que se ejercía desde el poder legislativo. No hace Moscote una contraposición entre soberanía nacional y voluntad legislativa; hay una fusión, o más bien una confusión, entre el concepto de soberanía nacional –que erróneamente Moscote atribuye a Jean Jacques Rousseau- y el poder legislativo. La dificultad de esta formulación radica en que la superación de "la ley" la busca Moscote en el concepto de "soberanía de la ley", lo cual conduce a una paradoja aparente que vale la pena decodificar.

La imprecisión de Moscote en su lectura de Rousseau es reveladora del nuevo tipo de fundamentación constitucional que propone el maestro. En realidad, el pensador ginebrino no formuló una teoría de la soberanía nacional propiamente hablando. Rousseau, cuya vida terminó repentinamente en 1778, es decir, 11 años antes de que iniciase el proceso revolucionario en Francia, propuso una teoría de la soberanía popular, que a su vez era crítica de Hobbes, pues para el autor de *Leviathan* (1651) el soberano era solo el Es-

tado.[19] En Rousseau, el soberano es el pueblo, entendido como reunión o asociación de ciudadanos: la ciudadanía es el principio activo de la soberanía.[20] Aunque Rousseau utiliza el término "nación" en algunas pocas ocasiones en *DuContrat Social* (1762), su mirada privilegia lo institucional sobre lo cultural. El pueblo rousseauniano es una construcción más política que cultural o socio-psicológica; la nación, por su parte, es un constructo más cultural e histórico que político. Además, Rousseau fue enfático en afirmar que la soberanía no puede ser representada, de allí que no cabe, dentro del marco conceptual de *DuContrat Social* (1762), el que una asamblea constituyente, que no es más que una corporación de representantes del pueblo, se arrogue el atributo de la soberanía. Para el ginebrino, más que representantes, los miembros de una asamblea son delegados.[21]

La construcción de la doctrina de la soberanía nacional como fundamento del poder constituyente es un legado del momento revolucionario francés y se la debemos al acumen del Abate Sieyés, que muy conscientemente la utilizó para justificar el poder absoluto de la Convención Constituyente en Francia en momentos decisivos.[22] Claro, puede afirmarse que se trata de una deriva rousseauniana; sin embargo, sus consecuencias prácticas están más allá del autor de *DuContrat Social*. La doctrina de la soberanía nacional irrumpió por primera vez en los textos constitucionales con la carta constitucional francesa de 1793 y fue eficaz para abolir el régimen monárquico y ordenar la decapitación del Luis XVI. Para Sieyés la nación, siguiendo el *ethos* de la revolución, está por encima de la Constitución y no puede ser limitada por ésta; la nación, en consecuencia, habla por boca de sus representantes políticos reunidos en asamblea constituyente. La implicación histórica de esta construcción consiste entonces en que la soberanía, con sus características de poder supremo, inalienable e ilimitado se convierte en un atributo de la convención constituyente. La Constituyente todo lo puede, no hay límites que le sean externos. Llegamos pues a las antípodas del constitucionalismo de cuño anglosajón, que con el *Bill of Rights* (1689) y la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) marcó hitos históricos cruciales en la lucha por limitar el poder del Estado. Las últimas reflexiones de Sieyés, en el sentido de crear una corte o jurado constitucional para frenar los abusos del gobierno llegaron muy tarde en el proceso revolucionario francés, pero hoy se les cita como un antecedente de relativa importancia.[23]

19. HOBBES, Thomas. Leviathan. Edited by Richard Tuck. Cambridge, 1991. Particularmente el capítulo XVIII.

20. ROUSSEAU, Jean Jacques. Du Social Contrat, ou Principes du droit politique. Une œuvre du domainepublic. Especialmente el Libro II, capítulos 8 al 10.

21. «La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle peut être aliénée», op. cit. Livre 3 Chapitre 15.

22. Véase una interesante colección de escritos de esta figura revolucionaria en PANTOJA MORÁN, David, Escritos políticos de Sieyés. FCE, Mexico, 1993.

23. La colección de Pantoja Morán antes mencionada recoge los escritos descubiertos y publicados

La Constitución de 1904, vigente en 1938 tras múltiples reformas, establecía en su artículo primero *"El pueblo panameño se constituye en Nación independiente y soberana…"*, y en su artículo segundo, *"La soberanía reside en la Nación, quien la ejerce por medio de sus representantes…"*. Ya en el texto mismo de la Constitución se aprecia el desplazamiento de la doctrina de la soberanía popular por la de la soberanía nacional. Moscote no tiene duda alguna acerca de los abusos a los que históricamente se prestó la doctrina de la soberanía nacional, y piensa que en Panamá dicha concepción es obsoleta y carente de sentido. El hecho de que Moscote lea a Sieyés en la obra de Rousseau y no distinga entre soberanía popular y soberanía nacional, y las rechace a ambas, lo obliga a buscar su fuente de sustentación para la limitación del poder político en un concepto diferente de Estado, ligado más bien a una racionalidad sistémica del derecho, antes que a un *desiderátum* proveniente de sujetos o fuerzas políticas. Se trata de un atributo del cuerpo social y no de un acto de voluntad política. En su obra *Orientaciones hacia la reforma constitucional* (1934) Moscote denomina a esta tendencia emergente la "racionalización del poder", la cual identifica con la democracia.[24]

Moscote discute este punto en sus comentarios al Título Primero del *Proyecto Velarde* no sin revelar, calladamente, en una nota a pie de página, que fue él quien le sugirió a Fabián Velarde el concepto de "soberanía de la ley", que tanto rechazo y comentario malintencionado había ocasionado por parte de miembros del foro contra el proyecto y su autor. En efecto, el proyecto Velarde sustituyó la fundamentación del poder político por un concepto hasta entonces desconocido por la mayoría de los juristas panameños. En su artículo primero, decía la carta propuesta, *"La Nación panameña se reconstituye en un Estado independiente, bajo la soberanía de la ley,..."*. Al defender el Proyecto Velarde por haber prescindido del concepto de "soberanía nacional" y reemplazarlo por el de "soberanía de la ley", Moscote asume, como cuestión de hecho, la autoría intelectual de las ideas-fuerza que impulsaban el audaz cambio propuesto por Velarde. En palabras de Moscote, dicho cambio no es más que una *"obra exclusiva de la fuerza interior de las ideas y de ningún modo el supuesto influjo de falsas tendencias antidemocráticas."*

Moscote justifica la omisión del término "soberanía nacional" del Proyecto Velarde como el *"acatamiento reflexivo a las conclusiones de medio siglo de crítica positivista y realista"*. La nueva ciencia del derecho, impulsada, como la entiende Moscote, por los motores del positivismo y el

---

en 1939 por Paul Bastid. En uno de ellos, que data de 1794, se puede leer a Sieyés tratar de enmendar sus propios errores: "Los poderes ilimitados son un monstruo político y un gran error del pueblo francés. No volverá a cometerlo en el futuro. Les diréis además una gran verdad… ni el mismo tiene esos poderes, esos derecho ilimitados que sus aduladores le han atribuido." Opcit, p. 243.

24. MOSCOTE, José Dolores, Escritos. RevistaLotería 278-279, abril mayo 1979. p. 185

realismo, ha destruido de modo irreversible el concepto vacuo de una autoridad fundada en la voluntad colectiva. Así dice:

> *"Si "el pueblo", a quien se le atribuye una voluntad soberana, quiere decir simplemente el conjunto de todos los miembros de una comunidad pública, hay que convenir en que ese tal "pueblo" es solo una colectividad amorfa que, efectivamente, tiene muy poca o ninguna importancia legal o política. Si, por el contrario, la palabra "pueblo" significa "los votantes" las dificultades que de este concepto surgen para identificarlos anulan prácticamente su eficacia porque los tales "votantes" no constituyen en ninguna parte un cuerpo unificado con definida capacidad colectiva."*

La demoledora crítica contra la concepción tradicional de la soberanía que la hace descansar en la voluntad del pueblo, o la nación, que para Moscote es lo mismo, es un aspecto central del nuevo constitucionalismo liberal por el que propugnan las contribuciones que provienen de la pluma ilustrada del maestro. Por eso, el concepto de "soberanía de la ley" no puede entenderse como soberanía del poder legislativo, como ya se dijo antes, sino más bien como "soberanía del derecho", que a su vez tiene su fundamento en la Constitución, y no, principalmente, en la forma de ley. Esta fórmula busca darle operatividad al concepto anglosajón de "*rule of law*", desde su base constitucional. En este sentido, se podría decir que la frase "soberanía de la ley" que defiende Moscote en las páginas iniciales de su estudio ha de ser replanteada como "soberanía de la Constitución", a fin de evitar la aparente contradicción con lo que se afirma hacia el final de dicho estudio, cuando se aboga por la nueva modalidad del control de la constitucionalidad.

Aclarado el fundamento del nuevo tribunal y sus funciones, procede ahora revisar las dos objeciones al Proyecto Velarde que amablemente discute Moscote. La primera se refiere a la creación del nuevo tribunal:

> *"Se puede, no obstante, desde un punto de vista práctico, discutir si en vez de un tribunal que, por la forma, parece algo anodino o ficticio –puesto que se confunde con la corte suprema de justicia- no habría sido mejor adoptar la fórmula constitucional respectiva del estatuto colombiano." (p. 68)*

Moscote entonces transcribe la norma introducida por la reforma colombiana del 1910, que confiaba la guarda de la integridad de la Constitución directamente a la Corte Suprema de Justicia.

La segunda objeción se refiere al "ordinal c" del artículo 130 que establecía que una de las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales era la determinación de la responsabilidad de la responsabilidad criminal del Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado. Se trata, alega Moscote, de un concepto *"extraño",* porque un tribunal de garantías *"no debe tener nada que hacer con esa clase de juicios, en los cuales no está envuelta ninguna consideración de índole constitucional."* En realidad, Moscote no objeta que sea la Corte la instancia en la que se haga el juicio político, o *impeachment*, según la tradición anglosajona: *"Si la corte ha de conocer de tales juicios ese ordinal debe hallarse entre las atribuciones propias de ella".*

IV. El control constitucional según las enseñanzas de Moscote

La Asamblea Nacional correspondiente al periodo 1936-1940 no alcanzó a aprobar una reforma constitucional parcial o total, repitiendo el patrón de mucha discusión y falta de consenso que había caracterizado a la Asamblea del periodo inmediatamente anterior. Como el procedimiento que se había practicado hasta entonces consistía en la aprobación mediante dos Asambleas, los cambios que se querían introducir no podrían entrar en vigencia sino hasta 1944, en el mejor de los casos, es decir, cuando los aprobase la Asamblea que iniciaría su periodo en ese año y con efectos, para ciertas materias, a partir del siguiente periodo, es decir, el que debía iniciar en 1948.

No debe extrañar entonces que en 1940, el Presidente de la República Arnulfo Arias Madrid, tan pronto se juramentó en el cargo, tomó la decisión de aprobar una nueva Constitución "con carácter urgente". Se nombró como redactores del proyecto a los juristas Manuel Herrera Lara (de amplia trayectoria como Magistrado de la Corte Suprema) y a Publio A. Vásquez (que luego sería Magistrado de la Corte Suprema en dos ocasiones). El proyecto elaborado por Herrera Lara y Vásquez fue discutido por una comisión integrada por José Pezet, elegido como Presidente de la Asamblea Nacional y Primer Designado, dos diputados, Roberto Jiménez y Fabián Velarde, que recién había conquistado una curul, y dos abogados, Galileo Solís, el redactor de uno de los proyectos de reforma constitucional, y Felipe Juan Escobar. Es curioso que Velarde, Solís y Escobar pertenecen a esa primera generación de graduandos de la Facultad de Derecho que se fundó a instancias del Presidente Ramón Maximiliano Valdés y conoció el derecho a través de las enseñanzas de Ricardo J. Alfaro y José Dolores Moscote.

El Presidente Arias Madrid se apartó de la regulación constitucional para proceder a la reforma de la Constitución y siguió un camino sin

precedentes por su velocidad y por su lenguaje. El proyecto que salió de la Comisión fue discutido nuevamente por otra Comisión de diputados, uno por cada provincia, que produjo un pliego de 75 modificaciones. Luego sufrió nuevas modificaciones en el Pleno Legislativo y finalmente fue votado en segundo y tercer debate. Todo ello en escasas tres semanas. El 26 de noviembre de 1940 Arias Madrid dictó un decreto en términos inusitados, pues declaraba que asumía "la representación suprema del Estado", derogaba la cláusula reformatoria de la Constitución y convocaba a un plebiscito el día 15 de diciembre. Quince días fueron suficientes para que la nación estudiara el proyecto y le impartiera aprobación. Los resultados escrutados dieron un 98% de votos favorables con un altísimo porcentaje de participación electoral. El 2 de enero entró a regir la nueva Constitución.

Aunque el talante autoritario del procedimiento emprendido por Arias Madrid tiene una contrapartida en el contenido mismo de algunas normas de la nueva carta constitucional (por ejemplo, las relativas a la restricción migratoria por razones raciales),vale la pena comentar que el producto de tan breve proceso conservó las observaciones que Moscote hizo al Proyecto Velarde en la obra *Estudios Constitucionales*, tanto en lo relativo a la atribución del control constitucional al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, como en lo relacionado con la eliminación de toda referencia al concepto de soberanía nacional, término que fue re-emplazado por el de "autoridad pública" en la nueva Constitución.[25]

Está fuera de toda duda que la Carta Constitucional de 1941 trajo al derecho constitucional panameño instituciones novedosas. Un poderoso plexo de garantías constituyen quizás la parte medular del nuevo texto: control de constitucionalidad de las leyes atribuido exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia (Artículo 188), amparo de garantías constitucionales contra toda orden de hacer o no hacer (Artículo 189), y jurisdicción contencioso-administrativa para resguardar a los administrados contra los actos ilegales de los funcionarios de gobierno (Artículo 190). La separación de poderes y el equilibrio entre poderes está articulado de una manera clara y sencilla: si los abusos provienen del Legislativo, el control de constitucionalidad de las leyes entra en acción; si provienen del Ejecutivo en detrimento de los particulares, el amparo de garantías es el remedio eficaz si se trata de derechos constitucionales y la jurisdicción contencioso-administrativa si se trata de un desmedro de la legalidad.

En 1943 Moscote publicó dos obras: primero salió a la luz *Instituciones de Garantía*, una compilación de 5 piezas cortas, algunas ya publicadas parcialmente en sus obras anteriores;tres de las cinco piezas tratan de la jurisdicción contencioso-administrativa, la primera y la tercera sobre

25. QUINTERO, César, Evolución Constitucional de Panamá. Bogotá, 1988. En esta obra Quintero considera que aprobada "por una especie de golpe de Estado "técnico" que el Gobierno se dio así mismo", pp. 62-63.

constitucionalidad de las leyes e instituciones de garantía respectivamente. En el artículo titulado "Instituciones de Garantía", que no ocupa más de 30 páginas, encontramos los primeros análisis de Moscote sobre la Constitución de 1941, que, como ya hemos visto, consagraba sus observaciones aleccionadoras, emitidas desde los años veinte. Meses más tarde, Moscote publicó su *Derecho Constitucional Panameño*, un tomo enjundioso que a la postre sería su *magnum opus*. En realidad, dicha obra recoge todos los planteamientos de las obras anteriores de Moscote, y los capítulos "La constitucionalidad de las leyes"e "Instituciones de garantía" publicados en la compilación *Instituciones de Garantía* reaparecen como un capítulo integrado en la gran obra.[26] No hay pues diferencias entre una y otra. Moscote tampoco era fiel partidario de la expresión "instituciones de garantía", según confiesa, pues la consideraba como poco apropiada cuando se trataba de exponer los recursos extraordinarios a disposición del ciudadano.[27]

Sobre el Proyecto Velarde, Moscote había dicho que en él ha "triunfado el principio, que no la forma, de la doctrina americana" sobre el control constitucional de las leyes.[28] Como ya se ha dicho, la forma del control vigente en Panamá, como la entiende Moscote, es la que proviene de la reforma colombiana de 1910. En una nota a pie de página de *Instituciones de Garantía*, Moscote se expresa en el mismo sentido, al decir que la Constitución de 1941 optó por la fórmula de la Constitución colombiana y dice lo siguiente:

> *"Fue Colombia el primer país que dio en forma tan nítida competencia al poder judicial para cuidar de la inconstitucionalidad de las leyes. Se ha pretendido que la Alta Corte Constitucional que prevé la constitución austríaca de 1920, redactada bajo las inspiraciones del profesor Kelsen, se inspiró, a su vez, en la fuente colombiana; pero esto es excesivo. La Alta Corte dicha está organizada sobre la base de numerosos artículos o disposiciones que abarcan un radio enorme de acción sobre las más diversas materias y nada se advierte en ellas que justifique tal parecer."(Página 26)*

26. He tenido acceso a la 2ª edición, publicada por la Universidad de Panamá en 1960, como edición conmemorativa del XXV Aniversario de la institución. Esta edición no contiene ningún cambio respecto de la primera, se trata pues de una re-impresión, pero la paginación es diferente debido a una variación del formato. El Capítulo XIV está dividido en dos partes, la primera lleva por título "La constitucionalidad de las leyes" y la segunda, "Instituciones de garantía", y ocupan las páginas que van de las 565 a la 614. El Capítulo XIV está situado después de lo relativo al régimen provincial y municipal y solamente antes del capítulo correspondiente a la reforma constitucional, que es el último. Como la obra corta es de más fácil manejo que la obra extensa, utilizóInstituciones de Garantía para complementar mis comentarios sobre algunas peculiaridades del análisis de Moscote sobre el control constitucional.

27. MOSCOTE, Instituciones, p. 43.

28. MOSCOTE, Estudios, p. 62.

Moscote está plenamente consciente de que el tipo de control que emerge de la reforma constitucional colombiana de 1910 se distancia de la *judicial review*, pero no entra en el análisis del tipo de control constitucional que emerge de la experiencia austriaca, del que solo encontramos referencias fugaces y poco significativas. Más influido por las enseñanzas de Duguit que por las de Kelsen, Moscote le da más espacio a la opinión del maestro francés, que considera que Francia ganaría con la introducción de la práctica norteamericana en el control de constitucionalidad de las leyes. En cuanto al "sistema de tribunales especiales" encargados del control de la Constitución,nos dice Moscote de pasada, sus referentes principales son "Checoeslovaquia, Alemania y España". Queda implícito que Moscote no considera que el tipo de control constitucional inaugurado por el tribunal constitucional austriaco sea digno de mayor auscultación. Cabe preguntarse por qué.

Es verdad que Moscote entiende que ambos sistemas, el de la *judicial review* y el de los "tribunales especiales", son expresiones del principio de la racionalización del poder y que las diferencias entre uno y otro tienen que ver con

> *"consideraciones técnicas…, sobre todo, con el método de organización del control, y que, en síntesis, conducen a la cuestión de la independencia del órgano que debe ejercerlo. Se fundan también en consideración al objeto que cada país cree que debe tener la defensa de la Constitución."*[29]

Se colige entonces que para Moscote la discusión sobre el control de constitucionalidad pasa por dos ejes: el primero, "el órgano de control", y el segundo "el objeto del control". Esto explica su desinterés por el tipo de control ideado por Kelsen, según el cual el tribunal constitucional, era un tribunal especial, creado fuera del Poder Judicial y adscrito al Poder Legislativo, y que su función era esencialmente nomofiláctica. Este tribunal era sustancialmente diferente de los tribunales de justicia constitucional del que aparecen algunos antecedentes en el siglo XIX. Moscote, siguiendo la tradición colombiana, pensaba que el control debía estar judicializado, tener como asiento exclusivo a la Corte Suprema, y proteger tanto las normas constitucionales como los derechos que ellas consagraban.

Es oportuno recordar aquí que,a instancias de Moscote,la Constitución de 1941 consagró la norma sobre el amparo de garantías constitucionales y que el Proyecto Velarde le asignaba dicha competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales. El comentario de Moscote en relación con el artículo 189 de la Carta de 1941 es del siguiente tenor:

29. MOSCOTE, Instituciones, p. 26.

"No hay en las constituciones modernas antecedentes precisos de este artículo que da forma y contenido a un recurso estrechamente emparentado con el que contempla el 188 en salvaguarda de la integridad de la Constitución, con el juicio de amparo mejicano, y con el de habeas corpus cuyos orígenes son bien conocidos."(Página 49)

La relación de parentesco que Moscote postula entre el control de constitucionalidad de las leyes, el amparo de garantías y el habeas corpus no debe pasar inadvertida. Sin embargo, no está del todo claro si se trata de un "sistema de garantías constitucionales" cuyas competencias pueden estar repartidas entre distintas corporaciones de justicia, ode un "sistema de competencias constitucionales" exclusivas de las que debe estar munido el "órgano de control" constitucional. Moscote no discute este punto directamente; no obstante, hace un extenso análisis de una decisión que en fecha reciente, esto es, posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1941, había tomado el Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, en un caso de amparo de garantías por violación de derechos y no objeta la competencia de dicho tribunal. Aun así, el parecer de Moscote no es claro, pues concluye su comentario del caso abogando por la pronta creación del tribunal especial de lo contencioso-administrativo, mandatada por la Constitución, pues de dicha corporación depende que se decida adecuadamente casos de este tipo. ¿Era Moscote partidario de que la Corte Suprema de Justicia fuese el único tribunal competente en materia de amparo, de la misma forma como lo era en materia de constitucionalidad de las leyes, una vez fuese creada la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo?

Finalmente, es de rigor llamar la atención sobre la total ausencia en Moscote de ciertos conceptos que desempeñaron un rol clave en la construcción de la llamada doctrina europea sobre el control de la constitucionalidad y que alumbraron el camino de la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 y la Constitución Española de 1978, por mencionar tres excertas que hoy ejercen una influencia paradigmática en el pensamiento constitucional en América Latina. Me refiero a los términos"control difuso" y "control concentrado", que,como se ha visto, no fueron utilizados por Moscote en sus más elaboradas enseñanzas, ni por sus discípulos que llevaron a fruición la recomendación del maestro en introducir un nuevo sistema de control de constitucionalidad.

Se puede argumentar que en los tiempos en que escribía Moscote su nuevo derecho constitucional liberal, dichos conceptos aún no habían sido integrados en el análisis de las instituciones de control constitucional. Si bien eso podría ser cierto en relación con América Latina, particularmente, en relación con la reforma colombiana de 1910, no lo es en lo tocante a las

fuentes europeas. Fue Carl Schmitt en su obra *La defensa de la Constitución*, publicada en 1931, el primero en formular los conceptos de "control difuso" y "control concentrado". Como dicha obra es de crítica y análisis del Estado de derecho y la democracia parlamentaria, su presentación no es didáctica, pues aparece en una nota a pie de página en el capítulo dirigido a demoler la idea de que la "justicia" puede cumplir el rol de ser "protectora" de la Constitución. Dicha nota dice así, "*Propongo el término "difuso" para designar el concepto opuesto al de derecho de control "concentrado" en una sola instancia.*[30]

La obra de Schmitt fue traducida ese mismo año por Manuel Sánchez Sarto para Editorial Labor, y los juristas de la España republicana la leyeron y estudiaron con ahínco.[31] Moscote, que leía directamente del inglés y del francés, de los que había traducido obras al castellano, pero no alemán, conoció la traducción de Sánchez Sarto en forma temprana y se refirió a ella en uno de sus escritos publicados en 1934, cuyos párrafos volvió a utilizar en sus obras publicadas en 1943, cuando ya la situación de Alemania y de Carl Schmitt eran muy otras. En una larga cita que hace Moscote de dicha obra los términos "difuso" y "concentrado" aparecen sin que haya una apropiación del autor panameño para el resto de su análisis. Dicha cita de *La defensa de la Constitución*, en la parte que nos concierne, dice así:

> *"Prescindiendo de la confusión y de la comodidad que encierra la frase "estado de derecho"; prescindiendo, además, de la necesidad generalmente sentida de una centralización y concentración del derecho de control difuso que en Alemania detentan numerosos tribunales supremos, acaso existe todavía una explicación nueva y más interesante del hecho de que, en la actualidad, quiera erigirse un tribunal judicial decisivo como protector de la constitución…. (Énfasis añadido, página 15)"*

Es curioso que Moscote utilice esta cita para reforzar su tesis a favor de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes, sin percatarse de que el autor alemán que convoca desarrolla un argumento contrario al que él comparte. Contra *La defensa de la Constitución* Kelsen escribiría el opúsculo¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, con el objetivo de demostrar que un "derecho constitucional" sólo puede ser defendido por un tribunal que ejerza una función jurisdiccional.[32] El argumento que desarrolla

30. SCHMITT, Carl, La defensa de la Constitución. Tecnos, Madrid, 1983. p. 52.

31. Véase el Prólogo de Pedro de Vega a la reedición de Tecnos, en el que explica la paradoja de un Carl Schmitt inspirador de los juristas de la República y olvidado por la dictadura franquista.

32. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Traducción de Roberto Brie. Tecnos, Madrid, 1995. Esta traducción publicada por Tecnos es la primera que se hace al español de la que indudablemente es una de las obras más importantes del pensamiento constitucional del siglo XX.

Kelsen está más cerca del objetivo de Moscote que cualquier perla que Carl Schmitt pudiera ofrecerle, pues el profesor alemán es, en realidad, el gran antagonista de Hans Kelsen y su tribunal austríaco. La obra que Moscote cita, en particular, es el gran manifiesto de un entonces encumbrado jurista del III Reich –en camino de convertirse luego en un miembro del partido nazi- que abogaba por una interpretación de la Constitución de Weimar que colocase en manos del Poder Ejecutivo los poderes necesarios para asegurar la supremacía constitucional, que Schmitt denominaba la "protección" de la Constitución.

V. Nuevos rumbos del pensamiento sobre el control de constitucionalidad

Junto a Ricardo J Alfaro y Eduardo Chiari, Moscote fue uno de los redactores del proyecto que sirvió de base para los debates de la Asamblea Constituyente elegida en 1945. Dicho proyecto mantuvo los avances logrados en el texto de la Constitución de 1941. Siguiendo la técnica de dicha excerta se colocó en un título hacia el final de la Constitución (justamente antes del de la reforma de la constitución) y bajo la denominación de "Instituciones de garantía" la regulación de las figuras del control de constitucionalidad. En el artículo 251 del Proyecto se estableció que *"A la Corte Suprema se le confía la guarda de la integridad de la Constitución"*, lo que incluía, además del control previo, la activación del control por vía de acción y por vía de consulta del funcionario encargado de aplicar una norma legal que considerare inconstitucional. El artículo 252 consagraba la acción de amparo de garantías constitucionales y el artículo 253 creaba la jurisdicción contencioso-administrativa. Como se ve, es la misma arquitectura que consagró la Constitución de 1941 y que desarrolló Moscote en sus varias obras.[33]

La excerta aprobada el 1 de marzo de 1946 por la Convención Constituyente en muy poco se aparta del proyecto presentado por Alfaro, Chiari y Moscote.[34] No obstante, entre las pocas cosas que los constituyentes cambiaron fue el orden y la ubicación de las llamadas "instituciones de garantía". El artículo 252 del proyecto, sobre amparo, se insertó en la sección primera sobre "garantías fundamentales" del Título III "Derechos y deberes individuales y sociales" donde pasó a ser el artículo 51. El artículo 251 del

33. He consultado el Proyecto de Alfaro, Chiari y Moscote a partir de la publicación que hizo el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, titulada Constituciones de la República de Panamá, que lleva por fecha mayo de 1968 y un Prólogo de César Quintero. El Proyecto se encuentra de la página 173 a la 220, y la -enjundiosa- exposición de motivos, de la 113 a la página 172. Como se puede apreciar, se trata de un proyecto en el que la parte explicativa es más extensa que la parte normativa.

34. He utilizado una edición oficial impresa en marzo de 1946, disponible en línea.

proyecto, sobre la guarda de la Constitución,fue incluido en el Título VII sobre el Órgano Judicial, como artículo 167, y le asignó dicha atribución a la máxima corporación de justicia como atribución especial, "además" de otras que le confieran la Constitución y las leyes. Dicho artículo regulaba varias figuras de control, pues incluía el control previo y la consulta. El artículo 253 del proyecto, sobre el contencioso-administrativo, es el único que permaneció en el viejo título sobre instituciones de garantía al final de la Constitución. Bajo la denominación de "Jurisdicción Contencioso-Administrativa", el Título XIV de la Constitución de 1946 reguló el Tribunal "especial" de lo contencioso-administrativo, pues se decía, en su artículo 252, que dicha entidad "funcionará con independencia de los órganos ejecutivo y judicial".

Con estos cambios, desapareció propiamente el título sobre "instituciones de garantía", y, aunque se conservó la sustancia de las instituciones que había recomendado Moscote desde los años treinta cuando comentó sobre el *Proyecto Velarde,* hay un cambio sobre la institución del control: el amparo de garantías constitucionales ha quedado potencialmente aislado respecto de la función originaria del control de constitucionalidad. Si se considera que aun en la nueva ordenación de las garantías, el amparo puede ser considerado como una forma de control de constitucionalidad, entonces el concepto de control de constitucionalidad se ha fragmentado.

El sistema de garantías por el que muy temprano había propugnado Moscote había pasado de una Constitución a otra con ciertos cambios. La extensa reforma constitucional de 1956 integró el Tribunal Contencioso-administrativo en la Corte Suprema de Justicia, como Sala Tercera, y reguló dicha materia en el mismo artículo 167, que regulaba el control de constitucionalidad, como una segunda atribución. Como consecuencia de esta modificación se eliminó el Título XIV sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La composición de la Corte Suprema, así como sus distintas competencias, como las conocemos hoy es la que se obtuvo de la reforma de 1956, pues con posterioridad a esa fecha no ha habido cambios sustanciales, con excepción claro está de la brevísima Sala Quinta que funcionó en el año 1999 por espacio de 80 días.

Moscote inició la tarea de comentar el texto constitucional,como había quedado después de la reforma de 1956, título por título, pero la muerte lo sorprendió apenas iniciada la tarea. El *Anuario de Derecho* publicó, póstumamente, los comentarios de Moscote relativos a los títulos I y II de la Constitución de 1946, los únicos que alcanzó a elaborar la ilustrísima pluma.

Aunque *Derecho Constitucional Panameño*de José Dolores Moscote es una obra sistemática que cumple muy bien las funciones de texto para la enseñanza del derecho constitucional, la breve duración de la Constitución que analiza, la de 1941, suspendida en diciembre de 1944, en alguna medida

le restó el impacto que pudo haber tenido de otra manera. Será un discípulo suyo, Carlos Bolívar Pedreschi (1933), el que volverá a darle a la cuestión del control constitucional un lugar central en la construcción de las instituciones constitucionales panameñas. Pedreschi hace aportes interesantes al respecto en sus dos primeras obras, a saber,*El pensamiento constitucional de Moscote* (1958), su tesis de licenciatura, y luego en *El control de la constitucionalidad en Panamá* (1965), su tesis doctoral tras sus estudios en la Universidad Central de Madrid.

Entre los aspectos que presentan una continuidad en la obra de Pedreschi se puede mencionar que tampoco Pedreschi utiliza los términos "control difuso" y "control concentrado" para clasificar las modalidades del control. En vez de eso, entiende que los sistemas de control constitucional se dividen en tres, a saber, sistema parlamentario, "sistema de la libre interpretación de jueces", y "sistema de la interpretación privativa de la Corte Suprema de Justicia".[35] Eso en su más temprana obra. En España, bajo el influjo de maestros españoles adopta una clasificación distinta y se refiere a una tripartición de las "clases" del control que conoce de un "control legislativo", un "control político" y un "control judicial", apareciendo este último en dos formas, como "control judicial descentralizado" y "como control judicial centralizado". Sobre este último dice:

> *"El control judicial centralizado nació en Colombia en virtud de la reforma introducida en 1910 a la Constitución de dicho país. También acogen esta modalidad las Constituciones de Cuba de 1942, de Venezuela de 1961 y, como se verá en su oportunidad, las panameñas de 1941 y 1945."*[36]

Tampoco analiza Pedreschi, ni se refiere de modo sistemático, al modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, al que se refiere de pasada como modelo de "control político". En dicha sección,afirma Pedreschi que "bajo esta influencia" se crearon instituciones similares en España en 1931 y en Italia en 1947. No obstante, Pedreschi considera que estos llamados "tribunales" son instituciones de carácter político y cita a maestros españoles (en particular, su director de tesis, Sánchez Agesta) para reforzar la idea de que el juicio de constitucionalidad es de naturaleza política, aunque pueda tener una apariencia jurídica. Menciona también la opinión de Xifra Heras, según el cual el problema que entraña el ejercicio del control constitucional no es jurídico, sino político, lo que retrata un poco el clima académico de las instituciones de control en la España franquista.

35. PEDRESCHI, Carlos Bolívar. El pensamiento constitucional de Moscote. Panamá, 1979. pp. 146-173.

36. PEDRESCHI, Carlos Bolívar. El control de la constitucionalidad en Panamá. Ediciones Guadarrama, Madrid, 1965. p. 78. El análisis del llamado control político se encuentra en pp. 72 a 74.

Finalmente, Pedreschi cita a Carlos Ruiz del Castillo, que fue el presidente de su tribunal de tesis, para caracterizar a los "tribunales políticos" como el resultado de la influencia de la Constitución austríaca. Siguiendo a Ruiz del Castillo, Pedreschi contrapone "la composición y el reclutamiento" de dichos tribunales con los que se utilizan en el poder judicial, si bien su actuación y normas de procedimiento están judicializadas. Con esto se cierra toda discusión del modelo kelseniano o austríaco y no vuelve a ser mencionado en el resto de la obra.[37]

Más allá de los aspectos muy concretos en los que Pedreschi reclama seguir a Moscote, su obra acusa distancias importantes respecto de la prédica de su maestro. Una de ellas es pertinente mencionarla aquí por la resonancia que tienen en el debate sobre la jurisdicción constitucional del Panamá del siglo XXI. A diferencia de Moscote, Pedreschi abogó expresamente por la creación de un tribunal constitucional especializado, el cual concibió en la forma de una Sala que integraría la Corte Suprema de Justicia, junto a las otras tres salas ya existentes. En la sección "Sistema de control recomendable", Pedreschi argumentó así:

> *"Dentro de este orden de preocupaciones, tal vez valga la pena pensar en las bondades de un sistema de control de corte judicial, centralizado y especializado, donde la inconstitucionalidad pueda ser planteada tanto por acción como por excepción y donde la correspondiente declaratoria de inconstitucionalidad surta efectos erga omnes."*[38]

Y luego agrega la propuesta sobre la forma del tribunal especializado,

> *"Este sistema supondría una Sala especial dentro del más alto tribunal de justicia, a la cual se le confiarían de manera privativa y exclusiva el conocimiento de los conflictos de constitucionalidad. Esta Sala estaría integrada por abogados especializados en Derecho Constitucional."*[39]

Llamo la atención del lector sobre una frase de Pedreschi que encierra una clave para entender el pensamiento panameño sobre el control constitucional. Pedreschi recomienda un sistema en el que la Corte conozca de modo "privativo y exclusivo" los "conflictos de constitucionalidad". Es decir, Pedreschi no limita la competencia de la Corte al control de constitucionalidad de las leyes. El uso de la expresión "conflictos de constitucio-

37. PEDRESCHI, Carlos Bolívar. El control,Capítulo I, pp 13-39; Capítulo III, pp 63-68.
38. PEDRESCHI, El control, pp. 82.
39. Loc. cit.

nalidad" tiene, en mi opinión, el claro propósito de abarcar la competencia para conocer de modo "privativo y exclusivo" los recursos de amparo. Esto es consistente con una "denuncia" que el discípulo de Moscote inserta en su obra temprana dedicada al pensamiento de su maestro.

En dicha obra, Pedreschi había denunciado la inconstitucionalidad de la Ley 61 de 1946, que desarrolló la norma constitucional sobre competencias judiciales y les asignó tanto a los Tribunales Superiores de Justicia, como a los Jueces de Circuito, competencias en materia de amparo según el alcance territorial de la autoridad acusada. Pedreschi estimó que se trataba de una ley inconstitucional, pues la norma relativa al amparo de garantías no autorizaba en ningún momento a que se fraccionaran las competencias exclusivas de la Corte Suprema, pues todas ellas conformaban el concepto del control de constitucionalidad.[40] En su tesis de licenciatura Pedreschi alegó que no había ninguna obra o documento en el que su maestro hubiese manifestado una solución a este problema. Como vimos antes, las referencias que encontramos en Moscote respecto a la competencia para conocer el recurso de amparo adolecen de vacíos y se prestan a ambigüedades.

Es importante recalcar que el propio Pedreschi no está exento de ambivalencias. En *El Control de la Constitucionalidad en Panamá* afirma lo siguiente

> *"El recurso de amparo y el control de la constitucionalidad corresponden a una misma familia de instituciones: las llamadas instituciones de garantías. Tienen en común el hecho de que ambas participan de naturaleza procesal por suponer simples armas, medios o recursos y no fines en sí. Además, tanto el recurso de amparo como el control de la constitucionalidad nacieron en función del derecho reconocido a la persona humana para vivir dentro de cierto orden y garantía, el respeto y observancia de determinados valores e intereses. Como estos derechos y valores aparecen reconocidos en la Constitución, el ejercicio de ambas instituciones resulta en el respeto y cumplimiento del orden constitucional."*[41]

De acuerdo a lo anterior, son tres los rasgos que comparten el amparo y el control de constitucionalidad: su naturaleza procesal, su finalidad de protección de la persona humana y su rango constitucional. Estos tres elementos habilitan para agrupar el amparo y el control bajo la figura de instituciones de garantía, pero, al mismo tiempo envía el mensaje, de que se trata de mecanismos que operan de forma diferente. Todavía se podría argumentar que al decir control de constitucionalidad, Pedreschi se refie-

40. PEDRESCHI, El pensamiento, pp. 172-173
41. PEDRESCHI, El control, pp. 110.

re de modo implícito al control de constitucionalidad "de las leyes" y su característica de generar sentencias con efectos *erga omnes*. No obstante, Pedreschi dedica tres capítulos (X, XI y XII) al examen de la posibilidad de aplicar el control constitucional a los más variados actos, incluyendo los administrativos del Órgano Judicial, para concluir que "no hay razón alguna para excluirlos" del control. Además, en la caracterización del amparo en Panamá, Pedreschi desarrolla una comparación con el amparo mexicano, a sabiendas de que es dicho instrumento el que permite hacer el control de constitucionalidad en México.

La conclusión que genera la lectura de *El Control de la constitucionalidad en Panamá*es que, quizás muy a pesar suyo, la protección de los derechos de las personas es un mecanismo del Estado de derecho diferente al del control de constitucionalidad, de la misma manera que el control de legalidad es otro instrumento de las llamadas "instituciones de garantía". No hay pues una visión arquitectónica en la que el amparo, el control de constitucionalidad sobre las leyes y la jurisdicción contencioso- administrativa sean instituciones que como conjunto desarrollan el control de constitucionalidad. Es por esta razón que se ha generado una fenómeno de fragmentación sobre la jurisdicción constitucional, lo que finalmente ha dado al traste con la idea de especialización de la jurisdicción por la que, como vimos arriba, el mismo Pedreschi propugnó.

La obra de Pedreschi, la tesis doctoral, tuvo una larga influencia en el constitucionalismo panameño, por más que muchos de los que hoy piensan con las categorías de dicha obra no estén conscientes de su proveniencia. Cuando en los años noventa del siglo pasado se propuso –y todavía hay quienes la proponen- la creación de una Sala de Garantías Constitucionales en la Corte Suprema de Justicia, se desconoce que el primero en hacer dicha propuesta fue Carlos Bolívar Pedreschi. Llama la atención que muy distintas sean las competencias de la Sala propuesta por Pedreschi y la que se creó, por muy breve tiempo, en 1999, y cuyo intento de "resucitación" en 2012 terminó frustrado.La recomendada en 1965 conocería de la constitucionalidad de las leyes, mientras que la Sala que ahora se discute y por las que algunos aun abogan, solo conocería de los mecanismos de protección de derechos.

Una reconstrucción de las razones del control de constitucionalidad obliga a buscar más allá de la letra en las obras de Moscote y Pedreschi, y a diagnosticar los motivos del fraccionamiento de la jurisdicción constitucional que encontraremos luego en la obra de César Quintero y otros juristas importantes que han buscado formular soluciones jurídico-procesales a los excesos del poder, a las violaciones de los derechos humanos y a asegurar la supremacía de la constitución, sin percatarse a veces de que dichos empren-

dimientos se hacen sin buscar la unidad de la jurisdicción constitucional.[42] La formulación de un nuevo derecho constitucional liberal fue el resorte que impulsó la labor creadora de Moscote y quizás sea aún una tarea pendiente en nuestros días.

42. Véanse las diferencias entre La jurisdicción constitucional en Panamá (1977) y Garantías jurisdiccionales en Panamá (1997), que son las más importantes contribuciones de César Quintero a la teoría del control constitucional en Panamá. El examen de estas diferencias será materia de un próximo trabajo.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Actualidad Normativa y Jurisprudencial del Artículo 17 de la Constitución

Iris Díaz de Nicolás

I. Introducción

El autor Luigi Ferrajoli señala que "La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares, hoy reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta…"[1]

En ese proceso de reconocimiento de los derechos, no cabe duda, los jueces constitucionales juegan un papel preponderante, pues nada es el texto que consagra un derecho o le establece un deber a una autoridad o a un particular, sin que pueda hacerse efectivo su contenido.

En el presente estudio se abordará la variación de los criterios jurisprudenciales y doctrinales relativos a la normatividad del artículo 17 de la Constitución de la República de Panamá, al cual la última reforma constitucional le adicionó una cláusula abierta, de derechos innominados o no enumerados, que recién comienza a ser explorada por la jurisprudencia y la doctrina y sobre la cual se ciernen grandes expectativas relativas a su utilidad como instrumento para la expansión del reconocimiento y efectiva protección de los derechos humanos.

De igual modo, se analizarán algunos pronunciamientos recientes de la Corte Suprema de Justicia, que permitirán apreciar el modo en que la jurisprudencia está dotando de contenido normativo al artículo 17 de la Constitución, teniendo como punto de partida la Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 2008.

Finalmente se examinará el contenido del artículo 17 de la Constitución vigente, a fin de determinar su alcance, prestando especial atención al impacto que ha generado la incorporación del segundo párrafo de dicha norma a través de la Reforma Constitucional efectuada mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004.

1. Ferrajoli, Luigi, "Sobre los Derechos Fundamentales" en "Teoría del Neoconstitucionalismo", Miguel Carbonell, (ed.), Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 73.

II. Estado del arte antes de la Reforma Constitucional de 2004.

Desde que se dictó la Constitución Política de la República de Panamá de 1972 hasta la entrada en vigor de la reforma constitucional, llevada a cabo mediante el Acto Legislativo 1 de 2004, la redacción del artículo 17 de la Constitución permaneció inalterable. La redacción del referido artículo era la siguiente:

> Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Lo que varió a lo largo de esos 32 años, fue el criterio jurisprudencial, respecto a su contenido.

En ese orden de ideas, pronunciamientos de la Corte para la década de los setenta e inicios de los ochenta, respecto a la normatividad del artículo 17 de la Carta Magna, indican que era considerada una disposición con contenido normativo, contentiva de una 'garantía individual' y susceptible de ser violada o desconocida por los servidores públicos. Así se desprende de lo expresado por la máxima magistratura en el fallo de 23 de diciembre de 1977, en la cual indicó:

> "...aun cuando la norma constitucional antes copiada (Art. 17) en opinión de algunos autores, tiene valor meramente programática, no es menos cierto que en casos como el demandado por este recurso extraordinario constituye una verdadera y real garantía individual susceptible de ser violada o desconocida por los servidores públicos, cuando su conducta no se ajusta a los términos de la ley vigente. El cumplimiento de la Ley obliga por igual a todos gobernantes y gobernados, y es precisamente el Artículo 17 de la Carta Magna la garantía primordial que asegura en un Estado de Derecho la fiel observancia de la ley por parte de las autoridades, toda vez que dicha norma les impone el deber frente a la comunidad de cumplirla y hacerla cumplir. Semejante garantía hace descansar todo un sistema jurídico sobre las bases sólidas y efectivas y desconocerlas sería tanto como negar la existencia misma del Derecho"(El subrayado es mío).

El mismo criterio se mantuvo en la Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 20 de noviembre de 1980, que expresa:

"...Como puede verse claramente la Junta de Conciliación y Decisión N° 5 al expedir el fallo impugnado violó de manera clara el artículo 17 de la Constitución Política al no cumplir con lo dispuesto en la norma transcrita, cuando desestimó de manera inexplicable el caudal probatorio aportado en al audiencia no sólo en declaraciones válidas y que por su número y coincidencia en lo afirmado hacen plena prueba, respecto a los actos imputados al trabajador demandante sino por medio de los documentos y actuaciones aportados en original y otros debidamente certificados en donde se prueba plenamente la comisión del Demandante que constituyen faltas graves de probidad y honradez contra el Empleador…
Y con tal desconocimiento, desde luego, se ha incurrido en la violación del artículo 17 de la Carta Fundamental, que garantiza la efectividad de los derechos para las personas e impone la obligación a las autoridades de cumplir y hacer cumplir la ley y la Constitución" (Las subrayas son mías).

No obstante, el criterio jurisprudencial que afirmaba el carácter normativo del artículo 17 de la Constitución fue abandonado totalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a inicios de la década de los noventa, cuando se retomó el criterio de que dicho artículo tiene un contenido estrictamente 'programático', lo que significa que no contiene derechos justiciables de manera directa para los particulares y no es susceptible de ser infringida de forma directa. Por ese motivo, el artículo 17 de la Constitución sólo podía ser invocado como infringido, vinculándolo a otros derechos que sí eran considerados 'justiciables'.

Este criterio fue plasmado en múltiples resoluciones de 1991 a 2008, como ocurre en la Sentencia del Pleno de 10 de diciembre de 1993 que expresa: "...Lamenta esta Corporación que el demandante no comparta la jurisprudencia en el sentido que el artículo 17 de la Constitución Nacional contiene principios programáticos que no son susceptibles de ser amparados por una acción de como la que se impetra..."[2] y se mantuvo -de modo invariable-, en innumerables resoluciones del Pleno hasta el año 2008.

El impacto de estas decisiones que coartaron la normatividad del artículo 17 de la Constitución, se comprende con lo expuesto por el autor Sebastián Rodríguez Robles, quien explica que, a inicios de la década de los noventa, la Corte asumió por vía pretoriana la doctrina del bloque de constitucionalidad[3], que superaba el concepto puramente formal de Cons-

2. Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 10 de diciembre de 1993.
3. Según el ex- Magistrado Arturo Hoyos, "El bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control constitucional".Cfr. Hoyos, Arturo, "La Interpretación Constitucional", Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1993, p. 98.

titución.[4] Según dicha doctrina, la jurisprudencia de la Corte en materia Constitucional -junto con otros elementos-, formaba parte del Bloque de Constitucionalidad[5], de suerte tal que, al establecerse por parte de la jurisprudencia el carácter programático del artículo 17 de la Constitución, dicha jurisprudencia se integraba al Bloque de Constitucionalidad, por lo que el criterio jurisprudencial era parte de la Constitución material, hasta después de ser reformada mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004.

III. La reforma del artículo 17 de la Constitución, introducida mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004.

La reforma constitucional efectuada mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004, introdujo al texto constitucional un segundo párrafo que expresa:

> "…Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana".

La inclusión de esta cláusula en el artículo 17 dejó el contenido de la referida disposición con la siguiente redacción:

> Artículo 17. "Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.
> Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana".

El contenido del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución vigente en la República de Panamá, introducido con la Reforma de 2004, corresponde a lo que doctrinalmente se conoce como "cláusula abierta", "cláusula de derechos innominados" o "cláusula de derechos no enumerados".

El autor Germán Bidart Campos explica que cuando hablamos de derechos no enumerados "…tenemos, por eso, que afrontar una doble implicitud: la de los derechos que no tienen norma de constancia, y la de mu-

4. Rodríguez Robles, Sebastián, "Algunas Reflexiones sobre la Doctrina del Bloque de La Constitucionalidad en Panamá", "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", Medellín, 1995, p. 396.
5. Hoyos, ibídem.

chos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos. En este último espacio de los contenidos implícitos siempre ponemos como ejemplo el de la libertad de prensa, que ya no puede limitarse a los medios gráficos, sino que ahora acopla todos los que el avance tecnológico va aportando aceleradamente, más la búsqueda, de la recepción y la difusión de información, hasta cubrir cuanto la comunicación social pone en circulación el circuito de la expresión libre. El tema de los derechos implícitos como un capítulo del sistema axiológico se combina con el de los *valores* implícitos y los *principios* implícitos".[6]

Por su parte Juan Manuel Sosa Sacio expresa que "…la cláusula de derechos no enumerados permite reconocer ámbitos específicos de humanidad que valen y merecen tutela como derechos fundamentales, aunque no estén considerados así en la Constitución; para ello es necesario 'construir´ (judicialmente) una 'norma de derecho fundamental' a partir de criterios sustantivos que señala la propia Carta".[7]

Para Jerónimo Mejía Edward[8], el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución panameña, introducido con la reforma del 2004 es una *cláusula abierta* que "…reconoce expresamente la existencia de derechos fundamentales que no figuran explícitamente en la Constitución, a los que se les conceden efectos jurídicos vinculantes".

El mismo autor afirma que ésta cláusula, tiene como antecedente remoto de dicha cláusula la IX enmienda de la Constitución de Los Estados Unidos que establece que "La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no debe ser interpretada como negación o menosprecio de otros que el pueblo conserva"[9]. De igual modo, sostiene que "…el principal efecto jurídico que produce el segundo párrafo del artículo 17 constitucional es el de reconocerle categoría de derechos fundamentales y, por ende, rango constitucional, a los derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales vigente sobre derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos o en los tratados y convenios que, aunque no sean de derechos humanos, consagren derechos con esa naturaleza"[10]. Se trata de importantes efectos normativos,

6. Bidart Campos, Germán, "Los Derechos 'no enumerados' en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en "Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ricardo Méndez Silva (Coordinador), México D.F., 2002, p. 104.

7. Sosa Sacio, Juan Manuel, "Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad", en "Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional", Luis Sáenz Dávalos (Coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 98.

8. El referido autor es Magistrado de la Corte Suprema de Justicia designado para el período 2008 al 2017.

9. Mejía Edwards, Jerónimo, "Estatus de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004", en Nuevas Tendencias: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Sergio Cuarezma Terán (Compilador), Managua, p. 675.

10. Ibídem, pp. 678-679.

a saber: 1- Reconoce la existencia de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes, 2- La dignidad humana y los derechos fundamentales, sirven de puntos de conexión con tales derechos fundamentales, 3- Le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos mediante la conformación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre otros.[11]

IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia después de la reforma del artículo 17 de la Constitución.

En el período inmediatamente posterior a la reforma constitucional de 2004, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con relación a artículo 17 de la Constitución no reflejó considerables cambios jurisprudenciales en cuanto al artículo 17 que, por más de tres años continuó siendo visto por la Corte como una disposición nominal o programática.

Sobre este tema, el autor Salvador Sánchez expresó que "En lo referente al artículo 17, el cambio de texto admitiría una re-interpretación de la Corte que potencie los aspectos garantistas de la Constitución...Sin embargo el reto principal es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Puede recordarse que en los últimos años se ha consagrado jurisprudencialmente el carácter programático del artículo 17 de la Constitución. La obligación de las autoridades de proteger la vida, honra y bienes de los nacionales y extranjeros, la obligación de asegurar la efectividad de los derechos y deberes, y la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley, han sido reiteras veces señalados como normas programáticas a lo largo de varias décadas. Esto no siempre fue así, y deberíamos abogar por que se recuperara la normatividad de esa cláusula".[12]

Se necesitaron más de tres años y medio, después de la Reforma Constitucional que fue promulgada en la Gaceta Oficial de 16 de noviembre de 2004, para que la Corte Suprema de Justicia de Panamá dictara la Sentencia de Amparo de 21 de agosto de 2008 en la que, por Acuerdo tomado en el Pleno de esa Corporación de Justicia, decidió expresar algunas consideraciones respecto al amparo de derechos fundamentales que, a su vez, marcaron un cambio radical en la forma de visualizar el artículo 17 de la Constitución.

En el referido pronunciamiento la Corte destacó que el artículo 54 de la Constitución Nacional que regula el Amparo de Derechos Fundamentales

11. Ibídem, p. 674.

12. Sánchez, Salvador, "Apuntes sobre la Historia de la Guarda de la Constitucionalidad en Panamá", en Revista Debate, Núm. 12, Junio 2007, p. 33.

"…debe ser interpretado de manera sistemática con los artículos 4 y 17 de la Constitución y con los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque esta última amplía el catálogo de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución como mínimos. Y dicha ampliación es permitida de manera expresa por el segundo párrafo del citado artículo 17 de la Constitución Nacional, introducido Mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004, cuando dispone que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona".[13]

Con ese argumento sustentado en el segundo párrafo del artículo 17, la Corte amplió el amparo de derechos fundamentales (garantía de los derechos fundamentales) a el concepto de Acto establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "…de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la jurisdicción constitucional de tutela judicial efectiva, aquellas personas cuyos derechos fundamentales puedan verse afectados por una decisión emanada de algún servidor público que no revista las características específicas de orden de hacer o de no hacer".[14] En el mismo fallo la Corte habla con propiedad de la existencia de derechos fundamentales que están reconocidos por la Constitución, pero que se encuentran ampliados y complementados en Convenciones Internacionales sobre derechos humanos. De este modo se reconoce la existencia de la cláusula de derechos implícitos contenida en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución, dejando de considerarse dicha disposición como una norma programática. [15]

Con posterioridad a la Sentencia del Pleno de 19 de enero de 2009, la Corte volvió a pronunciarse con relación al contenido del artículo 17 de la Constitución indicando, de manera categórica, que tiene un contenido normativo y no requiere de desarrollo ulterior ni depende de ninguna otra norma para tener eficacia. En el citado fallo el Pleno expone que el artículo 17 constitucional "...no sólo establece la obligación que tienen las autoridades de proteger en su vida, honra y bienes a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, sino el deber que tienen las autoridades de sujetarse al orden jurídico (constitucional y legal) y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales. Se trata de un precepto de contenido normativo y, por ende, no requiere de un desarrollo ulterior para tener eficacia, tal y como lo corrobora el hecho de que en el texto no se aprecia ninguna cláusula de reserva legal".[16]

13. Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 2008.
14.Ibídem.
15. Ibídem.
16. Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 19 de enero de 2009.

El carácter normativo del artículo 17 de la Constitución se reitera una vez más en la Sentencia del Pleno de 20 de mayo de 2010, que reconoce la infracción directa del primer párrafo del artículo 17 al señalar que: "... el Pleno es del criterio que los actos demandados infringen el artículo 17 de la Constitución, según el cual toda autoridad de la República está instituida para proteger la vida, honra y bienes de las personas, asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales (es decir, de los derechos fundamentales de los ciudadanos) y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley."(El destacado es del Pleno).[17]

En la Sentencia del Pleno de la Corte de 24 de febrero de 2010, la Corte invoca el artículo 17 de la C*onstitución para aplicar la Declaración de Río, adoptada en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992),* que en su artículo 15 dispone que los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, de degradación del ambiente. En dicho fallo la Corte calificó de "...prioritaria y urgente la aplicación del principio de precaución en aquellos casos en los que la salud pública y el ambiente se encuentren amenazados, y estima que, en efecto, los derechos humanos de segunda generación consagrados en el Capítulo VI (Salud, Seguridad Social y Asistencia Social), así como los de tercera generación consagrados en el Capítulo VII (Régimen Ecológico) del Título III (Derechos y Deberes Individuales y Sociales) de la Constitución, son susceptibles de tutela por vía de amparo, en virtud del ya mencionado principio favor libertatis o in dubio pro libertate, consagrado en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución".[18]

La jurisprudencia también ha aplicado el artículo 17 de la Constitución para ubicar el *desarrollo de derechos que no se encuentran recogidos de manera explícita en la Constitución en normas legales y tutelar derechos de las personas.* Este es el caso de la Sentencia de amparo de 11 de octubre de 2010, en la que recurre a los considerando del Decreto Ejecutivo Nº 88 de 12 de noviembre de 2002, "Por medio del cual se reglamenta la Ley Nº 42 de 27 de agosto de 1999, por la cual se establece la Equiparación de Oportunidades para las personas con discapacidad", para fundamentar la responsabilidad de las instituciones del Estado de garantizar, dentro de sus competencias el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad, como lo indica el artículo 8 de la Ley Nº 42 de 1999, lo cual es consecuente con el contenido del artículo 17 de la Constitución Nacional que establece la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger la vida, honra y bienes de las personas; de asegurar los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y les leyes.[19]

17. Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 20 de mayo de 2010.
18. Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 24 de febrero de 2010.
19. Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 11 de octubre de 2010.

V. Contenido normativo actual del artículo 17 de la Constitución.

En la actualidad, loa avances jurisprudenciales y doctrinales nos permiten derivar del artículo 17 de la Constitución el siguiente contenido normativo:

a. El deber de las autoridades de la República, sin excepción, de "proteger" en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros bajo su jurisdicción.

b. El deber de las autoridades de la República, sin excepción, de "asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales".

c. El deber de las autoridades de la República, sin excepción, de "cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley".

d. Una cláusula abierta o de derechos no enumerados, que crea un bloque constitucional de derechos que incluye:

1. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución;
2. Las garantías que consagra el texto constitucional para la protección de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona;
3. Las regulaciones que se encuentran fuera del texto constitucional que desarrollen derechos fundamentales o incidan sobre ellos, tutelándolos de forma más amplia que el texto constitucional;
4. Los derechos humanos que no figuran en el texto constitucional pero que aparecen regulados en tratados internacionales reconocidos por Panamá y que inciden sobre la dignidad de la persona; y
5. Las garantías que consagran los tratados internacionales de derechos humanos para la protección de los derechos fundamentales, estén reconocidas o no en la Constitución.[20]

20. No debe perderse de vista que Panamá es signataria de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que, en principio, se encuentra compelida a cumplir los estándares mínimos de protección de los derechos humanos, respetando los derechos que protege y adoptando las disposiciones de Derecho Interno para garantizar dicha protección, en los términos de los artículos 1 y 2 de la referida Convención. En ese sentido, el mayor desafío será incorporar esos estándares conciliándolos, en lo posible, con el entramado normativo y constitucional vigente. Para ello debe será útil la cláusula abierta del artículo 17, párrafo 2 de la Constitución que ofrece un medio legítimo y actual para lograr la vigencia de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

VI. Conclusiones.

La incorporación de la cláusula abierta o de derechos innominados, como segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución, no sólo modifica el Sistema de Derechos Fundamentales sino que, como bien expuso Jorge Giannareas en la XII Jornada de Derecho Constitucional, efectuado en la Ciudad de Panamá en el año 2009, ha dado lugar al surgimiento de un auténtico Bloque de Constitucionalidad.[21]

La nueva redacción tiene la virtud de llevar a Panamá hacia el nuevo paradigma de neoconstitucionalismo[22] pues no sólo ha significado un cambio desde el punto de vista semántico en el texto constitucional, sino que ha comenzado a impulsar prácticas jurisprudenciales que procuran maximizar los efectos normativos de los derechos fundamentales y que involucran la aplicación de nuevas técnicas interpretativas que consideran los principios constitucionales al tiempo que ha comenzado a producir avances teóricos con miras a conocer, explicar y desarrollar la riqueza normativa del referido texto, así como de la jurisprudencia que en torno a dicho precepto produce la Corte Suprema de Justicia.

Si bien en la actualidad la jurisprudencia evidencia la tendencia de la Corte en reconocerle al artículo 17 de la Norma Fundamental carácter normativo y establecer su condición de norma autoaplicativa, que se traduce en fallos que han invocado dicha norma como fundamento directo de la decisión y en las cuales es claro que la actuación u omisión directa de una autoridad ha sido la causa de la violación de derechos fundamentales, se percibe aún timidez en reconocerle rango constitucional a los Tratados y Convenios Internaciones sobre derechos humanos ratificados por Panamá, como normas autoaplicativas, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por mandato del segundo párrafo del artículo 17, contentivo de la cláusula abierta, de derechos no enumerados o innominados.

Queda un largo camino por recorrer, en el que las autoridades panameñas se encuentran compelidas a no retroceder en la protección de los derechos fundamentales, y la jurisprudencia tendrá que definir hasta dónde el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución servirá al propósito de expandir la protección de los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran fuera del texto constitucional, asumiendo los retos de establecer cuales derechos ingresan a formar parte de los derechos fundamentales tutelados o justiciables y cuáles excluye de dicha condición. De ello dependerá que el artículo 17 de la Constitución vigente se consolide como una

21. Cfr. Giannareas, Jorge, en Conferencia dictada en el XII Jornada de Derecho Constitucional, Panamá, 2009.

22. Para exponer nuestra idea, nos apoyamos en Carbonell, Miguel, "El Neoconstitucionalismo y su Laberinto" en "Teoría del Neoconstitucionalismo", Miguel Carbonell (Compilador), Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2007, pp.9-12.

disposición normativa, real y efectiva y que no vuelva a ser una norma de contenido puramente nominal o semántico.[23]

23. Cfr. Vila Casado, Iván, "Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo", Primera Edición, Legis Editores S.A, 2007, pp. 154-156.

Las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas desde la perspectiva de los derechos fundamentales[1]

Armando Padilla Zambrano

I. Control social, vigilancia y sociedad democrática

Es innegable que en distintas épocas el ejercicio del poder ha recurrido a la vigilancia, la que a su vez está asociada a la necesidad de garantizar el control social. Desde esta óptica, la vigilancia cumple una función relevante en la construcción del grupo social porque permite modificar el comportamiento, desalentando o persuadiendo a quienes intentan infringir las normas establecidas a nivel familiar, social o legal. [2]

Aunque la vigilancia puede ser llevada a unos límites que afectan la dignidad de las personas. El efecto panóptico de Jeremy Bentham, presentado por Michael Focault, es ejemplo dramático de lo anterior. El diseño de una prisión en donde las celdas rodean en círculo una torre de vigilancia para inducir el comportamiento de los presos logra finalmente que éstos se comporten como si estuvieran siendo observados. Este paradigma también es explicado en la novela "1984" de George Orwell, escrita en 1947, que extrapola los excesos de la URSS para describir una sociedad sometida a la omnipresente vigilancia y control del poder mediante una telepantalla que penetra en los hogares y hasta en los pensamientos de los individuos.

Más allá de esta puntual caracterización que hace la literatura sobre el fenómeno, no es un secreto que cierto tipo de vigilancia ha tenido como propósito la perennidad de las instituciones, y la seguridad de sus representantes. Esta ha consistido en la recopilación de información para identificar amenazas internas o externas y, por consiguiente, tiene fines muy distintos a la persecución de la delincuencia común. Este tipo de vigilancia, llamada "política", tiene casos muy representativos a lo largo de la historia. Solo basta remontarnos a personajes como Joseph Fouché y el origen de la Alta Policía francesa hasta en la actualidad con los entresijos y efectos en la política internacional del caso Snowden.

Ahora bien, está claro que la vigilancia actual ha adoptado determinadas características que la distinguen del pasado. Hoy día se ha legitimado

1. Algunos de los contenidos de este artículo fueron disertados por el autor en la III Conferencia Internacional de Derecho Constitucional celebrada en el Colegio Nacional de Abogados de Panamá el 24 de julio de 2013.

2. Stephane Leman-Langlois en La Vigilancia en el Medio Urbano. Modernidad tardía, seguridad y visibilidad. Universidad de Granada e Instituto de Altos Estudios Universitarios. 2013.

su uso en la investigación penal. Además, el Estado no tiene el monopolio de la vigilancia sobre los individuos, por tanto, ha dejado de ser unidireccional y en su lugar es multidireccional: los individuos o grupos se vigilan entre sí y también vigilan al Estado.[3] En nuestras sociedades, los particulares no solo son sujetos sino también agentes de vigilancia: emplean, por ejemplo, videocámaras destinadas a la seguridad residencial y empresarial. Pero también, la sociedad ha generado formas de vigilancia sobre la gestión estatal, produciendo el llamado efecto sinóptico: ahora las autoridades deben conducirse como si estuvieran siendo vigiladas por la ciudadanía. Y es que el concepto de sociedad democrática debe incluir en la actualidad mecanismos que aseguren la transparencia y la rendición de cuentas sobre las actividades estatales.

II. La vigilancia y los derechos fundamentales de privacidad e intimidad

Por lo general, los Estados autoritarios se caracterizan por gobiernos opacos y sociedades transparentes, relación que es inversamente proporcional en democracia, donde los gobiernos son transparentes y la sociedad civil es opaca. De ahí que la vigilancia tenga menores o mayores límites según nos encontremos en uno u otro contexto.

Por tanto, las actividades de vigilancia interactúan (y pueden colisionar) con derechos fundamentales. No olvidemos que estos son derechos inherentes al ser humano y cuyo núcleo esencial lo componen la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Y, en particular, las actividades de vigilancia pueden colisionar más concretamente con los derechos de privacidad e intimidad.

El primero, el derecho a la privacidad, originalmente fue concebido como el derecho a mantenerse alejado de los demás (derecho a estar solo), para hacer y pensar lo que se desee. Este derecho difícilmente podía concebirse como tal en las sociedades medievales, porque allí se confundía lo público y lo privado (las familias extendidas comprendían no solo a los miembros consanguíneos y afines, sino también a los empleados domésticos e incluso a pajes, aprendices y todo aquel que viviera bajo el mismo techo). El ámbito de lo privado y su inviolabilidad fueron exaltados posteriormente por la burguesía como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad. El disfrute de lo propio con exclusión de los demás permitió comer, rezar, dormir o realizar las actividades propias de la vida diaria en privado.[4] Por lo que la inviolabilidad del domicilio es su condición jurídica.

3. Idem, p. 10

4. Ana Victoria Sánchez Urrutia y otros. *Tecnología, Intimidad y Sociedad Democrática*. Icaria Editorial, S.A. Barcelona, 2003, p. 17.

Muy distinto es el asunto entre las clases asalariadas quienes, al no ostentar de propiedad, el derecho a la vida privada es una quimera. Las viviendas comunales nos retratan cómo la falta de acceso a la propiedad privada tiene sus efectos sobre la privacidad, encontrándose limitada por la necesidad de compartir espacios considerados íntimos por los propietarios (como sanitarios, duchas, lavanderías o dormitorios).

En tanto la intimidad se refiere al mundo que está fuera de la mirada de los demás. Trasciende el ámbito espacial, ya que comprende asuntos que pertenecen a lo que se conoce como la vida privada y que puede estar plasmada en correspondencia, documentos, imágenes o comunicaciones de cualquier índole. Hay una especie de "ampliación de las facultades de exclusión" porque ya no solo es oponible a las intrusiones físicas a la vida privada sino también a las intrusiones sobre la información e imágenes de la vida privada de las personas.[5]

III. La inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento jurídico

El derecho a la intimidad fue formulado inicialmente en nuestros primeros textos constitucionales como el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados. El posterior desarrollo de las telecomunicaciones motivó que se reconociera su inviolabilidad a partir del texto original de la Constitución de 1972. Desde entonces, por especie de economía constitucional, se han recogido ambos en una sola disposición, reunión de derechos que se mantiene en el actual artículo 29, luego de las reformas a la Carta Magna en el año 2004, de la siguiente manera:

> *"Artículo 29. La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.*
> *El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.*
> *Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.*
> *El incumplimiento de esta disposición impedirá su utilización de*

5. Idem, p. 20.

sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores."

Estas innovaciones al texto constitucional también estuvieron acompañadas del reconocimiento del hábeas data como mecanismo de protección del derecho a la intimidad. Desde entonces el tercer párrafo del artículo 44 de la Carta Magna dice lo siguiente: *"Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique o suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter privado."*

Por otro lado, el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José" prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos como el de la familia, el domicilio o en la correspondencia privada. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado su alcance al decir que *"Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada"*[6]

Este derecho ha sido desarrollado por nuestra legislación. Anteriormente, la ley 31 de 1996 por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá prescribió en su artículo 6 que *"Las telecomunicaciones son inviolables. No podrán ser interceptadas o interferidas ni su contenido divulgado, salvo en los casos, en la forma y por las personas que autorice la ley"*.

Asimismo, la Ley 6 de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones, establece definiciones en el artículo 1, en particular sobre lo que es Información confidencial como: todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a *"su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico."* Y en su artículo 13 se dice que la información confidencial no podrá ser divulgada, bajo ninguna circunstancia, por agentes del Estado.

La subsiguiente Ley 51 de 2009 que "dicta normas para la conservación, la protección y el suministro de datos de usuarios de los servicios de telecomunicaciones y adopta otras disposiciones" igualmente proclama en su artículo 10 que *"Los datos conservados y la información suministrada con arreglo a lo dispuesto en esta Ley tienen el carácter de información confidencial y sólo podrán ser proveídos de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República, la presente Ley y sus reglamentaciones"*-

6. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia del 27 de enero de 2009, Punto 55.

En cuanto al alcance de la protección de esta forma del derecho a la intimidad, resulta muy ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Escher vs. Brasil, ya que determina que no sólo se encuentran tutelados los contenidos de las comunicaciones telefónicas, sino también las operaciones técnicas:

> *"El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación."*[7]

Por último, debemos señalar que no sólo se encuentra protegida la intimidad o vida privada frente a las interceptaciones telefónicas, su grabación y escucha, sino también de manera muy importante, se encuentra tutelada frente a la divulgación. Ya hemos comentado en líneas anteriores que el artículo 44 de la Constitución prevé el hábeas data incluso para mantener en la confidencialidad información o datos que tengan carácter personal. Además, cabe mencionar que en el caso Tristán Donoso vs. Panamá, la Corte Interamericana concluyó que una conversación entre un particular y su abogado tiene carácter privado y resaltó que ninguna de las dos personas había consentido que fuera conocida por terceros. Más aún, esta conversación, debería contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional. Por consiguiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue concluyente al decidir que la divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público (es decir, por el entonces Procurador General de la Nación) implicó una injerencia en la vida privada del señor Tristán Donoso [8].

7. Caso Escher vs. Brasil, Sentencia del 6 de julio de 2009, Punto 114.
8. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Ob. Cit. Puntos 76 y 76.

IV. ¿Quien puede autorizar las interceptaciones telefónicas?

Hasta ahora hemos identificado los contenidos del derecho a la intimidad, en particular, el principio de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas y cómo se encuentra recogido a nivel constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, aunque este derecho no tiene carácter absoluto y, por consiguiente, puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, han surgido algunos ejes de discusión que han motivado importantes debates constitucionales. Uno de ellos es la determinación de la autoridad que tiene competencia para ordenar tales restricciones, asunto que no ha sido resuelto de forma necesariamente pacífica (en términos jurídicos). Esta competencia ha sido transferida de sede una y otra vez de manera constante y prueba de su volatilidad es el saldo provisional que nos deja hasta el momento dicha oscilación durante la vigencia de la Constitución de 1972: una reforma constitucional, más de media docena de leyes, dos fallos de inconstitucionalidad y un proceso penal con destitución incluida de una Procuradora General de la Nación.

Para realizar un abordaje sistemático de la cuestión, nos remontaremos a los antecedentes en la regulación respecto al principio de inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados porque, como hemos dicho, posteriormente la Constitución de 1972 le adosó el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Lo primero que tenemos que decir es que la primera Constitución de la era republicana, la de 1904, atribuyó expresamente la competencia para autorizar las intervenciones sobre la correspondencia a las "autoridades judiciales".[9] Más específica fue la Constitución de 1941 al decir que los documentos podían ser ocupados por "juez competente".[10] Sin embargo, la Constitución de 1946 dio un giro importante al reemplazar el depositario de la competencia en la fórmula genérica "autoridad competente"[11], concepto que fue mantenido en el texto subsiguiente de 1972.[12]

9. Artículo 28 de la Constitución de 1904: *"La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y ni aquellos ni éstos pueden ser ocupados ni examinados sino por disposición de autoridad judicial competente y con las formalidades que prescriban las leyes. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación y del examen."*

10. Artículo 37 de la Constitución de 1941: *"La correspondencia y demás documentos privados son inviolables, y ni aquélla ni éstos podrán ser ocupados o examinados sino por disposición de juez competente y con las formalidades que prescriben las leyes. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen."*

11. Artículo 29 de la Constitución de 1946: *"La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen.*
El registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar."

12. Artículo 28 del texto original de la Constitución de 1972: *"La correspondencia y demás documentos*

Esta atribución parece ser congruente con los contenidos de las legislaciones de la época. En efecto, a nivel legal, la competencia para restringir los derechos de privacidad e intimidad ha sido atribuida a funcionarios no jurisdiccionales. Recordemos que las autoridades de policía han estado facultadas para ordenar allanamientos[13]; en tanto, los agentes de instrucción del Ministerio Público también han estado potenciados para no solo ordenar allanamientos, sino también para revisar correspondencia y documentación privada[14]. Sólo posteriormente una reforma procesal sobre el Código de 1987, le atribuyó al juez, previa solicitud del funcionario de instrucción, autorizar el secuestro penal sobre cartas, pliegos, paquetes, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia dirigidas a un imputado.[15]

Es decir, habiendo la Constitución decidido desde 1946 atribuir la competencia para intervenir correspondencias y documentos privados a autoridades no jurisdiccionales, no era nada extraño que igual fórmula se empleara en cuanto a la intervención sobre las comunicaciones telefónicas, más aún cuando, como hemos dicho, ambos principios fueron recogidos en una sola disposición constitucional.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las facultades de intervención sobre el principio de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas vino de la mano de la Ley 23 de 1986 sobre "delitos relacionados con drogas, para su prevención y rehabilitación", reformada por la Ley 13 de 1994, que determinó que el Procurador General de la Nación tenía competencia para autorizar las interceptaciones cuando se tratase de delito grave.

Desde entonces la historia de la competencia para autorizar interceptaciones telefónicas ha sido, por decir lo menos, un poco rocambolesca. La Ley 32 de 1999, que creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantía dentro de la Corte Suprema de Justicia, traspasó dicha competencia a sus tres magistrados. Pero, la Ley 49 de 1999 que casi de inmediato derogó la Sala Quinta, restableció las funciones atribuidas al Procurador General.

Posteriormente, en el año 2004, Panamá se avocó a un proceso de reformas constitucionales y que, entre otros aspectos, trajo consigo una sensitiva modificación a nivel constitucional sobre la cuestión de la competencia. Mientras mantuvo la facultad para autorizar el examen y retención de correspondencia y documentos privados en la "autoridad competente", respecto a las comunicaciones privadas utilizó un lenguaje distinto y la atri-

---

privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen.
Igualmente, las comunicaciones telefónicas privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas. El registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar."

13. Decreto 5 de 3 de enero de 1934.
14. Artículo 2055 y sig. del Código Judicial de 1917. Artículo 2178 y sig. del Código Judicial de 1987.
15. Artículo 2052 del Código Judicial.

buyó a la "autoridad judicial". Es decir, la propia normativa constitucional distinguió el órgano competente para consentir las intervenciones sobre estos derechos fundamentales, según se tratara el objeto de la intervención, ya sea documentos o comunicaciones privadas, en particular, las telefónicas. Como veremos, esta distinción tendrá efectos significativos en la legislación y la jurisprudencia posterior.

Sobre qué ha de entenderse por "autoridad judicial", con fallo de 17 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la resolución s/n de 17 de agosto de 2005 dictada por la Procuradora General que había autorizado interceptaciones telefónicas dentro de un proceso penal. Según la Corte, la reforma constitucional de 2004 produjo una derogación tácita de la competencia atribuida al Procurador en la Ley 23 de 1986, ya que el concepto constitucional de "autoridad judicial" se refiere exclusivamente a jueces y magistrados y no a funcionarios de instrucción sumarial y, por lo tanto, la Procuradora General no tenía facultad para ordenar intervenciones telefónicas:

> *"De cualquier forma, sobre aquella legislación en particular, conviene precisar que con la entrada en vigencia de las reformas constitucionales y, en especial, de la modificación que sufrió el artículo 29 constitucional, al establecer explícitamente que las comunicaciones privadas sólo pueden ser interceptadas o grabadas por mandato de autoridad judicial, se ha producido una derogación tácita de las normas jurídicas que lo contradigan, es decir, de las disposiciones que rebatan que la autoridad judicial es el organismo que debe autorizar las intervenciones telefónicas."*

Adicionalmente, este fallo reconoció el vacío legal respecto a los procedimientos legales a seguir por el organismo jurisdiccional para autorizar la escucha o las intervenciones telefónicas, pero indicó que tampoco podía crear disposiciones legales regulatorias ya que ello le correspondía a otro órgano hacerlo en tiempo perentorio.

Siguiendo el orden cronológico, debemos hacer mención de la Ley 63 de 2008 que, al instaurar el sistema acusatorio, creó jueces de garantía para ejercer controles jurisdiccionales sobre actos de investigación que afecten derechos fundamentales. Lo anterior, justificado también en la necesidad de diferenciar las funciones investigativas de las jurisdiccionales, además, que el ejercicio de funciones de juez y parte por el Ministerio Público afectaba la garantía del debido proceso. Recordemos que en el procedimiento penal descrito por el Código Judicial de 1987 (etiquetado con el eufemismo de modelo procesal mixto moderno, pero que en el fondo esconde una perspectiva inquisitiva) los fiscales ejercen funciones jurisdiccionales

(ordenan detenciones, allanamientos, etc.), mientras que los jueces ejercen funciones de investigación y de acusación (anteriormente decretaban ampliaciones, aún sin acusación se puede llamar a juicio y condenar, decretar pruebas de oficio).

En este contexto y en lo relacionado con las interceptaciones telefónicas, en el nuevo paradigma acusatorio, se consideran que éstas son actos de investigación que requieren la autorización previa del juez de garantías: *"A solicitud del Fiscal, el Juez de Garantías podrá, atendiendo a la naturaleza del caso, decidir si autoriza o no la grabación de las conversaciones e interceptación de comunicaciones cibernéticas, seguimientos satelitales, vigilancia electrónica y comunicaciones telefónicas para acreditar el hecho punible y la vinculación de determinada persona"* (artículo 311 de la Ley 63).

El sistema acusatorio ya tenía sus antecedentes en la legislación dirigida a adolescentes menores de edad en conflicto con la ley penal. Así, la Ley 40 de 1999, al establecer el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia fue pionera en el reconocimiento de algunos principios del nuevo paradigma. Lo anterior, ya que estableció que sin acusación no hay juicio, no permitía la ampliación del sumario ni las pruebas de oficio, incorporó medios alternos de solución de conflictos y materializó la concepción del derecho penal mínimo, al menos en su formulación original antes de sus subsiguientes reformas. Y, además, estableció que los jueces penales de adolescentes (al acumular las funciones de jueces de garantía y de juicio) tenían entre sus competencias *"Decidir sobre cualquier medida que restrinja un derecho fundamental del adolescente o de la adolescente, a quien se le atribuye el delito cometido"* (actualmente artículo 21 numeral 2 de la Ley 40).

Al año siguiente de la aprobación del sistema acusatorio fue expedida la Ley 51 de 2009 "que dicta normas para la conservación, la protección y el suministro de datos de usuarios de los servicios de telecomunicaciones" y en su artículo 12 reiteró que la competencia pertenece a la autoridad judicial, aunque sin individualizarla:

> *"Artículo 12. La información o los datos requeridos por el Ministerio Público, en el marco de una investigación penal, serán solicitados a las empresas de que trata el artículo anterior, mediante resolución motivada, con base en el principio de proporcionalidad y de excepcionalidad, la que será objeto de control o la revisión posterior de la autoridad judicial a la que le corresponda el conocimiento de la causa."*

Si bien esta nueva normativa reafirma la necesidad de una intervención jurisdiccional para solicitar información o datos a las empresas, este control no es previo sino posterior. Tal variación es de dudosa constitucionalidad, porque recordemos que el texto del artículo 29 de la Constitución dice expresamente que las comunicaciones no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por "mandato" de autoridad judicial. Un control posterior no es propiamente un "mandato", sino una convalidación, legalización o legitimación de una orden expedida por el Ministerio Público y ya consumada, lo que parece reñir con el artículo 29 de la Constitución y con la propia jurisprudencia constitucional que dictaminó que la autoridad judicial está compuesta por jueces y magistrados y no por agentes del Ministerio Público y que, por tanto, solo aquellos pueden autorizar las interceptaciones.

Además, a pesar que esta competencia se limita a otorgar al Ministerio Público la facultad de solicitar información y datos sobre operaciones técnicas a las empresas, mas no grabaciones de contenidos, ya hemos comentado el Caso Escher vs. Brasil donde la Corte Interamericana determinó que ambos aspectos (contenidos de comunicaciones y el detalle de las operaciones técnicas) merecen el mismo grado de protección.

Luego la jurisprudencia constitucional se pronunciará nuevamente, tocando de manera indirecta el tema de la competencia. En fallo de 25 de enero de 2011, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional algunos artículos de la Ley 49 de 1999 y al mismo tiempo reconoció la reviviscencia de la Ley de la Sala Quinta. Por lo tanto, recuperaron su vigencia las disposiciones legislativas contenidas en la precitada ley 32, incluida la competencia de la Sala Quinta para ordenar interceptaciones telefónicas. Valga aclarar que si bien nunca se constituyó nuevamente esta Sala, al menos en papel conservaba competencias sobre la autorización de las interceptaciones telefónicas hasta que con la aprobación de la Ley 53 de 2012, que derogó por segunda vez la Ley 32 de 1999, se produjo una "nueva" extinción de la Sala Quinta y con ella las competencias en la materia.

En este escenario, y con la aún vigente Ley 63 de 2008 sobre el sistema acusatorio, una vez más se replanteó la sede de la competencia. En esta ocasión serán los artículos 71 y 72 de la Ley 79 de 2011 que atribuyan a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia para autorizar las interceptaciones por solicitud de la Procuraduría General para recabar elementos de prueba en ciertos delitos:

> *Artículo 71. "Cuando existan indicios graves de la comisión de algunas de las conductas mencionadas en el artículo anterior, y de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, la Procuraduría General de la Nación podrá solicitar a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia la autorización judicial para la in-*

terceptación y registro de las comunicaciones telefónicas, correos electrónicos o el contenido de foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos.

Las transcripciones de las grabaciones constarán en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado, la cual será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico."

Artículo 72. Cuando existan circunstancias que ameriten la inmediata interceptación y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o del contenido de foros de conversación a través de la red, la Procuraduría General de la Nación elevará la solicitud correspondiente a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Para la resolución de las solicitudes a las que hace referencia este artículo, la Corte Suprema de Justicia dispondrá de una instancia de turno, la cual funcionará de forma permanente fuera del horario establecido en el Código Judicial."

Como hemos mencionado antes, la Ley 79 de 2011 se dictó durante la vigencia en algunos distritos judiciales del Sistema Acusatorio sin que esta nueva legislación se pronunciara expresamente sobre el estatus de la competencia de los jueces de garantías ahí donde están constituidos. ¿Ambas competencias pueden ejercerse simultáneamente? O ¿Las facultades de la Sala Penal se extienden sólo en la circunscripción territorial donde no se hayan creado aún las instituciones judiciales del sistema acusatorio? O ¿Se habrá producido nuevamente otra "derogatoria tácita", esta vez sobre las facultades de los jueces de garantía? Estas interrogantes no son contestadas por la Ley 79.

Por demás, está claro que en el sistema acusatorio se produce una dispersión sobre estas competencias entre cuantos jueces de garantías existan en el país. Mientras que su concentración en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, si bien contribuye a reducir los riesgos de filtraciones sobre los contenidos y elementos de las comunicaciones, así como sobre las autorizaciones que se emitan, no menos cierto es que crea una circunstancia sui géneris en el derecho constitucional. Lo anterior porque permite que un tribunal, distinto al de la causa, intervenga en el proceso penal dictando decisiones jurisdiccionales. Además, cabe la posibilidad que este mismo tribunal pueda eventualmente convertirse en ulterior conocedor de recursos dentro de la misma actuación de la que ya tuvo noticias previamente.

V. Los requisitos de la autorización judicial sobre la interceptaciones telefónicas

El derecho a la vida privada o de intimidad no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Ahora bien, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas interferencias deben satisfacer las siguientes condiciones: deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática (debiendo concurrir los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)[16].

a) Previsión en la ley. Este es un requisito que no se agota con su mera regulación legal, ya que además dicha legislación debe de ser lo más clara posible, sin ambigüedades ni sombras, máxime si estamos en presencia de interferencias sobre derechos fundamentales. Sobre este particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley y que, en cuanto a la interceptación telefónica, dicha medida debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos[17].

Sin embargo, previamente hemos visto que existen importantes antinomias en cuanto al tema de la sede de la competencia judicial y sobre la naturaleza del control jurisdiccional, ya sea si éste es previo o posterior. Y, efectivamente, se tratan de antinomias porque concurren distintas normas incompatibles entre sí y cuya solución deberá encontrarse no sólo en criterios cronológicos o de especialidad, sino también en el criterio jerárquico, toda vez que las autoridades están potenciadas por la jurisprudencia interamericana para ejercer un control de la convencionalidad, de modo que hagan prevalecer el contenido y alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos.[18]

Asimismo, la legislación también contiene lagunas significativas. Así, por ejemplo, la Ley 63 de 2008, que instaura el sistema acusatorio, establece un término máximo de duración de las intervenciones telefónicas de 20 días prorrogables, pero la Ley 79 de 2011, que atribuye la facultad a la Sala Penal, no hace alusión alguna al plazo de duración de la intervención. Además, temas tan importantes como quién ha de ejecutar materialmente

16. Caso Escher vs. Brasil, Punto 118 y Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Punto 56.
17. Caso Escher vs. Brasil, puntos 130 y 131.
18. Caso Almonacid Arellano vs. Argentina, Caso Gelman vs. Uruguay, y en lo concerniente a Panamá, Caso Vélez Loor.

la intervención, quién tiene las responsabilidades de conservación de las grabaciones, por cuánto tiempo deben conservarse y cuál es el trámite de su destrucción, son extremos no contemplados expresamente por la legislación.

Es decir, que la claridad del ordenamiento jurídico sobre esta materia se constituye en una tarea pendiente.

b) *Persecución de un fin legítimo*. Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no pueden ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial, incumplimiento que da lugar a que se impida la utilización de los resultados como prueba, tal como lo afirma de manera tajante el artículo 29 de la Constitución.

Tanto la Ley 63 de 2008 como la Ley 79 de 2011 confieren la legitimidad para presentar la solicitud de interceptación a agentes del Ministerio Público (Fiscales y Procurador General de la Nación, respectivamente) y dicha petición es conocida por organismos jurisdiccionales en el ámbito penal (jueces de garantía y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también respectivamente) sin que dicha competencia, por tanto, esté atribuida siquiera a jueces de otras jurisdicciones.

El fin legítimo, por consiguiente, está circunscrito a los propósitos de los procesos penales, derecho vigente en todo tiempo y que sólo puede ser suspendido por efectos de la declaratoria de un estado de urgencia (artículo 55 de la Constitución Política).

No está de más anotar que el artículo 30 de la Ley 32 de 1999 que creó la extinta Sala Quinta de Instituciones de Garantías permitía autorizar la grabación de comunicaciones telefónicas *"Cuando existan indicios serios de que se haya llevado a efecto o se vaya a cometer un delito grave…",* redacción que abría la ventana a las intervenciones preventivas, o sea, aún cuando un delito no se hubiese materializado, subjetividad que arriesgaba el derecho a la intimidad. En la actualidad, la posibilidad de este tipo de intervenciones no está contemplada expresamente por la legislación.

Por último, y en cuanto a la legitimidad de la intervención, el Código Penal tipifica como delito quien sin contar con la autorización de la autoridad judicial, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de conversaciones no dirigidas al público. Asimismo, también se configura en delito quien posea legítimamente una grabación no destinada a la publicidad, aunque le hubieran sido dirigida y los haga públicos sin la debida autorización y de ello resultara perjuicio (artículos 166 y 167 del Código Penal). Por tanto, la infracción a estas disposiciones deviene la interceptación no solo en ilegítima, sino también en ilegal.

c) *Elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*. Este aspecto, como hemos dicho antes, fue sostenido por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos en los casos Tristán Donoso vs. Panamá y Escher vs. Brasil. Pero también nuestra legislación interna ha asumido estos principios al decir en el ya mencionado artículo 12 de la Ley 51 de 2009 que la información o datos requeridos por el Ministerio Público, en el marco de una investigación penal, serán solicitados mediante resolución motivada con base en el principio de proporcionalidad y de excepcionalidad.

Sobre el particular, la doctrina alemana ha desarrollado el principio de la razonabilidad, como medida para fijar los límites a la potestad que tiene el Estado de regular los derechos fundamentales. Sólo la aprobación satisfactoria del test en cuestión permitirá calificar al acto como "razonable".

Esta triple condición (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), es la que da contenido al principio de razonabilidad. Según la literatura especializada, dicho principio requiere la existencia de una necesidad cuya satisfacción no se pueda soslayar; que el medio empleado a tal fin resulte idóneo y menos gravoso en orden a los derechos y libertades que restringe; y que exista una proporcionalidad entre los medios propuestos y los fines que se desean alcanzar.[19]

Más concretamente, la idoneidad se refiere a que debe constatarse otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad de restringir los derechos, valorando si alguno de ellos puede cumplir la finalidad sin tener que restringir el derecho a la intimidad. En tanto, la necesidad hace referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes jurídicos mediante la adopción de una medida de diferenciación; es decir, si dicha intervención no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Y, por último, la proporcionalidad, que supone una comparación entre la finalidad del acto y el tipo de restricción que se pretende imponer, de manera que la limitación no sea superior al beneficio que con ella se pretende obtener.[20]

El ejercicio de estas ponderaciones nos remite indefectiblemente al principio de motivación cuya aplicación evita el ejercicio arbitrario del poder de juzgar y consiste en el derecho que tienen los ciudadanos y la obligación que a su vez recae sobre las autoridades de acreditar las decisiones en base a fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos[21].

En el ya mencionado caso Escher vs. Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo alusión al principio de motivación al decir lo siguiente:

19. César Augusto Londoño Ayala. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, p. 80.

20. Rubén Hernández Valle. La prueba en los procesos constitucionales en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 5, Enero-junio de 2006. Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. México, 2006, p. 189.

21. Armando Padilla Zambrano. La motivación de las decisiones judiciales desde el Código Iberoamericano de Ética Judicial. Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial. Panamá, 2010, p. 36.

"139. En ocasiones anteriores, al analizar las garantías judiciales, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente motivadas y fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. Las decisiones deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos… En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión.

140. En detrimento de lo anterior, la jueza Khater autorizó las interceptaciones telefónicas con una mera anotación de que había recibido y visto los pedidos y los concedía, "R. e A. Defiro. Oficiese". La magistrada no expuso en su decisión el análisis de los requisitos legales ni los elementos que la motivaron a conceder la medida ni la forma y el plazo en que se realizaría la diligencia, la cual implicaría la restricción de un derecho fundamental de las presuntas víctimas en incumplimiento del artículo 5º de la Ley No. 9.296/96."

Al importar estos conceptos y traducirlos en el escenario jurídico local, lo primero que se asoma es preguntarse en qué casos nuestra legislación permite autorizar la interceptación de las comunicaciones telefónicas y, para su contestación, citaremos los antecedentes inmediatos.

En ese sentido, tanto la Ley 23 de 1986, modificada por la Ley 13 de 1994, sobre delitos relacionados con drogas, como la Ley 32 de 1999, que creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantías, circunscribía la grabación de comunicaciones telefónicas a los llamados delitos graves. Esta expresión era tan indeterminada como ambigua, porque su contenido no estaba definido en la misma legislación, ni tampoco es un concepto que provenga propiamente del ámbito constitucional ni de la dogmática penal ni procesal penal, por lo que su precisión podía quedar abandonada a la entera discrecionalidad.

Esta indeterminación parece agravarse aún más con la Ley 63 de 2008, que crea el sistema acusatorio, legislación que guarda silencio sobre qué tipo de delitos son susceptibles de autorizaciones de interceptaciones telefónicas. Sin embargo, mucho más esclarecedora es la posterior Ley 79

de 2011, que otorga a la Sala Penal las competencias para autorizar tales interceptaciones al decir que éstas podrán darse cuando existan indicios de la comisión de las conductas delictivas mencionadas en el artículo 70 de la ley que, a saber son: *"...actividades de delincuencia organizada o por los delitos mencionados en el Título III, en los Capítulos I, II y VIII del Título IX y en los Capítulos I y IV del Título XV todos del Libro Segundo del Código Penal"*. Es decir, con este reenvío, las interceptaciones quedan reducidas a delitos relacionados con la delincuencia organizada; violación y otros delitos sexuales; corrupción de personas menores de edad, explotación sexual comercial y otras conductas; posesión y tráfico de armas y explosivos; y delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos.

Dicho lo anterior, y ante el silencio de la Ley 63 (entendiendo que aún subsisten las competencias de los jueces de garantías) ¿Podrían los jueces de garantía autorizar las intervenciones telefónicas en la investigación de cualquier delito? O ¿debería interpretarse analógicamente la Ley 63 en función del cuadro de ilícitos descritos en la Ley 79 de 2011? Lo anterior, tomando en cuenta que el sistema acusatorio tiene perfil garantista y, en principio, no debería establecer protecciones por debajo del estándar de otras legislaciones.

Por otro lado, si bien el artículo 311 de la Ley 63 de 2008 no dice expresamente cuáles delitos investigados son susceptibles de las interceptaciones sí advierte a los jueces de garantías, al menos genéricamente, que esta debe ser una medida de carácter excepcional. Y dicha excepcionalidad significa que, muy a pesar que el artículo 70 de la Ley 79 de 2011 enlista los casos en que puede autorizarse la interceptación, ello no implica que siempre y en todos los casos que se investiguen dichos ilícitos deba autorizarse esta herramienta de investigación.

Es decir, más allá de la gravedad del delito, hay que ponderar si la averiguación penal puede realizarse sin necesidad de recurrir a medios tan invasivos a la intimidad como lo son las interceptaciones telefónicas, lo que sugiere potenciar la eficacia de otras vías. Por tanto, no debe recurrirse a la afectación a la intimidad de forma indiscriminada, menos aún si, por ejemplo, las evidencias pueden recabarse con otros instrumentos probatorios. Asimismo, los límites deben ser trazados para evitar que las interceptaciones tengan como propósito demostrar aspectos que no guardan relación alguna con el delito en sí o la responsabilidad, caso en que puede resultar en una injerencia arbitraria.

VI. Conclusiones

Lamento que esta intervención contenga más preguntas que respuestas, aunque considero siempre oportuno aprovechar estos espacios para generar debate sobre las cuestiones planteadas, método que resulta más eficaz para el descubrimiento cooperativo de la respuesta correcta o al menos permitir ese acercamiento. Aún sí, y con lo dicho, estamos en condiciones de asegurar que las técnicas de vigilancia pueden colisionar con el derecho fundamental a la intimidad. Si bien este no tiene carácter absoluto y efectivamente puede ser restringido, los estándares de las sociedades democráticas exigen que las interceptaciones telefónicas se produzcan en un escenario en donde tales interferencias estén previstas claramente en la ley, posean un fin legítimo y se demuestre que sean necesarias en el caso concreto. Este fenómeno ponderativo es lo que algunos ahora le llaman la constitucionalización del proceso penal. Es decir, si bien la Constitución siempre ha estado "ahí", la completa asimilación de los valores que encarna por parte de la legislación y la jurisprudencia es una cuestión que ha suscitado mayores atenciones en estas épocas por aquello de la sustitución del paradigma inquisitivo por el acusatorio.

Estas valoraciones nos han permitido constatar que en la normativa vigente existen antinomias y vacíos que demandan de la jurisprudencia un plus en su rol de garante de los derechos fundamentales para impedir injerencias arbitrarias y abusivas en la vida privada de las personas. Y es que la abundancia de legislación sobre esta materia dictada en el pasado reciente no se ha traducido necesariamente en claridad sobre aspectos cruciales concernientes a la tutela del derecho fundamental a la intimidad. Por lo que a través de la discusión académica esperamos poder contribuir a formar opinión sobre la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una normativa que sea cónsona con los principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho a morir. Diálogo entre la soberanía individual y la soberanía estatal en un Estado de Derecho

Miguel González Marcos & Judd L. Kessler

I. Derecho a morir: decisión soberana individual

La protección de la libertad individual en el espacio que surge de la acción de los frenos y contrapesos derivados de la separación de los poderes públicos en un Estado de Derecho resume la concepción constitucional liberal de Justo Arosemena. Al individuo lo define su libertad; mientras al Estado lo definen sus restricciones. La soberanía individual, entendida como libertad, es el fundamento del contrato social que legitima las instituciones gubernamentales y les da propósito. Si el individuo ha aceptado que su libertad sea regulada dentro de una sociedad y su Estado para resguardarse de los avatares del estado de naturaleza, esa aceptación es válida mientras las instituciones gubernamentales faciliten la expresión y ejercicio de dicha libertad individual. Se podría decir que en realidad hay una sola soberanía: la del individuo entendida como libertad. Ella se expresa en el acto contractual originario constitutivo del Estado y su gobierno; en la limitación del propósito del gobierno a la protección de la libertad individual; y en los límites de acción puestos al gobierno por los derechos humanos. La existencia de la soberanía estatal se justifica cuando cumple su propósito de proteger a la soberanía individual. En realidad, la gente que compone el Leviatán de Hobbes debería mirar hacia nosotros para poder verles el rostro. En la decisión de morir se ven vestigios del contrato social constitutivo del Estado y su gobierno con el individuo. El individuo quiere afirmar su soberanía, es decir, su libertad y autonomía decidiendo sobre su muerte y por ende su salida del Estado y su gobierno. El Estado y su gobierno posiblemente quieren afirmar su soberanía previniéndola. Al final, ambas soberanías se afirman mutuamente en un diálogo constitucional entre los ciudadanos, las legislaturas y los jueces. Es decir, en el espacio que surge de los frenos y contrapesos derivados de la separación de los poderes públicos en un Estado de Derecho.

Roger Sagner decidió ejercer su derecho reconocido en la Ley Muerte con Dignidad del estado de Oregón (*Death with Dignity Act*) de 1994. Luego de contestar a las siguientes preguntas: "–Usted tiene el derecho de cambiar de opinión." "–No voy a cambiar de opinión"–dijo él; y

−"Qué hace el medicamento" − "Me matará y me hará feliz", − respondió él; recibió instrucciones de cómo tomar el medicamento. A renglón seguido, cuando se le preguntó si tenía algunas palabras finales para su familia, el señor Sagner dio gracias a todos los miembros de su familia por estar presentes en ese momento y, sobre todo, agradeció a la sabiduría de los votantes del estado de Oregón, por permitírsele el honor a él de − "hacerlo por mí mismo, por mi propia voluntad, de resolver mis propios problemas. Gracias a todos."

¿Por qué agradeció el Sr. Sagner a la sabiduría de los votantes de Oregón de permitirle ejercer esa opción? La Ley de Muerte con Dignidad da la opción a los pacientes residentes del estado de Oregón de voluntariamente terminar sus vidas a través de tomar por sí mismo medicamentos letales, los cuales se han recetado por un médico para ese propósito. Dicha Ley ha sido adoptada en Oregón en virtud de iniciativa ciudadana, primero en Noviembre de 1994 y luego en 1997, luego que una medida cautelar demorara la implementación de dicha Ley hasta Octubre de 1997.

La Ley de Muerte con Dignidad no permite eutanasia, la cual es acelerar la muerte de una persona con un dosis letal. En la Ley de Muerte con Dignidad tiene que ser el paciente mismo quien tome el medicamento, pues el doctor no lo puede administrar directamente. El Sr. Sagner agradeció a los votantes de Oregón por la sabiduría de tomar una decisión mayoritaria que permite legalmente el procedimiento. El acto del Sr. Sagner fue posible sin violar ninguna ley en virtud del diálogo democrático entre ciudadanos, legislaturas, y jueces. Para permitir que en esa circunstancia, es decir, de una enfermedad terminal, un individuo pudiese ejercer su derecho a morir como acto supremo de soberanía individual de dentro parámetros aceptables para el gobierno soberano, fue necesario un debate democrático el cual entre propuestas de iniciativas ciudadanas, debate y adopción de leyes, y litigios constitucionales se identificaron los temas de política constitucional relevantes.

El litigio constitucional como estrategia para avanzar políticas públicas busca impulsar un cambio de política constitucional -afirmando la existencia explícita o implícita de un derecho o arguyendo por una interpretación del texto constitucional que no es tan evidente- forzando la participación judicial en el tema de política constitucional para que en diálogo con los órganos representativos se defina la política constitucional con respecto a un tema determinado. El litigio constitucional presume la fe en la libertad individual como eje central de la actividad de la soberanía estatal, confía en la separación de los poderes y reafirma el valor central de la libertad individual ciudadana cómo el objeto de la Constitución. En resumen, asume un Estado de Derecho en el que el gobierno está para servir a los ciudadanos y que las limitaciones al ejercicio de sus libertades individuales tiene que

ser justificadas- sea porque es la decisión adoptada mediante un método acordado por los ciudadanos para legitimar las limitaciones o sea porque la limitación se identifica como aquéllas necesarias para vivir en sociedad que fueron hipotéticamente cedidas en el contrato social originario. Es precisamente en el litigio constitucional que se identifica si la política constitucional en cuestión trata de una libertad que no permite restricciones en determinadas circunstancias o que toca a los ciudadanos decidir si y cómo deben ejercerse o si, por el contrario, se justifica la restricción para que el gobierno cumpla con su cometido de proteger la libertad individual.

El presenta ensayo mostrará las estrategias y argumentos usados en el diálogo constitucional que permitieron el momento que el Sr. Sagner agradeciese a la sabiduría de los votantes de Oregón. La primera parte presenta la iniciativa de Oregón de 1994, luego los casos sobre Asistencia Médica al Suicidio (*Physician Assisted Suicide*, PAS por sus siglas en inglés) decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1997. Se pondrá de relieve el diálogo entre los jueces, las legislaturas y los ciudadanos. Dicho diálogo es reconocido en la deferencia de los actores judiciales hacia los procesos de deliberación democrática legislativa y ciudadana, cuando examinan si la Constitución per se puede contener un derecho constitucional de tal naturaleza más allá del alcance de una iniciativa legislativa popular y desde luego, de una Ley. El ensayo concluye enfatizando las condiciones que permitieron el dialogo entre instituciones judiciales, legislativas y los ciudadanos. El uso de litigio constitucional como estrategia para promover políticas públicas requiere una verdadera independencia de los órganos del Estado y un respeto a la participación ciudadana. Es decir, un Estado de Derecho. El uso del litigio constitucional para avanzar derechos en la tradición estadounidense es ampliamente conocido y también criticado como un activismo judicial anti-democrático. Requiere, como se dijo, un Estado de Derecho y, sobre todo, jueces independientes. Esa independencia de los jueces y en general de los órganos del Estado se ganó en México en las últimas décadas y trajo una transformación en México. Cuando los miembros de la Corte Suprema de México empezaron a ser realmente independientes del ejecutivo, fue cuando el litigio constitucional llego a ser un foro de discusión de políticas públicas. El ensayo termina preguntándo qué condiciones deben darse en Panamá para que se pueda dar una transformación similar; de tal manera que se conciban las acciones constitucionales como un diálogo democrático dentro de un Estado de Derecho.

Al final, la decisión de morir es la expresión más íntima de la soberanía del individuo. Ella es posible cuando ambos soberanos, el individuo y el Estado, hablan sobre sus derechos y deberes en ese espacio permitido por la Constitución. Ese diálogo puede darse sólo en un Estado de Derecho, en el que el individuo y el Estado hablan sin mirarse cara a cara. El

individuo soberano tiene que hablarle al Estado con una mirada soslayada, pues aceptó restringir el ejercicio de sus derechos en el contrato originario e hipotético para proteger su libertad fuera del estado de naturaleza. Sabe, sin embargo, que el aceptar restringir el ejercicio de sus derechos fue con la condición sine qua non de poder rescindir el contrato –radicalmente, si es necesario- cuando su libertad individual está en peligro o cuando ya no tiene sentido para él o ella. Aunque es su decisión íntima, sabe que en virtud de aquél contrato, ahora tiene que justificar el ejercicio de su libertad. Por su parte, el Estado soberano tiene que hablarle también soslayadamente al individuo, pues sabe que la preocupación por el bien común que le permite regular la conducta de los ciudadanos encuentra su límite absoluto en la soberanía individual entendida como libertad. Es precisamente en ella que el Estado y su gobierno encuentran la justificación de su existencia.

II. Derecho a morir: decisión ejercida dentro de los parámetros de la gracia de la soberanía estatal

En 1994, los votantes de Oregón adoptaron la Ley de Muerte Con Dignidad, la cual legaliza PAS para adultos enfermos terminales y que estuvieran en sus cabales (lúcidos). Propuestas similares estaban en discusión en otros estados. El tema se convirtió en una prioridad de política pública cuando en abril de 1997, el Presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, firmó la *Federal Assisted Suicide Funding Restriction Act* of 1997, la cual prohíbe el uso de fondos del presupuesto del gobierno federal para PAS.

¿Qué permite la Ley de Muerte con Dignidad de Oregón? La Ley de Muerte con Dignidad de Oregón permite que un adulto residente del estado Oregón quien ha sido declarado como enfermo terminal y quien voluntariamente ha expresado su deseo de morir pueda solicitar al médico responsable de su tratamiento con respecto a la enfermedad que le de una receta para terminar su vida en forma humana y digna. La Ley de Muerte con Dignidad indica que no puede interpretarse que permite que el médico o cualquier otra persona mate a la persona con una inyección letal, muerte por compasión o eutanasia activa. Es decir, la opción que se ejerce con base en dicha Ley no constituye suicidio, asistencia al suicidio, asesinato piadoso u homicidio. El soberano estatal ha acordado que sólo en una circunstancia muy especial –adulto, enfermo terminal, capaz- puede el soberano individual ejercer su derecho de acelerar su muerte. En otras circunstancias, las preocupaciones del soberano estatal prevalecen y por consiguiente justifican restricciones al ejercicio de la soberanía individual.

Space Al Estado soberano no se le presentó la pregunta de aceptar de manera absoluta, sin cortapisas un derecho a morir. Ello no sólo porque

sería considerado absurdo, sino porque este tipo de ejercicio de derechos absolutos, sin cortapisas, pertenecen a momentos constitutivos de la persona, la comunidad y el Estado o a momentos de excepción. La estrategia fue avanzar una política constitucional circunscrita a una circunstancia especial, el enfermo adulto capaz que desea acelerar su muerte. Aquí vamos a presentar las estrategias usadas en el área de asistencia médica para acelerar la muerte, específicamente, los casos *Vacco v. Quill*, 521 U.S.793 (1997) y *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). Dichos casos fueron consolidados y decididos conjuntamente por la Corte Suprema de Los Estados Unidos. El primero se enfoca en la cuestión de si prohibir la ayuda al 'suicidio' viola la cláusula de la Igualdad ante la Ley (*Equal Protection Clause*) de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución; y el segundo se enfoca en la cuestión de si dicha prohibición viola la cláusula del Debido Proceso (*Due Process Clause*) también de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. Estos casos son un buen ejemplo de ese diálogo constitucional entre ciudadanos, legislaturas y jueces en determinar al ámbito de esfera de libertad individual y los límites de los poderes gubernamentales.

Antes de analizar la decisión de la Corte Suprema de Justicia, es necesario explicar brevemente el inicio y desarrollo de los casos en los tribunales inferiores. Vacco v. Quill. *1. Quill v. Koppel*, 870 F. Supp. 78 (S.D.N.Y. 1994), rev'd, 80 F.3d 716 (2nd Cir.), cert. granted, 117 S. Ct. 36, 135 L. Ed. 2d 1127 (1996). En opinión del Juez Griesa, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito resume los hechos del caso así: según las leyes de Nueva York es delito ayudar a una persona a cometer o intentar cometer suicidio. Los demandantes arguyen que dichas leyes violan la Constitución de los Estados Unidos en aquéllos casos en los cuales un médico ayuda a cometer suicidio a un adulto mentalmente competente quién, además, es un enfermo terminal que desea evitar su sufrimiento a través de prescribirle una receta que el paciente se administra a sí mismo para causar su muerte. En estos casos, el paciente goza de una derecho constitucional de terminar su vida, y el médico no debe ser acusado criminalmente por ayudar al paciente a ejercer su derecho constitucional.

El juez consideró que no había discusión sobre cuestiones de hecho, sólo de derecho. La acción comenzó en Julio 20, de 1994, con tres médicos como demandantes (Quill, Klagsbrun y Grossman) y tres pacientes enfermos terminales que querían ayuda de sus médicos para terminar sus vidas. Los demandados eran el gobernador Cuomo en el Condado de Nueva York del Fiscal de Distrito Morgenthau.

Dos amici curiae fueron presentados contra los demandantes por la Conferencia Católica de Nueva York y el Centro Legal por la Defensa de la Vida. El principal argumento de dichos amici curiae fue que la criminalización de PAS del artículo 125.15(3) del Código Penal de Nueva York

infringe los derechos constitucionales de ambos pacientes y de los médicos, especialmente con base a las cláusulas del Debido Proceso y de la Igualdad ante la Ley de la Enmienda Constitucional Décimo Cuarta.

Entre las pruebas presentadas estaban declaraciones de médicos diciendo que ellos creían que el PAS estaba incluido dentro del ejercicio humano y apropiado de la profesión médica. Contaron de casos de pacientes terminales que querían terminar sus vidas, los cuales ellos no pudieron ayudar por la prohibición legal. Los demandantes arguyeron entonces que dicho delito tipificado en el artículo 125.15(3) del Código Penal de Nueva York tal y como se aplica a situaciones como las de esos pacientes es inconstitucional. Es decir, los demandantes no arguyeron por la declaración de inconstitucionalidad de dicho artículo en general, sino sólo en cuanto a su aplicación a médicos de pacientes terminales que solicitan ayuda para terminar sus vidas.

Luego de abordar el tema de justiciabilidad del caso, y concluyendo que cumplía con el requisito de presentar un caso y controversia ('*case and controversy'*) según el artículo III de la Constitución, el juez pasó a abordar el tema del debido proceso. Rechazó de plano la interpretación propuesta por el demandante de los precedentes Casey y Cruzan (aparecen los casos por primera vez en este punto y debe hacerse la referencia completa) en el sentido de que existía un derecho constitucional a PAS. El primer caso no "lleva automáticamente al reconocimiento de otros derechos fundamentales en áreas o temas diferentes," y el segundo caso no es aplicable, puesto que hay una diferencia entre PAS (un acto activo) y el rehusar el tratamiento (RT). La corte enfatizó la falta del tradicional contexto conceptual por parte del demandante en identificar un nuevo derecho que merece protección constitucional en el análisis de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos. Dicho derecho "tiene que estar implícito en el concepto de… libertad…y tiene que ser una libertad "profundamente enraizada en la tradición y en la historia de la nación". Luego de repasar la historia legal del suicidio en los Estados Unidos, la corte concluyó que "el tipo de suicidio asistido por médico debatido en este caso no implica un interés de libertad fundamental protegido por la cláusula del debido proceso de la Enmienda Décimo Cuarta."

El demandante arguyó que la aplicación del artículo 125.15(3) del Código Penal de Nueva York a los médicos violaba la protección de la cláusula de igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución, puesto que el PAS es equivalente a RT. Si se considera que RT es legal, mientras que PAS es ilegal, hay entonces una diferenciación discriminatoria que viola la protección de igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. La corte, sin embargo, no reconoció que RT y PAS son equivalentes y enfatizó que el Estado tiene intereses racionales justificables en preservar

la vida y en proteger a las personas vulnerables. En conclusión, tampoco hay una violación con base en la cláusula de protección de la igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos.

Por último, la corte indicó que en otras cortes federales hay una visión diferente del tema, con referencia a *Compassion in Dying v. Washington*, 850 F. Supp. 1454, (W.D. Wash., Seattle Division 1994), cuya decisión fue apelada al Circuito Noveno.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito tomó la apelación en *Quill v. Koppel* y afirmó y revocó, parcialmente, la decisión. En opinión suscrita por el Juez Miner, la corte concluye que PAS no constituye un derecho fundamental o una libertad protegida bajo el debido proceso substantivo. PAS no "está implícita en nuestro entendimiento de libertad organizada (*ordered liberty*) que ni justicia ni libertad pudiera existir, si dicha libertad (PAS) fuese sacrificada. Tampoco puede decirse que el derecho a tener asistencia en el suicidio está profundamente arraigado en la historia y en las tradiciones de la nación. En efecto, lo opuesto es la verdad".

En cuanto a los argumentos basados en protección de igualdad, la corte concluyó que había una violación de la cláusula de igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos. Las leyes en cuestionamiento –dijo la corte- se clasifican en la categoría de legislación de beneficio social (*social welfare legislation*) y por lo tanto están sujetos a un análisis de escrutinio racional de constitucionalidad (*rational basis scrutiny upon judicial review*). 2) Además, la Ley de Nueva York no trata a todas las personas capaces que están en las fases finales de una enfermedad fatal y que desean acelerar sus respectivas muertes. 3) La distinción hecha por la ley de Nueva York con respecto a dichas personas no avanza ningún propósito estatal legítimo; y 4) por ende, en la medida que los estados en cuestión prohíben a personas en las fases finales de una enfermedad terminal de tener asistencia para terminar sus vidas a través del uso de drogas prescritas y auto-administradas, la ley no tiene una base racional para diferenciar unas circunstancias de otras y, por ende, viola la cláusula de protección de igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. Esta conclusión de la corte se basa en el supuesto que no hay diferencia entre RT y PAS. RT –afirma la corte- ha sido reconocido como un interés de libertad protegido ("*protected liberty interest*"), de acuerdo a *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261, 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224, (1990), y como no hay diferencia entre RT and PAS, luego entonces la Ley de Nueva York no trata de manera igual a personas que se encuentra en circunstancias similares. Es decir, aquellos que se encuentran en una fase terminal de su enfermedad con sistemas artificiales para mantenerlos vivos se les permite acelerar su muerte a través de dar instrucciones para remover dichos sistemas; mientras aquéllos que también están en la fase terminal de

una enfermedad, mas no tienen un sistema artificial para mantenerlos con vida, no pueden acelerar sus muertes a través de auto-administrarse drogas prescritas por médicos." Esto es, la corte acepto la tesis de Quill arguyendo que no hay diferencia entre RT and PAS.

La corte analiza esta situación. Luego de mencionar algunos de los intereses del Estado mencionados en *Compassion in Dying v. Washington*, 49 F. 3d 586 (9th Cir.) *reh'g en banc granted*, 62 F.3d 299 (9th Cir. 1995*), affirmed in banc* 79 F.3d 790, 1996, *cert. granted*, *Washington v. Glucksberg*, 117 S. Ct. 37, 135 L. Ed. 2d 1128 (1996), *rev'd, and remanded*, 117 S. Ct. 2258, 138 L. Ed. 2d 772 (1997), tales como el interés en proteger a los médicos "del papel de asesinos de sus pacientes", intereses en evitar las presiones psicológicas contra los ancianos y los endebles, la corte concluye que la Ley de Nueva York "no merece que se le reconozca ninguno de los intereses de Estado mencionados, tomando en cuenta los esquemas legales y de *common law* que permiten el suicidio a través de remover el tratamiento que le está sosteniendo la vida." Es decir, la ley de Nueva York viola la cláusula de protección de igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos.

La decisión está acompañada de una opinión concurrente del Juez Calabresi. Calabresi analiza la historia del PAS y los precedentes relevantes y enfatiza que cuando una ley no es palpablemente constitucional o inconstitucional, "los jueces no deben decidir la validez última de la ley sin propuestas actualizadas y expresas de la gente (ciudadanía) o de sus representes electos, de quienes son los intereses en juego. . . las cortes han frecuentemente anulado dichas leyes, sin dejar abierta la posibilidad de la reconsideración, si propuestas apropiadas fuesen remitidas posteriormente." El favorece entonces reenviar la cuestión constitucional de este tema a la ciudadanía para ella tome una decisión al respecto. Una decisión de un tribunal sobre la constitucionalidad en este tema lo pondría fuera de la deliberación democrática.

Veamos el tema en el estado de Washington. Washington v. Glucksberg. *1. Compassion in Dying v. Washington*, 850 F. Supp. 1454 (W.D. Wash., Seattle Division 1994). En una opinión del Juez Rothstein, concediendo en parte y denegando en parte la solicitud de los demandantes por una decisión sumaria, la corte tenía que decidir sobre la constitucionalidad de la prohibición penal en el estado de Washington de RCW 94A.36.060 que tipifica PAS como un crimen (*felony*). El demandante arguye que esta figura viola la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. "Los demandantes buscan al mismo tiempo una decisión declarativa que anule dicha ley como inconstitucional y una medida cautelar para impedir que el Estado de Washington y el fiscal general del Estado de Washington procedan a hacer cumplir dicha ley."

Luego de describir al demandante, como una "coalición de tres pacientes enfermos terminales, cinco médicos que tratan pacientes terminales, y *Compassion in Dying*, una organización que brinda apoyo, asesoramiento y asistencia a los adultos mentalmente competentes enfermos terminales que están considerando el suicidio", la corte reprodujo la declaración de Glucksberg, Geyman and Preston sobre las consecuencias del avance de la tecnología médica que permite prolongar la muerte con gran cantidad de dolor y sin dignidad. Más y más pacientes quieren controlar como ellos mueren, afirmaron los médicos. Estos médicos habían recibido una solicitud de PAS y ellos consideraron que era pertinente aceptarla y proceder, pero la Ley de Washington lo prohíbe. La corte también explicó el tipo de actividades y los procedimientos de PAS que se llevan a cabo en la organización *Compassion in Dying*. La corte también distingue las demandas especificas dada las especiales circunstancias de cada uno de los demandantes. Jane Roe, John Doe James Poeallege como adultos enfermos terminales "cuestionan la constitucionalidad de la ley en la medida que impide a los médicos a que ayuden a adultos mentalmente capaces a cometer suicidio. Ellos también cuestionan la ley por razones de protección de igualdad o no discriminación." Los médicos "alegan que la Enmienda Décimo Cuarta los protege en su derecho de ejercer la medicina consistentemente con el mejor juicio profesional, incluyendo el derecho a ayudar a pacientes adultos capaces y terminalmente enfermos a acelerar la muerte de ellos a través de recetarles un medicamento apropiado para tal fin que ellos mismo se lo tomen." *Compassion in Dying* alega que dichas personas tienen el derecho a solicitar la asistencia o ayuda de su personal, incluyendo asesoría y envío o mezcla de drogas que puede ser usado para acelerar la muerta de ellas.

La corte inicia su análisis de la demanda para determinar si hay un interés protegido bajo la Enmienda Décimo Cuarta, el cual resguardaría a los individuos de la intromisión gubernamental en su decisión de cómo morir. Luego de revisar la decisión y el fundamento de *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 112 S. Ct. 2791, 120 L. Ed. 2d 674, (1992), la corte concluye que "el sufrimiento de una persona enferma terminalmente no puede considerarse menos íntima o personal, o menos digna de protección de intromisión injustificada por del gobierno que la decisión de una mujer de interrumpir en los periodos iniciales su embarazo. Por ende, y de conformidad con el razonamiento de Casey, dicha decisión íntima y personal recae en el área de libertades constitucionalmente protegidas por la Enmienda Décimo Cuarta."

Esta corte, sin embargo, declinó dejar el tema a la legislatura estatal, como sugería el demandado, porque hay un interés constitucional implicado. La corte también desestimo los argumentos del demandado tratando de diferenciar entre derechos reproductivos y PAS. De la misma manera de

que Casey reconoció una esfera de libertad personal en la cual el gobierno no puede intervenir al principio de la vida, también debe haber una esfera equivalente de libertad al final de la vida.

La corte luego examina *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health.* Con base a los fundamentos de Cruzan, la corte dice "que el asunto medular es si se puede distinguir constitucionalmente entre rehusar tratamiento médico que resulta en la muerte, y la situación en que involucre individuos capaces y lúcidos enfermos terminales que desean acelerar su muerte a través de auto-administrarse drogas recetadas por un médico." La corte concluye que no puede hacerse una diferenciación entre RT y PAS. "El adulto terminalmente enfermo tiene un derecho constitucional garantizado bajo la Enmienda Décimo Cuarta de cometer suicidio asistido por un médico."

En cuanto al estándar de revisión aplicable, la corte concluye que el estándar de "*undue burden*" establecido en Casey se aplica en este caso. Con base a éste estándar los intereses que arguye el demandante, es decir, prevenir el suicidio y "proteger aquellos en riesgo de cometer suicidio de la influencia de otros quienes los ayudarían a completar el acto de suicidio" no son sostenibles. No se trata, dice la corte, de gente en general y el suicidio, sino que se trata sólo de pacientes terminalmente enfermos. No hay, por ende, un problema de "efecto dominó", de que si reconoce dicha libertad para los enfermos lúcidos terminales entonces luego se deberá reconocer para personas en otras circunstancias. "La corte no tiene duda alguna de que las legislaturas podrán desarrollar regulaciones y directrices que definirán apropiadamente los límites del suicidio asistido por un médico para los individuos terminalmente enfermos, y al mismo tiempo dar el reconocimiento adecuado a las preocupaciones de política pública de prevenir el suicidio." La corte indica que dicha ley no sólo obstaculiza que el paciente terminalmente enfermo, mentalmente capaz ejerza el PAS, sino que lo prohíbe en su totalidad. Sin lugar a dudas, esta prohibición constituye un obstáculo de gran envergadura en el ejercicio de una interés de libertad constitucionalmente protegido." El estado puede regular PAS sin poner un obstáculo excesivo para el ejercicio de un derecho constitucional y con un interés legítimo razonable.

Con respecto a la protección con base a la protección de igualdad y no discriminación de la Enmienda Décimo Cuarta, la corte consideró que no hay diferencia entre RT and PAS. Distinguir entre una y otra no es una clasificación que sirve para cumplir con un propósito gubernamental significativo y apremiante. Ambos pacientes pueden estar enfermos terminalmente y sujetos a procesos de agonía largos sin intervención médica, ya sea removiendo el sistema de apoyo artificial de sobrevivencia o ya sea prescribiendo una receta para que sea auto-administrada." En consecuencia, ley en cuestión también viola la garantía de protección de igualdad de la Enmienda

Décimo Cuarta de la Constitución. En conclusión, la corte decide que RCW 9A.36.060 es inconstitucional con base a dos razones: pone un obstáculo excesivo para ejercer un interés de libertad de protegido por la Enmienda Décimo Cuarta y, además, diferencia inválidamente entre RT y PAS, lo que no cumple con los requisitos de la cláusula de protección de igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta. La corte, sin embargo, concede la solicitud por juicio sumario con respecto a los pacientes demandantes, deniega la contra-solicitud de los demandados, y concede a los médicos demandantes su solicitud por juzgamiento sumario en la parte que corresponde a los pacientes, mas se los niega con respecto a ellos mismos. Igualmente, la solicitud del demandante *Compassion in Dying* en su favor también se niega. La corte declina en conceder medida cautelar de suspensión.

Con una opinión del Juez Noonan y un salvamento de voto del Juez Wright, la corte de apelaciones revocó la decisión de la corte del distrito. La corte no aceptó la interpretación de la corte del distrito de Casey y Cruzan ni tampoco sus conclusiones con respecto a los intereses del estado involucrados. Sin embargo, la corte de apelaciones se retractó in banc, afirmado la decisión de la corte de distrito. En una opinión de Reinhardt con el salvamento de voto de Beezer, Fernández y Kleinfeld, la corte concluye que "hay un interés de libertad protegido constitucionalmente en determinar el momento y la manera de la propia muerte….. [que] la ley del [estado] de Washington . . . viola la cláusula del debido proceso de la Enmienda catorce." La corte concluye que no necesita resolver la pregunta sobre la violación de la cláusula de protección de igualdad. La corte insiste que ellos no están decidiendo la expresión de validez de dicha ley, y que incluso reconociendo el interés de libertad no excluye que haya regulación por parte del estado consistente con esa libertad.. una vez se identifiquen ciertos intereses estatales, tales como, prevenir el suicidio, evitar el involucramiento de terceras personas, proteger a los miembros de la familia. La corte insiste que una prohibición total de PAS es una medida inadecuada para servir a intereses estatales legítimos. El gobierno del estado tiene que escoger otras medidas menos intrusas(¿) restrictivas o represivas

Tanto el proceso de Nueva York como el de Washington tratan de demandas similares, con demandantes y temas similares. Mientras que en *Compassion in Dying* se encontró una violación de la ley contra el Debido Proceso de la Enmienda Décimo Cuarta, en Quill, sin embargo, se encontró una violación de la Protección de Igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta. Ambas decisiones sugirieron que las legislaturas deben regular PAS. Es más, el voto concurrente de Calabresi advierte que cuando en duda sobre la existencia de interés constitucional protegido es mejor dejar la decisión a los ciudadanos o sus representantes en un proceso de deliberación democrática. Si los jueces reconocen un interés de libertad en la Enmienda Décimo

Cuarta Catorce de que los pacientes adultos capaces terminalmente enfermos tengan ayuda para acelerar sus muertes ello pone el tema fuera de las manos de las legislaturas. La manera de cómo morir debe ser una decisión que tome la ciudadanía.

El cuestionamiento de las leyes de Nueva York y Washington de prohibir ayuda de médicos en acelerar la muerte no se presentó en general como un derecho a morir. Por el contrario, el cuestionamiento se enfocó en el tema sobre si una determinada clase de personas: los pacientes enfermos terminales con la capacidad de tomar la decisión por ellos mismos, tenían derecho a tomar la decisión.

IV. Derecho a morir: diálogo constitucional entre la soberanía del individuo y la soberanía estatal

Tomando en cuenta las similitudes entre los dos casos, las solicitudes pueden ser formuladas para ambos casos de la siguiente manera: que las respectivas leyes, la de Washington y la de Nueva York, prohibiendo y o criminalizando la asistencia de un médico para el suicidio para acelerar la muerte de adultos capaces terminalmente enfermos, viola la cláusula del Debido Proceso y la cláusula de Protección de Igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. La primera violación se da porque la Constitución reconoce un interés de libertad para decidir cómo se muere. La segunda violación se da porque la ley permite el RT, el cual no es diferente de PAS. Ni la ley de Nueva York ni la Washington sobre este tema cumplen con satisfacer un interés estatal legítimo y, por ende, no pueden justificarse constitucionalmente.

Veamos algunos de los argumentos y las estrategias de los casos ante la Corte Suprema de Justicia.

El tema de PAS pasa a primer plano, como lo reconoce la decisión de la Corte Suprema, puesto que los avances de la tecnología médica crean las condiciones que "hacen que estadounidenses mueran cada vez mas de una enfermedad crónica en una institución." De tal manera, que la protección de la dignidad e independencia al final de la vida ha devenido una preocupación importante, cuando no central, del público. La Corte Suprema también reconoció que aunque muchos estados respondiendo a esta preocupación permiten adoptar un documento de voluntades anticipadas ('living wills', surrogate health-care decision making) y que le retiren o rechazar de tratamientos médicos para continuar con vida, "votantes y legisladores continúan mayormente reafirmando las prohibiciones en sus respectivos estados en asistencia al suicidio."

El énfasis positivo de los avances de la tecnología médica fueron cuestionados a través de los alegatos sobre los abusos de PAS en Holanda y durante la Alemania nazi. El caso de Holanda y especialmente el programa de eutanasia durante la Alemania nazi fueron utilizados como fantasmas cargados de emoción para sugerir que a pesar de los avances de la tecnología médica, reservas éticas tradicionales, y el respeto a los médicos como curadores sujetos al juramento Hipocrático debían prevalecer. Así, el amicus curiae en apoyo de los *members of the New York and Washington state Legislatures* en apoyo de los solicitantes subrayó los abusos de PAS contra grupos vulnerables en Holanda. El énfasis en la experiencia comparada de Holanda forzó a la amici curiae en apoyo de los demandados a ofrecer una interpretación de la experiencia. El alegato (brief) del Amicus Curiae *Gay Men's Health Crisis and Lambda Legal Defense and Education Fund: On Behalf of their Members with Terminal Illnesses; and Five Prominent Americans with Disabilities: Evan Davis, Hugh Gregory Gallagher, Barbara Swartz, Michael Stein and Susan Webb* en apoyo a los demandados (*respondents*), advierte sobre el argumento de algunos oponentes que, tal como muestra la experiencia de Holanda, PAS no puede quedar limitado a la gente con enfermedades terminales. Este alegato caracteriza la comparación como engañosa. La comparación con Holanda no aporta nada para sustentar argumentos de política constitucional válidos con respecto al contexto de los Estados Unidos porque las directrices del PAS en Holanda nunca han requerido que el paciente este enfermo terminalmente, tal como es el caso de los Estados Unidos. El alegato también cita dos estudios recientes sobre el PAS en Holanda que concluyen que el PAS no ha producido los abusos de efecto dominó que se temía se dieran. Los bio-eticistas, advierten sobre la manipulación de las estadísticas de Holanda sobre PAS hecha por el solicitante y su amici. Ellos, por el contrario, con base también en la experiencia de Holanda concluyen que el PAS puede ser positivo moral y espiritualmente para el paciente quien esta en la posición de tomar una decisión.

En un alegato remitido para ambos casos, *Vacco* y *Glucksberg*, *The Family Research Council* apoya a los solicitantes, enfatizando el papel tradicional de los doctores como curadores: 'un doctor no puede matar'. Como una ilustración en el caso, el amici llama la atención de la Corte el programa alemán de eutanasia de 1930 a 1940. El Consejo de Investigación sobre la Familia (*Family Research Council*) postula que la corrupción de la profesión médica es inherente a la práctica de PAS. Desde luego, la comparación entre PAS en Estados Unidos y las prácticas de la eutanasia del régimen Nazi denota grandes diferencias. Por ejemplo, PAS requiere el consentimiento del paciente y se constriñe aquellos enfermedades terminales. Mientras que la eutanasia durante la Alemania nazi se usaba cómo una práctica eugenésica. Otra diferencia deriva del contexto de una tradición democrática, de estado

de derecho de los Estados Unidos en contraste con el régimen Nazi, una dictadura totalitaria basada en ideas de una nación con pureza racial. El alegato cumple su objetivo, sin embargo, en llamar la atención sobre el papel del médico como un curador y en cómo cambios sutiles en valores comunitarios en combinación con factores políticos puede conducir a crímenes contra la humanidad. PAS, sugiere el amicus, no significa muerte misericordiosa, puesto que sugiere que hay vidas que no valen la pena vivirse, y esta (des) valoración implícita es suficiente para erosionar los fundamentos esenciales de la profesión médica, lo cual produciría consecuencias de una corrupción monstruosa. Aunque la comparación entre el régimen Nazi y el efecto per se corrosivo de PAS fue sin duda alguna exagerado, logró llamar la atención sobre consecuencias aberrantes que podría tener PAS e invitó a la precaución.

La decisión de la Corte Suprema acepta el riesgo de las consecuencias de aceptar PAS tal como se practica en Holanda y acepta el argumento del conflicto de valores de la profesión médica como parte de los intereses legítimos del Estado para regular la conducta en cuestión.

En ambos casos los demandantes eran médicos de los pacientes. Ellos fueron bien escogidos. Los pacientes eran enfermos terminales, adultos capaces, de diferentes edades, que deseaban recibir la asistencia a través de una receta médica de drogas que pudiesen ser auto-administradas acelerando así sus respectivas muertes. Todos los médicos tenían buena reputación, era reconocidos como expertos y era conocidos como personas que obedecían la ley. Ellos no eran fácilmente descartados como fanáticos. En otras palabras, ellos no representaban la expresión radical del PAS, como era el caso de Kevorkian.

El uso de Kevorkian en el caso como una fanático radical extremo fue inevitable, sin embargo. Por ejemplo, en la *petition de writ of certiorari* (at 12) en la nota a pie de pagina 5, el solicitante trata de menoscabar el concepto de relación entre el médico y su paciente para acelerar la muerte como una relación de cuidado citando *Goodness of Planned Death* (1991) de Dr. Jack Kevorkian, donde uno de los objetivos del *obitiatrist* (médico que asiste en suicidio) era conducir experimentos en los pacientes moribundos.

De igual manera, la moción de Richard Thompson, el fiscal del Condado de Oakland County apoyando a los demandantes en ambos casos, *Vacco* and *Glucksberg*, aduce que los argumentos contra PAS se encuentran en la practica de Kevorkian. Criticando el estándar de la práctica de Kevorkian según la cual sólo se requiere por parte del paciente una decisión racional para proceder con PAS, la moción urge a la Corte negar el derecho a morir "right to die" a fin de "prevenir una incursión de mas "Dr. Deaths". La moción, luego de mencionar el libro de Kevorkian's *Prescription: Medicine -- The Goodness of Planned Death* (1991), el inevitable uso eventualmente de la invención "Mercitron" (*an intravenous poison drip apparatus*) y su

práctica – crea una caracterización de un monstruo o por lo menos de alguien quien es demente y no obedece las leyes ni las costumbres de la sociedad y de su profesión. Se sugiere que la prohibición de PAS no es suficiente porque doctores y enfermeras continúan la práctica de PAS calladamente, particularmente, el demandado Dr. Quill. La prueba es su libro *Death and Dignity: Making Choices and Taking Charge* (1990). Como parte de su argumentación en su amicus caracteriza a Kevorkian como un fanático irresponsable y un inescrupuloso practicante de PAS. Sutilmente, el nombre y la práctica de uno de los médicos, Dr. Quill, es asociada con Kevorkian. El amicus fue acompañado de partes o segmentos de los testimonios de Kevorkian en la Corte Circuital de Okland, el cual muestra su limitada experiencia en decidir temas de PAS y sus dudosos procedimientos y requisitos para ejecutar PAS. Por ejemplo, Kevorkian se basa solo en documentos de un doctor anterior, no examina directamente al paciente, y lleva a cabo PAS en casos en los cuales no hay enfermedades terminales.

Los demandantes, en fin, fueron escogidos cuidadosamente para evitar la caracterización negativa de que alguien como Kevorkian hubiese sufrido.

En ambos casos los demandantes fueron extremadamente cautelosos de no entrar en una discusión general del derecho a morir. Ellos trataron de delimitar el asunto a aquellas personas enfermas terminalmente que son adultos capaces. Esto fue una excelente estrategia, la cual fue atacada vehemente por el demandado con su énfasis en el argumento del "efecto dominó".

En *Vacco v. Quill*, el solicitante (demandante?) presentó argumentos persuasivos para substanciar su petición de certiorari. Por ejemplo, que el Circuito Segundo dejó de lado limitaciones históricas y racionales al derecho a la auto-determinación, que había un conflicto entre la decisión del Circuito Segundo y la corte de Michigan.

Los solicitantes usaron la historia de las secciones del Código Penal de Nueva York también sugiriendo con gran habilidad, que esto sería un tema más apropiado de decidir por parte de las legislaturas. Los solicitantes trataron de menoscabar la imagen de Timothy Quill como un médico consagrado. Fue presentado como un creyente muy fuerte de la legalización de PAS, puesto como se había demostrado el Dr. Quill fue co-author de la propuestas para legalizar el PAS. La articulación de los intereses gubernamentales fueron basados en los formulados en *Compassion in Dying*. El mejor argumento fue quizás enfatizar el papel del médico como curador, pone PAS en cuestionamiento. Los argumentos mas reiterados en la petición fueron (1) diferenciación entre PAS y RT; (2) Justificación de los Intereses del Estado; (3) decisión mas apropiada para la legislaturas.

Los argumentos principales en contra de aceptar el certiorari fueron: énfasis en la no distinción entre PAS y RT, que no hay un conflicto entre los circuitos federales y de que es prematuro para la Corte Suprema decidir el caso. La caracterización de los efectos de falta de hidratación y nutrición en virtud de haber removido tubos fue especialmente dramático para mostrar que no hay una muerte "natural" y humana con RT. PAS, al contrario, sería mucha más humano e indoloro.

La discusión de si PAS era la designación adecuada del procedimiento y las cosas horribles asociadas con la palabra suicidio no fue tratado tan extensivamente. Esta no diferenciación entre suicidio y PAS fue usada como argumento a *fortiori* para apoyar la prohibición: Si los estados tienen confinamiento involuntario de aquellos que cometen o intentan cometer suicidio, es entonces obvio que ellos pueden prevenir a la misma persona ejercer la opción de PAS. Desde luego, este argumento deja de lado que PAS es sólo para pacientes capaces enfermos terminales. En algunos casos, los demandantes opusieron a las mociones de aceptar amicus curiae de organizaciones religiosas aduciendo que la Corte tenía que ser neutral. Ello no parece una estrategia adecuada, pues creó la impresión que habría argumentos muy persuasivos por parte de esas organizaciones que no querían ser escuchados.

Las peticiones fueron básicamente sostenidas usando Casey and Cruzan. Aunque la Corte del Circuito Noveno criticó la interpretación de Casey como des-contextualizada, Casey es adecuado para mostrar un "derecho a la privacidad". Y, si hay una esfera de libertad en la cual el estado no puede intervenir sin un interés justificado entonces las personas mas allá del punto de recuperación (enfermos terminales), tienen el derecho a decidir dentro de esa esfera cómo morir o incluso cómo evitar dolor y sufrimiento y mantener su noción de dignidad acelerando su inexorable muerte a través de PAS. Además, Cruzan fue el caso exacto para hacer la comparación entre los procedimientos de RT y PAS. Sin embargo, podría argüirse que Cruzan no reconoce la libertad en cuestión con total claridad y que el hecho de que se está con sistema artificial de soporte hace una diferencia en la comparación con otros pacientes terminales. La Corte Suprema finalmente no aceptó la interpretación de los demandantes de Casey y Cruzan que fueron presentadas con éxito en las cortes inferiores.

Pero, las declaraciones de los demandantes (médicos y pacientes terminales) fueron efectivas. La imagen que queda es de médicos muy competentes y limitados a dar el servicio para ayudar a sus pacientes a evitar dolor y sufrimiento. Los pacientes quedan como personas en desgracia, pidiendo un acto de clemencia. ("I can no longer endure the pain and suffering associated with AIDS and I want to have drugs available for the purpose of hastening my death." (Declaration of William A. Barth, at JA98)).

La cantidad y calidad de las mociones fue impresionante. Ambos solicitantes y demandados convocaron la participación de grupos relevantes. Para enfatizar, por ejemplo, el argumento del "efecto dominó" hubo una moción de una asociación de individuos con discapacidades, pero otra asociación similar presentó una moción en contra del argumento. Todo tipo de asociaciones estuvieron presentes en las amici (ejemplos, religiosas, derechos civiles, médicos, enfermeras, personas con discapacidades, profesores de derecho, filósofos morales, asilos, bioeticistas, educativas, gay). Uno de los amici explícitamente usa la falta de apoyo de una categoría de organizaciones para sugerir la debilidad de la decisión: "Significantly, against the accumulated wisdom of the medical, ethical, and religious communities, the Second Circuit failed to cite even one medical organization or text supporting its conclusion. . . *"(Brief Amicus Curiae of Catholic Medical Association in Support of Petitioners*, at 14)).

Dada las posiciones de los amici, una de las más efectivas fue la de Amicus Curiae de *Choice in Dying*. En ella, la organización aparentemente no tomó posición en cuanto a las decisiones, pero advirtió sobre las "limitaciones de evidencia empírica con respecto a PAS", la diferenciación entre RT y PAS, y las limitaciones en la tecnología para manejar el dolor de los pacientes terminales. Sutilmente, la moción también creó dudas sobre la noción de que la tecnología médica es muy avanzada. El problema no es que la tecnología médica es muy avanzada, el problema es que se ha aplicado mal a los pacientes moribundos.

Uno de los amici más interesantes desde el punto de vista de los principios que guían el diálogo entre el Estado y el individuo en un Estado de Derecho fue presentado por los filósofos políticos y morales: Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon, y Judith Jarvis Thomson. Ellos afirman que los casos no son una invitación para que la Corte tome una decisión moral, ética o religiosa sobre el tema. Los casos "llaman a la Corte a reconocer que los individuos tienen un interés constitucionalmente protegido en tomar esas decisiones graves por ellos mismos, libres de la imposición de cualquier ortodoxia religiosa o filosofía por parte de cortes y legislaturas. Los estados tienen un interés constitucional legitimo en proteger a los individuos de decisiones irracionales, desinformadas, presionadas o inestables para acelerar la muerte de ellos." Con ese propósito, el Estado puede regular el ejercicio de ese derecho, mas no puede negar su ejercicio y menos con base a creencias religiosas o convicciones éticas sobre el valor o el significado de la vida. "Nuestra Constitución prohíbe al gobierno imponer dichas convicciones a sus ciudadanos."

La estrategia de los amici apoyando a los solicitantes fue enfatizar las consecuencias horribles si PAS fuese admitido como política pública. Incluso diciendo que la decisiones del Circuito Segundo y del Circuito No-

veno son un ejemplo de los usos peligros de derecho constitucional como un instrumento de cambio social. El PAS como política pública implica per se discriminación de grupos marginales: los viejos, los pobres, los discapacitados. Una buena estrategia de los respondientes demandados? fue de utilizar organizaciones similares para refutar esos argumentos. Es decir, hubo participación de organizaciones de discapacitados en contra y en pro de PAS, médicos por PAS y contra PAS.

Un argumento usual de los demandados que decir que PAS se practica de hecho y que es un tema de autonomía individual. PAS da cierto solaz a los pacientes que de otra manera, como enfermos terminales no tienen control de sus vidas.

En W*ashington v. Glucksberg*, la Corte Suprema se enfocó en el tema de si PAS constituye una violación de la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. En Vacco v. Quill, la Corte Suprema se enfocó en el tema de si PAS constituye una violación de la Cláusula de Protección de Igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta de la Constitución. Veamos el análisis de la Corte Suprema en Washington v. Glucksberg.

Washington v. Glucksberg reconstruye la historia de PAS en el estado de Washington reiterando que siempre ha sido considerado un crimen. Legalmente, PAS es diferente que RT. Luego de un breve examen de la historia procesal del caso, la Corte inicia su análisis del debido proceso con el método tradicional: revisando la historia, las tradiciones y prácticas de la nación. La Corte concluye con base a esa revisión que PAS ha sido consistentemente prohibido en los Estados Unidos.

La Corte Suprema descarta basarse en los casos en Cruzan and Casey. En el primer caso, la Corte afirmó que la protección de RT no se infería de un concepto abstracto de autonomía personal, sino de la norma de common law que categoriza medicación forzosa como una agresión, conjuntamente con la tradición de RT en la historia de la Nación. La protección legal de RT no es similar a la de PAS. Rechazando basarse en Casey, la Corte afirma que no todas las decisiones íntimas y personales están protegidas por la Cláusula del Debido Proceso. Es más, el estado tiene intereses legítimos y racionales en prohibir PAS: prevenir el suicidio, proteger a la profesión médica, protección de grupos vulnerables y prevención de eutanasia voluntaria e involuntaria. La Corte usa y cita el trabajo de la New York *Task Force On Life and the Law* (Sobre la vida y el Derecho), que era parte de un documento originalmente presentado por el solicitante en el caso de *Vacco v. Quill* que reitera el interés del estado articulado en *Compassion in Dying*. Esto es, esos intereses están razonablemente relacionados con promover objetivos legítimos. La Corte insiste, sin embargo, que su decisión se limita a aquéllas circunstancias que tratan con personas adultas, capaces, terminal-

mente enfermas que desean acelerar sus muertes a través de la obtención de un medicamento recetado por sus médicos. Es decir, la Corte afirma que el debate sobre la moralidad, legalidad y conveniencia de PAS debe continuar en los Estados Unidos. Con esa decisión, la Corte reenvía el asunto para la deliberación de las legislaturas y de la ciudadanía.

El asunto central en Vacco v. Quill era si PAS violaba la cláusula de Protección de Igualdad de la Enmienda Décimo Cuarta. La Corte concluye que no es así, pues hay una diferencia entre PAS y RT sobre todo en cuanto a la intención y la causalidad del acto. Una vez más, explicando su decisión en Cruzan, la Corte enfatiza que Cruzan no implica un reconocimiento abstracto de acelerar la muerte, sino un derecho basado en la integridad corporal y la libertad de no ser tocado sin consentimiento. Esta distinción en el derecho de Nueva York es racional y por ende constitucional.

Los dos precedentes principales en los cuales se basaron las acciones de constitucionales, Casey and Cruzan, no fueron aceptados por la Corte como aplicables en el caso. La Corte distinguió y limitó el alcance de dichas decisiones. La Corte siguió la metodología tradicional aplicable al debido proceso: determinación de si hay una libertad profundamente arraigada en la historia y las tradiciones de la Nación. La decisión de la Corte muestra una especial consideración de las consecuencias de admitir o no PAS y, sobre todo, de la instancia adecuada para tomar la decisión de política constitucional. Limitar la decisión a las circunstancias de enfermos terminales adultos capaces que desean acelerar su muerte permite el debate sobre en cuáles circunstancias podría ser permitido o incluso requerido continúe en las legislaturas y en la ciudadanía. El debate queda abierto.

Los casos muestran una cuidadosa estrategia, desde la selección de los clientes, la identificación y definición de los asuntos o temas a tratar, la formulación de los argumentos relevantes, el uso de declaraciones persuasivas de los testigos expertos y en el escogimiento de las historias y referencias. Así, las mociones y escritos presentados cubren prácticamente todos los aspectos médicos, filosóficos, constitucionales, históricos, y comparativos, entre otros, de la controversia. En el litigio constitucional participan también casi todos los grupos con intereses relevantes: médicos, pastores, investigadores, filósofos morales, activistas de derechos civiles, hospicios, asociaciones de persona con discapacidades, entre otras.

III. Derecho a morir: diálogo constitucional entre la soberanía del individuo y la soberanía estatal en un Estado de Derecho

El diálogo constitucional entre ciudadanos, legislaturas y cortes sobre cómo ejercer el derecho morir continúa. Recientemente una corte estatal

de Nuevo México decidió que los residentes, pacientes terminales tienen un derecho constitucional a ser ayudados a morir. Igualmente, en Bélgica, la legislatura aprobó quitar límites de edad en la práctica de eutanasia.

Desde luego, el uso de los tribunales y específicamente de cortes con jurisdicción constitucional para iniciar y sostener un dialogo de políticas publicas y políticas constitucionales requiere de una Corte y una legislatura independiente. En México, por ejemplo, hasta más o menos el año 2000 el judicial y el legislativo "estaban subordinados al control del ejecutivo." Esta subordinación no permitía, a través de una miríada de constreñimientos institucionales e informales que la Corte Suprema de México funcionara adecuadamente "as arbiter between the presidential and congressional powers, and from protecting fundamental rights. The court system essentially preserved authoritarian rule and the Mexican Supreme Court turned into a passive and unimportant institution. Judges aligned themselves with the executive in an effort to avoid any kind of confrontation." Sin embargo, "from 1995 to 2010, the Mexican Supreme Court initiated a fascinating process of institutional transformation, which positioned justices to develop novel fundamental rights-jurisprudence. Since 2007, the Court has come to be viewed not merely as a forum to settle disputes but as an instrument of societal change."

Habría que ver cómo puede darse ésta transformación en el caso de Panamá para que el ejecutivo deje de subordinar a los otros órganos del Estado. Esa es la condición sine qua non para usar el litigio constitucional como estrategia para promover políticas públicas.

El diálogo sobre el derecho a morir es sobre la existencia de la libertad individual que es posible cuando hay una verdadera separación de los poderes públicos y un respeto por la ciudadanía. Es decir, cuando hay un Estado de Derecho. Ronald Dworkin cree que "hacer morir a una persona de una manera en que otros aprueben, pero que esa persona cree que se da de una manera horrendamente contradictoria con su vida, es una forma devastadoramente execrable de tiranía." No vivir aún en un Estado de Derecho en que ese diálogo constitucional entre la soberanía del individuo y la soberanía estatal pueda llevarse a cabo, debe ser peor que vivir en una execrable tiranía. Se acerca peligrosamente a un momento de excepción en que el contrato social originario que legitima las instituciones gubernamentales puede ser radicalmente rescindido. Quizás no es coincidencia que la versión original del eslogan de la Revolución Francesa emblemático de los derechos individuales era: Libertad, Igualdad, Fraternidad, o la Muerte (Liberté, égalité, fraternité, ou la mort!)."

PODERES PÚBLICOS

El Acto Parlamentario: elementos para su caracterización.

Salvador Sánchez González

I. Aspectos Generales.

El propósito de esta investigación es conocer la naturaleza de los actos que se producen en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 161 de la Constitución Política de la República de Panamá (descritas expresamente como funciones administrativas de la Asamblea Nacional), en anticipo de una reflexión sobre la forma adecuada para su tutela judicial.

La pretensión descrita exige tomar posición respecto a números temas teóricos y prácticos, que inician en la propia definición del derecho parlamentario general y especial, el concepto de acto parlamentario, y las alternativas de tutela judicial de actos y normas.

En ese sentido, entiendo como derecho parlamentario al conjunto de normas que rigen las actividades de las asambleas representativas en los Estados democráticos, en lo referente a sus atribuciones constitucionales, a su organización y funcionamiento interior, al estatuto personal de sus miembros, a su administración, y a sus relaciones internas y externas.[1]

Las fuentes del derecho parlamentario así definido, incluyen una variedad de normas, entre las que suelen incluirse la Constitución y el reglamento de debate de las cámaras, así como otras disposiciones y actos producidos cotidianamente en sede parlamentaria. Esas fuentes requieren ser identificadas ordenamiento por ordenamiento, porque no son exactamente las mismas, ni operan de modo idéntico, en todos los Estados.

En nuestro país, por ejemplo, la jerarquía normativa del reglamento de la cámara ha variado desde 1904, dependiendo de su configuración como acto interno o ley formal, o por la pretoriana adquisición parcial de jerarquía constitucional.

En efecto, mediante pronunciamiento de 16 de octubre de 1991 en proceso de amparo de garantías constitucionales, la Corte Suprema de Justicia señaló que las normas del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional (en adelante, R.O.R.I.) pueden integrar parte del bloque de constitucionalidad cuando se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la Asamblea. Como se ha indicado en otra

1. Sánchez González, Salvador. Derecho parlamentario: aproximación a una definición. Revista parlamentaria Debate. Asamblea Nacional de Panamá. No. 22, abril de 2014. En imprenta.

parte,[2] dada la naturaleza también constitucional de las funciones judiciales y administrativas de la Asamblea, igualmente reguladas en el R.O.R.I., este argumento no resulta convincente para justificar su exclusión del bloque de la constitucionalidad propuesto por la Corte.

En Panamá, los actos parlamentarios, desde la perspectiva orgánica y en principio, son los que expide la Asamblea Nacional en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. Son por lo tanto actos parlamentarios los que se expiden en ejercicio de las funciones constitucionalizadas de la Asamblea Nacional: la función legislativa (artículo 159 y concordantes de la Constitución), judicial (artículo 160 de la Constitución y concordante) y administrativa (artículo 161 de la Constitución).

Paralelamente, desde las formas típicas que asumen los actos parlamentarios, estos pueden ser leyes (los producidos en ejercicio de la función legislativa), sentencias (los producidos en ejercicio de la función judicial) o resoluciones.

Estas primeras distinciones –orgánica y formal- nos dejan en la puerta del auténtico problema. Aunque no sea difícil identificar y aceptar como tales a los actos parlamentarios legislativos y judiciales, genera desasosiego la designación de actos administrativos a aquellos que expresan las funciones contenidas en el artículo 161 de la Constitución. Las tareas que suele desarrollar la Administración a través de actos administrativos típicos, no se vinculan con naturalidad con ese catálogo central de actividades parlamentarias.

II. Los actos parlamentarios

En otros ordenamientos, el debate relativo al concepto de acto parlamentario se centra en perfilarlo adecuadamente, y distinguirlo de los actos administrativos. Como han señalado ya con suficiente énfasis otros autores, la distinción entre los actos materialmente parlamentarios y los actos materialmente administrativos es útil para establecer la forma y alcance de los controles judiciales correspondientes. Sin embargo, se ha recalcado con igual firmeza la falta de acuerdo en esta materia.[3]

En Panamá, se ha reconocido tanto la utilidad del criterio formalista de la clasificación de los actos parlamentarios en legislativos, judiciales y administrativos como su inconsistencia. Al respecto ha dicho el Doctor César Quintero Correa:

2. Sánchez, Salvador. Crítica a la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad. Ediliber, Colección de Derecho Constitucional, No. 5, febrero de 2009. (2da edición, 2010).
3. Escuin Palop, Catalina. El Parlamento en el Derecho. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Madrid. s/f, p.236-239.

"Es interesante observar, asimismo, que el método que ha seguido el Constituyente en las tres constituciones para clasificar las funciones de la Asamblea es exclusivamente formalista. En consecuencia, clasifica como legislativas todas aquellas funciones que la asamblea realiza en forma de ley. No ha tenido, pues, en cuenta el hecho de que dichas funciones sean intrínsecamente de sustancia legislativa o no. Incluye, por ejemplo, entre las legislativas la de aprobar o improbar los contratos que celebre el ejecutivo y la de decretar los monumentos públicos que haya de erigir el Estado, cuando éstas son funciones de índole administrativa. Asimismo, enumera como función legislativa la de conceder amnistía, la cual en realidad es una función de carácter judicial."[4]

Otra de las vías de análisis subraya el hecho de que las funciones descritas en el artículo 161 de la Constitución Política son esencialmente tareas de control parlamentario del Gobierno y la Administración:

Dice el artículo 161 de la Constitución Política de Panamá:

ARTICULO 161. **Son funciones administrativas** de la Asamblea Nacional:

1. Examinar las credenciales de sus propios miembros y decidir si han sido expedidas en la forma que prescribe la Ley.
2. Admitir o rechazar la renuncia del Presidente y del Vicepresidente de la República.
3. Conceder licencia al Presidente de la República cuando se la solicite, y autorizarlo para ausentarse del territorio nacional, conforme a lo dispuesto en esta Constitución.
4. Aprobar o improbar los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Procurador General de la Nación, del Procurador de la Administración y los demás que haga el Ejecutivo y que, por disposición de esta Constitución o la Ley, requieran la ratificación de la Asamblea Nacional. Los funcionarios que requieran ratificación no podrán tomar posesión de su cargo hasta tanto sean ratificados.
5. Nombrar al Contralor General de la República, al Subcontralor de la República, al Defensor del Pueblo, al Magistrado del Tribunal Electoral y al suplente que le corresponde conforme a esta Constitución.
6. Nombrar, con sujeción a lo previsto en esta Constitución y en el Reglamento Interno, las comisiones permanentes de la Asamblea

4. Quintero, Cesar. Derecho Constitucional, Tomo I, Imprenta Antonio Lehmann, San José, Costa Rica, 1967, p. 507. Las tres constituciones a las que hace alusión son las de 1904, 1941 y 1946, pero las afirmaciones son válidas en general, respecto de la Constitución de 1972.

Nacional y las Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público, para que informen al Pleno a fin de que dicte las medidas que considere apropiadas.

7. Dar votos de censura contra los Ministros de Estado cuando estos, a juicio de la Asamblea Nacional, sean responsables de actos atentatorios o ilegales, o de errores graves que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado. Para que el voto de censura sea exequible se requiere que sea propuesto por escrito con seis días de anticipación a su debate, por no menos de la mitad de los Diputados, y aprobado con el voto de las dos terceras partes de la Asamblea. La Ley establecerá la sanción que corresponda.

8. Examinar y aprobar o deslindar responsabilidades sobre la Cuenta General del Tesoro que el Ejecutivo le presente, con el concurso del Contralor General de la República. Con ese propósito, el Ministro del ramo presentará personalmente ante el Pleno de la Asamblea Nacional la Cuenta General del Tesoro, en marzo de cada año. El Reglamento Interno de la Asamblea Nacional dispondrá lo concerniente a esa comparecencia y a la votación de la Cuenta del Tesoro presentada por el Órgano Ejecutivo.

9. Citar o requerir a los funcionarios que nombre o ratifique el Órgano Legislativo, a los Ministros de Estado, a los Directores Generales o Gerentes de todas las entidades autónomas, semiautónomas, organismos descentralizados, empresas industriales o comerciales del Estado, así como a los de las empresas mixtas a las que se refiere el numeral 11 del artículo 159, para que rindan los informes verbales o escritos sobre las materias propias de su competencia, que la Asamblea Nacional requiera para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer los actos de la Administración, salvo lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 163. Cuando los informes deban ser verbales, las citaciones se harán con anticipación no menor de cuarenta y ocho horas y se formulará en cuestionario escrito y específico. Los funcionarios que hayan de rendir el informe deberán concurrir y ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en sesiones posteriores por decisión de la Asamblea Nacional. Tal debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario específico.

10. Rehabilitar a los que hayan perdido derechos inherentes a la ciudadanía.

11. Aprobar, reformar o derogar el decreto de estado de urgencia y la suspensión de las garantías constitucionales, conforme a lo dispuesto en esta Constitución.

El reconocimiento de que las funciones descritas en el artículo 161 de la Constitución son principalmente de control político parlamentario, sin embargo, tampoco permite una clarificación definitiva. Por un lado, no todos los mecanismos de control se encuentran incluidos en al artículo 161 de la Constitución. Además, algunas de las disposiciones incluidas en el artículo 161 consagran mecanismos que sólo discutiblemente integran el concepto de control parlamentario.

En el primer aspecto mencionado debe decirse que la Asamblea Nacional realiza control parlamentario a través de varias otras de sus funciones constitucionalizadas: A través de su función legislativa puede rechazar convenios internacionales o el proyecto de presupuesto general del Estado (función legislativa contenida en el artículo 159). A través de su función judicial, puede enjuiciar al Presidente de la República (función judicial contenida en el artículo 160). A través de su función de reforma constitucional, puede rechazar la solicitud de convocatoria a una asamblea constituyente paralela hecha por el Ejecutivo (función de reforma constitucional, contenida en el artículo 314 de la Constitución). También puede revocar las decisiones adoptadas por el Consejo de Gabinete, relacionadas con el estado de urgencia (artículo 55 de la Constitución).

En el segundo aspecto, desarrollaré sólo los tres mecanismos dispuestos en el artículo 161 como función administrativa de la Asamblea Nacional que presentan las mayores dificultades para ubicarlos como mecanismos de control parlamentario:

• **El control de las credenciales de los propios integrantes de la cámara.** Este control consiste por mandato constitucional en "*decidir si han sido expedidas en la forma que prescribe la Ley*." En el R.O.R.I. tiene reflejo en el numeral 9 del artículo 50, que dispone como atribución de la Comisión de Credenciales, la de examinar "*las credenciales de los miembros de la Asamblea Nacional y confirmar si han sido expedidas en la forma que señala la ley.*" Esta es una tarea que en la historia del derecho parlamentario general aparece como jurisdiccional, aunque en Panamá (consistentemente desde 1904) se ubica bajo las "funciones administrativas").[5] La fórmula a que se remite de manera inmediata aparece en la Constitución de Colombia de 1886 (artículo 103, numeral 4), como una facultad de cada cámara del Congreso (Senado y Cámara de

5. El sistema contencioso-político o de autocalificación de las elecciones parlamentarias es realizado por los propios miembros del parlamento, para lo que se establece una comisión especializada. Ver: Berlín Valenzuela, Francisco. Derecho Parlamentario. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 159-161. Como función materialmente jurisdiccional la resolución sobre la validez de las credenciales expresa la autonomía de la cámara frente a la determinación externa de sus integrantes (como resultado de contenciosos electorales en sede judicial ordinaria o especializada).

Representantes). La disposición incluida en la Constitución panameña de 1904 se conserva tal cual el día de hoy (numeral 1 del artículo 161).

Debe decirse que la norma constitucional colombiana estaba acompañada por un desarrollo legislativo (ley 7ª de 1888), que establecía los llamados "jueces de escrutinio". Esa jurisdicción resolvía los contenciosos electorales.[6] De ahí que la disposición constitucional colombiana de 1886 no se entendía como un rol jurisdiccional de las cámaras legislativas sino como una tarea administrativa de verificación formal. Es en ese sentido que se traslada a nuestro derecho constitucional. El desarrollo legislativo panameño actual, por otro lado, llega a incluir la posibilidad de impugnar la "entrega de credenciales", mas no "las credenciales" (artículo 351 del Código Electoral), en un lenguaje que parece tener la intención de evitar una colisión con la Constitución. En efecto, hay que reconocer la persistencia en el texto constitucional de la función de la Asamblea, aunque sea de carácter residual, formal y no jurisdiccional. Como mecanismo de control, sería un control de actos del Tribunal Electoral.

• **La facultad de designar comisiones permanentes**. La importancia de la designación de comisiones permanentes en cuanto instrumento de control viene del hecho de la gran cantidad de proyectos de ley que deben ser o son propuestas por el Ejecutivo, y que reciben primer debate parlamentario en las comisiones permanentes. De las comisiones permanentes, la comisión de presupuesto realiza además una supervisión estrecha de la ejecución presupuestaria del Estado. No se trata tan sólo del debate parlamentario de la ley de presupuesto general del Estado, sino de los cambios que luego sufre esta ley sin intervención del pleno, durante el año fiscal. Adicionalmente, las comisiones permanentes ejercen funciones de fiscalización con fundamento en el R.O.R.I. (como la función de citar a funcionarios de la Administración, establecida en el artículo 49 del R.O.R.I.). Otras funciones de control ejercidas finalmente por el Pleno de la Asamblea Nacional, tienen una etapa en comisión, muy significativa: tal es el caso de los procedimientos de nombramiento o ratificación del nombramiento de altos cargos del Estado. El Pleno de la Asamblea también designa comisiones de investigación: estas son usualmente más claramente vinculadas a la función de control de la Administración.

6. El artículo 121 de la Ley 7ª de 1888 establecía que el Juez de escrutinio decidirá en una sola providencia acerca de la validez o nulidad de las votaciones y de las actas de escrutinios.

• **La rehabilitación de aquellos que han perdido sus derechos políticos.** Esta facultad (incluida en el numeral 10 del artículo 161) opera, en uno de sus supuestos, cuando un panameño por nacimiento renuncia expresamente a su nacionalidad. Típicamente en estos casos, el presidente de la República procede a aceptar la renuncia y a comunicarle al individuo la suspensión de sus derechos ciudadanos, mediante resolución.[7] La rehabilitación podría producirse igualmente mediante resolución, pero de la Asamblea Nacional. Como se observa, no opera como control de la adecuación del Ejecutivo a un parámetro objetivo, sino como acción de signo inverso y, aparentemente, discrecional.

El carácter fundamental de las funciones contenidas en el artículo 161 de la Constitución, bajo el epígrafe de administrativas y siendo principalmente mecanismos de control político, es notorio, e invita a caracterizar los actos producidos en ejercicio de esas funciones como **actos constitucionales**. Sin embargo, con ese término se llegaría a un callejón sin salida, dada la naturaleza igualmente constitucional –en tanto su significado y la jerarquía de la norma que las consagra– de otras tareas asignadas a la Asamblea Nacional.[8]

Estas dificultades no hacen sino resaltar el problema al que lleva describir como administrativas las funciones agrupadas en el artículo 161 de la Constitución.

Algunos autores han enfatizado la naturaleza política de los actos de control parlamentario. Tal es el caso de Aragón.[9] Pero, ¿a qué propósitos sirve caracterizar los actos de control parlamentario como actos políticos? En lo medular, al negar el carácter jurídico del control parlamentario se subraya su discrecionalidad, la relativa ausencia de parámetros objetivos que sustenten la apreciación de la cámara sobre el sujeto controlado. Según Aragón:

> "[Los] controles pueden clasificarse en "políticos" y "jurídicos", siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario, por el órgano o autoridad sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía, mientras que lo peculiar de los segundos (los controles jurídicos) es

7. La nacionalidad panameña adquirida por nacimiento no se pierde, pero igualmente el Estado acepta expresamente la renuncia como fórmula para aplicar la suspensión de los derechos políticos.
8. Galeotti, en esa línea, llegó a conceptuar los actos de control parlamentario como actos "constitucionales". Esa posición ha sido criticada duramente por Aragón, por resultar ambigua. Ver al respecto: Galeotti, S. Introduzioni alla teoría dei controlli costituzionali, Milan, 1963 y Aragón, Manuel. Constitución, Democracia y Control. IIJ, UNAM, México, 2002. Antes en Aragón Reyes, Manuel. El Control Parlamentario como Control Político. Revista de Derecho Político, núm. 23, 1986, pp. 9-39.
9. Aragón, Manuel. Constitución, Democracia y Control. IIJ, UNAM, México, 2002.

su carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario, no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de derecho."[10]

En ese sentido, el supuesto carácter no jurídico de los controles parlamentarios (como especie de control político) tendría como consecuencia la imposibilidad de control jurisdiccional sobre los mismos.

A ese respecto, no participo del criterio de que los controles parlamentarios no son jurídicos, ni de que la naturaleza política del control parlamentario que se realiza, entre otros mecanismos, a través de los dispuestos en el artículo 161 de la Constitución Política, de pie a su exclusión de la tutela judicial.

En este último aspecto lo que resulta pertinente es encontrar la forma adecuada de realizar ese control, que reitero, parece ubicarse en las actuales circunstancias en la Corte Suprema de Justicia actuando como juez constitucional. Es en ese escenario donde podrían hacerse las valoraciones adecuadas para garantizar la protección a los ciudadanos frente a la arbitrariedad, y simultáneamente la preservación de la autonomía parlamentaria en un Estado que pretende ser tanto Estado de Derecho como Estado Democrático.

Mi impresión es que el derecho administrativo no debe pretender la regulación de los actos parlamentarios en general, ni los previstos específicamente en el artículo 161 de la Constitución. El derecho administrativo organiza la Administración, entendida como la administración central y las administraciones descentralizadas y desconcentradas, pero incluso en ese ámbito, no regula todos los actos que se producen.

El derecho parlamentario organiza el parlamento, el Órgano Legislativo, nuestra Asamblea Nacional. Algunos actos jurídicos producidos por la Asamblea Nacional son asimilables a los actos administrativos, como es el caso de los producidos en el marco de la gestión de los recursos humanos o la contratación pública. Sin embargo, no todos los actos parlamentarios son asimilables a actos de la Administración.

Cuando en el reciente Manual de Derecho Administrativo se abordan los "Actos del Órgano Legislativo", se dice:

"El Órgano Legislativo emite algunos actos que no tienen categoría de Ley, pero no por ello los podemos considerar actos administrativos sometidos al Derecho Administrativo."[11] (énfasis mío).

10. Ibídem, p.130-131.

11. Bernal H., Manuel, Carrasco A., José A. y Lastenia M. Domingo C. Manual de Derecho Administrativo Panameño, Panamá, 2013, p. 247.

Precisamente, el problema implicado en esta afirmación de reconocidos administrativistas es tener que lidiar con actos cuya naturaleza es evidentemente distinta a la del acto administrativo típico, pero que se expresan a través de formas que pueden reconducirse a, y que se producen a consecuencia de, una función administrativa.

Lo que puede resultar un balance provisional de la discusión, es que los actos jurídicos públicos que proceden de la Asamblea Nacional son actos parlamentarios, y los que se realizan en ejercicio de la función administrativa señalada en el artículo 161, lejos de ser equivalentes a los actos de la Administración, son actos de naturaleza política, pero no por eso estarían desprovistos de formas, contenidos y consecuencias fijadas en el propio ordenamiento. La naturaleza política del control parlamentario debe guiarnos en la determinación de la forma más adecuada para su control judicial. Por tanto, en principio no es recomendable el sistema de impugnación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sino ante el Pleno de la Corte, en ejercicio del control de constitucionalidad.

III. Definición de los actos parlamentarios.

Una definición clásica del acto parlamentario es la que lo identifica con:

> "la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por el Parlamento, por una de sus Cámaras o por los órganos de éstas en el ejercicio de una potestad constitucional o reglamentaria."[12]

En esta definición resulta fundamental la inclusión, como productores de actos parlamentarios, no sólo a la cámara como un todo, sino a los órganos internos de ésta. En nuestro caso: la directiva de la Asamblea Nacional, o las comisiones permanentes, para señalar los más notorios.

Pese a sus aspectos útiles, la definición transcrita requiere de adaptación a nuestro contexto, lo que exige tomar en cuenta el carácter unicameral de la Asamblea Nacional panameña, y la diferente situación del R.O.R.I. en la estructura de fuentes del derecho parlamentario panameño. Si lo primero resulta fácil de asimilar, lo segundo es tierra movediza. El "reglamento" que se menciona en la definición, de acuerdo al derecho parlamentario español –entre otros casos en los que ocurre del mismo modo- es una norma *sui generis*. En nuestro derecho parlamentario actual, el R.O.R.I. es ley de

12. Pérez Serrano Jáuregui, Nicolás. Hacia una Teoría de los Actos Parlamentarios, p. 76. Revista de Derecho Político. Num. 9, Primavera, 1981, p. 67-85.

la República y cuenta para su existencia con la sanción y promulgación del Órgano Ejecutivo.[13] La vinculación de ciertas disposiciones del R.O.R.I. al bloque de constitucionalidad, le agrega complejidad a su ubicación. Sin embargo, como norma al menos, realiza una función equivalente para enmarcar la producción de actos parlamentarios concretos.[14]

También serían actos parlamentarios los producidos en cumplimiento de otros roles constitucionalizados de la Asamblea Nacional, como su participación en el proceso de formación de la reforma constitucional (artículo 313 y subsiguientes de la Constitución).

La Constitución panameña señala otras tareas a la Asamblea Nacional, tareas que inevitablemente se expresan también a través de actos parlamentarios:

1. La gestión de los de recursos humanos parlamentarios (artículo 299 de la Constitución, y subsiguientes).
2. La contratación pública parlamentaria (artículo 266 de la Constitución).[15]

Por otro lado, también serían actos parlamentarios los que se expiden en ejercicio de las funciones establecidas en otras fuentes de derecho, y en especial, de la ley. Sin entrar en el detalle de las fuentes del derecho parlamentario, la Ley se incluye entre las más importantes, y vale esa afirmación por supuesto tanto respecto del R.O.R.I., como de otras leyes que regulan aspectos de gran calado: piénsese por ejemplo en el Código de Ética y Honor Parlamentario (Ley 33 de 2005), o el Código de Procedimiento Penal (Ley 63 de 2008). El primero consagra no sólo las conductas debidas y prohibidas a los Diputados en materia de ética, y el procedimiento en caso de infracción; el segundo consagra en detalle el proceso penal del presidente de la República y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que tiene lugar en la Asamblea Nacional.

Una definición de acto parlamentario receptiva de las observaciones anteriores sería la siguiente:

13. En México, por el contrario, aunque los reglamentos parlamentarios se aprueban en seguimiento del trámite previsto para la ley formal, no se requiere la sanción y promulgación del Ejecutivo, para asegurar la autonomía normativa del parlamento.

14. Ver al respecto: Sánchez, Salvador. El Reglamento Interno de la Asamblea Nacional: Consideraciones Históricas y Jurídicas. Revista cultural lotería. -- No. 468-469 (sept.-dic. 2006). -- Panamá: Lotería Nacional de Beneficencia, 2006. P. 55-82.

15. Esto resulta pertinente mencionarlo, porque no es dable argumentar que las funciones principales son aquellas que adquieren jerarquía constitucional por razón de su explícita incorporación en la Constitución, mientras que las materialmente secundarias estarían excluidas del texto constitucional. En nuestro caso habría que insistir en las diferencias materiales entre los actos producidos en ejercicio de las funciones del Órgano, y las que son meramente de apoyo a esas funciones principales, a pesar de que ambas categorías aparezcan enunciadas en la Constitución.

> "la declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento realizada por la Asamblea Nacional, o por los órganos de ésta, en el ejercicio de una potestad constitucional o legal."

Esta definición aparece como lo suficientemente amplia para abarcar la totalidad de los actos producidos en ejercicio de todas las funciones desarrolladas por nuestro parlamento, tanto en pleno como a través de cualquiera de sus órganos de gobierno, y tanto si tienen fundamento constitucional como legal.

Sin embargo, es necesario distinguir entre los actos parlamentarios que se expiden en ejercicio de las funciones definidas como administrativas por la Constitución –que denominaré **actos parlamentarios administrativos**- como los **actos de administración parlamentaria** –en especial, los relativos a la administración de recursos humanos y la contratación pública.

Una vez expresado nuestro concepto de acto parlamentario y sus diferentes formas de aparición, es importante establecer las consecuencias que ésta clasificación tiene para la tutela judicial.

IV. Actos parlamentarios administrativos

Como se ha señalado, los actos mediante los que se expresan las funciones contempladas en el artículo 161 de la Constitución, y que se denominan "administrativas", son fundamentalmente actos de control parlamentario.

Es menester señalar, sin embargo, que el control parlamentario, aún si se reconoce como político, no supone necesariamente la inexistencia de la forma jurídica en su trámite y expresión, o la inexistencia de la tutela judicial relativa a su adecuación al ordenamiento jurídico.

Es decir, de la misma forma en que no se discute que las elecciones generales son un evento político –regulado en la Constitución y las leyes, y sujeto a tutela judicial especializada- tampoco debería dudarse que las tareas de control realizadas por la Asamblea Nacional, aunque sean materialmente políticas, asumen un trámite reglado, adoptan formas jurídicas y admiten tutela judicial.

La tesis expuesta, defendida por Aragón, resulta convincente en éste extremo. Sin embargo, éste autor supone necesaria la distinción de control político y control jurídico, al estudiar el control parlamentario, dado que no lo considera un control jurídico.

Distinguir entre el control parlamentario como control jurídico (García Morillo, Santaolalla) y como control político (Rubio Llorente, Aragón), resulta interesante pero también es un ejercicio poco útil, porque ambos

rasgos no se excluyen mutuamente.

Lo relevante en esta discusión es si los actos producidos en ejercicio del control parlamentario deben adoptar una cierta forma y unos determinados contenidos fijados previamente por el derecho. Esto no parece que esté en discusión.[16]

La tesis que niega el carácter jurídico del control parlamentario parte de una comprensión idealizada de lo jurídico. Los rasgos que Aragón, por ejemplo, atribuye al control parlamentario para descartarlo como control jurídico, verbigracia su subjetividad y su voluntariedad, están también disponibles en otros muy aceptados procedimientos jurídicos.[17]

Además de estos debates doctrinales, existen diferencias de apreciación en relación a la necesidad de que el control parlamentario, para serlo, deba implicar una posible sanción para el controlado. Santaolalla señala:

> "…el control constituye una actividad que un sujeto (el controlante) ejerce sobre otro (el controlado) para la tutela de ciertos valores que el primero tiene el deber de proteger, actividad que puede consistir en la verificación de si se han respetado los valores o principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias o correctivas en caso contrario." [18]

La escisión conceptual entre la verificación de la conducta del controlado y la sanción había sido defendida previamente por García Morillo[19] en el ámbito español. Ha dicho este autor:

> "…jurídicamente hablando, el control parlamentario se nos muestra como una actividad que no incorpora, en sí, sanción alguna para el sujeto controlado…"[20]

16. Esto lo acepta Aragón, y hace por tanto aún más fútil el esfuerzo por distinguir el control político del jurídico.

17. No es éste el momento de explayarnos en demostrar esta afirmación, pero valga decir que en los Estados contemporáneos la producción de normas está asignada a autoridades legitimadas democráticamente, que son agentes políticos. Por otro lado, no siempre resulta jurídicamente necesaria la intervención de los agentes estatales. Cuando la actuación se produce, no es raro que las normas dispongan de marcos de discrecionalidad –que no de arbitrariedad- para la decisión de determinadas autoridades, y en algunos temas. Los parámetros para la actuación de las autoridades, cuando es reglada, puede implicar principios o reglas, lo que puede suponer una muy amplia gama de posibilidades de actuación. En definitiva, utilizar estos parámetros para calificar los actos parlamentarios como políticos, permita calificar de políticos a tantos otros actos, que perdería toda virtud descriptiva.

18. Santaolalla, Fernando. Derecho Parlamentario Español, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 240-241.

19. García Morillo, Joaquín. El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 48-54. En principio, por influencia de Chimenti: Il controllo parlamentare nelle´ordenamento italiano. Milán, Giuffré Editore, 1974.

20. García Morillo, Joaquín. Algunos Aspectos del Control Parlamentario. P. 247. En Garronera Morales, Ángel (editor). El Parlamento y sus Transformaciones Actuales. Tecnos, Madrid, 1990, p. 247-252.

En nuestro ordenamiento muchos de los mecanismos de control pueden finalizar en una decisión contraria al controlado, o producen efectos instantáneos: así ocurre con la desaprobación del nombramiento hecho por el Consejo de Gabinete (función de control "administrativa"), o con la sentencia condenatoria al presidente de la República (acto judicial de control); o con el rechazo del presupuesto general del Estado (función legislativa de control).[21]

Los mecanismos de control con otra base constitucional, también tienen sus propias particularidades. Tal es el caso de la remisión (en su garantía) a una norma infralegal (como ocurre con la omisión en la presentación de las memorias anuales de los ministerios).[22]

En el caso de los controles que se realizan a partir del artículo 161 de la Constitución Política la situación es variada: o son explícitos los efectos del control (como la imposibilidad de ejercer el cargo de funcionarios no ratificados por la Asamblea Nacional), o son implícitos pero igualmente contundentes (como la no aprobación de nombramientos), o remiten a una ley actualmente inexistente (como la ley que debe regular los efectos del voto de censura), o no tienen sanción alguna.[23]

Luego de esta panorámica de la situación actual creo que se hace notoria la importancia que tiene la diferencia entre el derecho y la garantía. Sin embargo, esto no significa que sea indispensable, para hablar de acto jurídico, que exista garantía que asegure la eficacia del derecho o la obligación.

En ese sentido, no puedo tampoco coincidir con las tesis que sostienen que para que exista control parlamentario debe existir la posibilidad de sancionar al controlado, y que cuando no existe garantía, no existe control.

Por otro lado, los **actos parlamentarios administrativos**, tal y como han sido descritos, presentan una cierta diversidad. Si observamos la producción típica de resoluciones plenarias por la Asamblea Nacional, encontramos tanto actos concretos como normas, con pretensión objetiva y carácter general.

Así podemos abrir a examen los problemas derivados de la existencia de resoluciones que, por ejemplo, reglamentan la designación del Defensor del Pueblo (Resolución 11 de 2013), y el acto concreto de su designación por la Asamblea Nacional (Decreto 1 de 2013).[24] Ambas decisiones

21. En éste último caso, efectos consagrados en los artículos 272 y 273 de la Constitución Política.

22. El numeral 8 del artículo primero de la Resolución 20 de 2010, expedida por el Pleno de la Asamblea Nacional, establece que la falta de cumplimiento de la obligación de presentar y sustentar los informes o memorias anuales será comunicada por la Secretaría General a la Comisión Permanente de Presupuesto.

23. La citación para rendir informe al pleno (numeral 9 del artículo 161) no tiene prevista consecuencia expresa para la falta de cumplimiento. Paradójicamente, el mismo procedimiento, en Comisión, autoriza a ordenar la conducción del citado y eventualmente a la denuncia penal.

24. Hay muchos otros ejemplos de resoluciones que establecen procedimientos en desarrollo de

parlamentarias son adoptadas por el pleno de la Asamblea Nacional, pero mientras que uno reglamenta lo señalado en la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo (Ley 7 de 1997) –entroncada como está hoy en el texto de la Constitución- la otra es un acto concreto o de aplicación.

La facultad "reglamentaria" de la Asamblea Nacional (en el sentido de desarrollo del R.O.R.I.), ha sido poco tratada. Sin embargo, en un fallo de la constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, se señaló, respecto del desarrollo reglamentario por la Directiva de la Asamblea, de disposiciones del R.O.R.I. sobre la franquicia telefónica, lo siguiente:

> "A pesar de que esta Corporación no comparte el argumento de la que la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa invadió atribuciones del Presidente de la República, ya que lo atinente al Reglamento Interno de la Asamblea corresponde a ésta, debe aceptarse que a la luz del numeral 17 del artículo 153 de la Constitución, norma que aunque no invocada por los actores en su demanda, debe ser tenida en cuenta en virtud de lo que establece el artículo 2557 del Código Judicial, la inconstitucionalidad de tal resolución, salta a la vista, **ya que la facultad fue concedida al Pleno de la Asamblea Legislativa, para dictar el Reglamento Orgánico de su Régimen Interno y no a su Junta directiva**, que es la que aparece adicionándolo so pretexto de reglamentarlo, sin que haya norma alguna que le atribuya esa facultad."[25]

Ésta sentencia, criticable en varios aspectos, parece indicar en el pasaje citado que la única reglamentación producida en el seno del legislativo panameño sería el R.O.R.I., y que la reglamentación producida por la Directiva de la Asamblea Nacional es por ese sólo hecho inconstitucional (ignorando que el R.O.R.I. es una ley, y podría requerir desarrollo reglamentario, aunque obviamente, no por el Ejecutivo).

Del lenguaje de la Corte también podrían extraerse otras conclusiones, aunque mucho menos claras que la arriba reproducida: 1. Que la reglamentación de la ley del R.O.R.I. no está a disposición del presidente de la República; 2. Que la reglamentación del R.O.R.I. debe corresponder al Pleno de la Asamblea Nacional; y 3. Que la reglamentación del R.O.R.I., como toda reglamentación de una ley, no debe desbordar el límite de la propia ley.

---

facultades constitucionales o legales: en relación a la presentación de informes y memorias por autoridades (Resolución 20 de 2010), para la aprobación del nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Resolución 94 de 2009), entre otros supuestos.

25. Demanda de inconstitucionalidad presentada por Guillermo Cochez y Victor Manuel Martínez Cedeño contra el segundo párrafo del artículo 20, primer párrafo del artículo 233, articulo 238 del reglamento interno de la asamblea legislativa y la Resolución n 24 de 22 de diciembre de 1998. Ponente: Virgilio Trujillo López. Panamá, treinta (30) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

Pese a ser poco discutida, la facultad de reglamentar el R.O.R.I. tiene en Panamá un sólido y recurrido enganche en su actual artículo 246:

> **Artículo 246.** Forma de suplir vacíos reglamentarios. Lo no previsto en este Reglamento podrá ser regulado por la Asamblea Nacional mediante proposición aprobada por la mayoría.

Este pasaje abre la puerta a una de las particularidades del derecho parlamentario panameño, que no agotaremos en este artículo, pero que suponen comprender la existencia de actos parlamentarios administrativos de variada amplitud de cobertura y efectos. Mientras que en otros ordenamientos la facultad para llenar vacíos del reglamento parlamentario se deja a los órganos directivos de las cámaras, en Panamá se señala expresamente como facultad del Pleno. El completar el R.O.R.I. mediante resoluciones plenarias sirve no sólo para regular temas no contemplados, sino para dar más detalle regulatorio a los asuntos que sí ha contemplado.

En España, los Presidentes de las Cámaras pueden dictar disposiciones generales para suplir las lagunas reglamentarias, facultad que les está explícitamente reconocida en los reglamentos. En Costa Rica esa facultad también se ha reconocido al presidente de la cámara, pero como implícita a la tarea de dirigir los debates, y a la par de la facultad explícita que existe a favor del plenario.

En ambos casos existe como sustento una comprensión de las facultades de auto-normatividad de los parlamentos, que se engarza con el principio constitucional de la separación de los poderes. La independencia o autonomía de los órganos superiores del Estado, en ese sentido, se expresarían en diversos ámbitos, incluyendo el financiero y presupuestario, el organizativo y administrativo, y por supuesto, el normativo, bajo el amparo común de la Constitución Política.

Esta afirmación no desconoce de la colaboración armónica que debe existir entre los órganos superiores del Estado, y la fiscalización recíproca, sino que acepta que la separación de poderes es una precondición de la colaboración entre ellos. La auto-normatividad de los Órganos del Estado, a su vez, es un elemento esencial de la separación de los poderes.

Esta realidad reconoce la posibilidad de aplicar técnicas como la remisión legal, para suplir adecuadamente los campos de regulación que necesitan ser atendidos, y que ya han sido regulados extensivamente para la administración central.

Aunque en otra ocasión he señalado que el principio de auto-normatividad de la Asamblea Nacional no tiene una expresión clara en nuestro derecho positivo constitucional,[26] debe entenderse como una consecuencia

26. Sánchez, Salvador. El Reglamento Interno de la Asamblea Nacional: Consideraciones Históricas

ineludible de la forma democrática adoptada por el Estado panameño (artículo 1 y 2 de la Constitución Política) y de la reserva a favor del R.O.R.I. (artículo 159, numeral 17) de la regulación de los asuntos concernientes a la vida interior de la Asamblea Nacional.

El principio de auto-normatividad implica además, en algunas jurisdicciones, también una inmunidad de los actos internos al control jurisdiccional.

En Costa Rica la doctrina del *interna corporis* aparece sólida, admitida con amplitud por la propia jurisdicción constitucional:

> "Si se reconociera la competencia del Tribunal Constitucional en este ámbito, se comprometería el principio de autonomía parlamentaria, el cual, como corolario del principio de separación de poderes, no admite el examen sobre la corrección constitucional o reglamentaria de actos internos y de mero trámite del órgano parlamentario por parte del Tribunal Constitucional; tampoco la adecuación reglamentaria de los procedimientos considerados abstractamente."[27]

La auto-normatividad de las cámaras parlamentarias, por lo tanto, es un punto de contacto crítico en la existencia de actos parlamentarios internos que se reputarían desprovistos de tutela judicial dados sus nulos efectos externos al propio parlamento.

Un último aspecto que debe mencionarse es la existencia de vías internas para la impugnación de los actos parlamentarios por violación al R.O.R.I. Explica el fenómeno Santaolalla, en referencia al caso español:

> "Los Parlamentos carecen de la tutela judicial ordinaria. Si no se admite a trámite una iniciativa parlamentaria, o no se permite un turno de palabra, aunque resulten ajustados al Reglamento, no hay autoridad externa a la que recurrir para obtener la imposición del precepto reglamentario supuestamente infringido. Su aplicación descansa en controles internos."[28]

En Panamá, en algunos casos, como ocurre con el desarrollo del debate en general, están disponibles vías estandarizadas como la revocación del dictamen de las comisiones permanentes (artículo 142 del R.O.R.I.), o

---

y Jurídicas. P. 82. En Revista cultural lotería, No. 468-469 (sept.-dic. 2006). Panamá: 2006. P. 55-82.

27. Voto 2005-7961 de la Sala Constitucional de Costa Rica. Ver al respecto: Madrigal Jiménez, Ricardo A., y Pozuelo Kelley, José Fernán. El "acto interna corporis" en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. P. 13. Rhombus. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. No.1, noviembre de 2011.

28. Santaolalla, Fernando. Op. Cit., p. 41.

la apelación de la decisión del presidente, como director del debate (artículo 186 del R.O.R.I.).

No puede suponerse, en tanto vías de impugnación de actos parlamentarios, que se produce con ellos el agotamiento de la vía gubernativa, que dan pie a la impugnación a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Tampoco que en los casos ayunos de un procedimiento de impugnación interna, quepan los recursos señalados por la Ley 38 del 2000, sobre procedimiento administrativo general.[29]

En la vía puramente interna, antes de aprobar un proyecto de ley en tercer debate se pueden apelar decisiones presidenciales –como la relativa al cumplimiento de requisitos formales por las iniciativas legislativas (artículo 118 del R.O.R.I.) o revocar el dictamen de una comisión permanente que la había aprobado en primer debate.

En el proceso de formación de la ley se suceden actos que además pueden ser denominados como preparatorios. Uno de ellos -el proyecto de ley aprobado en tercer debate por el pleno- es susceptible de impugnación específica a través del procedimiento de objeción presidencial.

En general, los actos encaminados a la formación de la ley deben reputarse además como actos internos (sin efectos exteriores al propio Órgano), y en principio indisponibles para impugnación jurisdiccional. El 15 de enero de 1993 el Pleno de la CSJ se pronunció además indicando que

> "…la orden impugnada se refiere al procedimiento de formación de las leyes, que son actos de carácter general y que no pueden impugnarse mediante el amparo de garantías constitucionales sino mediante una acción de inconstitucionalidad, una vez la ley haya sido promulgada.»[30]

Posteriormente, en 2000, la Corte señaló también que el Legislador destinó la objeción al control exclusivo de la constitucionalidad de los proyectos de leyes, mientras que destinó el amparo de garantías constitucionales al control de actos de naturaleza jurídica distinta, excluyendo a las leyes formales.[31] Con ello pareció decidida la ausencia de control jurisdiccional sobre el proceso de formación de la ley, más allá de la objeción como con-

29. Es llamativo, a este respecto, que frente a la remoción como Defensor del Pueblo del Doctor Liborio García, se ensayaran diversas acciones y recursos. Uno de ellos fue la reconsideración al propio pleno de la Asamblea Nacional, que había decidido la remoción. El recurso fue rechazado de plano.
30. Registro Judicial, enero de 1993, p. 88.
31. Acción de amparo de garantías constitucionales interpuesta por el licenciado Rogelio Cruz Ríos, en representación de Mariblanca Staff Wilson, Elitza Cedeño Y Oscar Ceville, contra la orden de hacer contenida "en la disposición de la asamblea legislativa que aprueba en segundo debate el proyecto de ley nº 3, de 13 de septiembre de 1999, deroga la ley 32 de 23 de julio de 1999, se restablece la vigencia de varios artículos del código judicial y de la ley 23 de 1986 y se toman otras medidas". Magistrado Ponente: Luis Cervantes Díaz. Panamá, veinte (20) de septiembre del año dos mil (2000).

trol preventivo, y la acción directa o la consulta en el control posterior de constitucionalidad.

Un caso llamativo, ocurrido tan recientemente como en 2014, implica la admisión de un amparo contra una resolución del Consejo de Gabinete que autoriza a un ministro de Estado a presentar un proyecto de ley a la Asamblea Nacional (un acto que desde algunos ángulos podría ser catalogado como parte del proceso de formación de la ley), y ordena la suspensión de sus efectos.[32] No se trata en todo caso de una acto del parlamento, pero está estrechamente relacionado, como resulta evidente.

Dado lo ineficaz que resultó ese procedimiento, se presentó otro amparo, igualmente admitido, contra la *"orden de dar primer debate al proyecto de ley No. 722 que declara como área protegida el humedal Bahía de Panamá."* En esta ocasión el magistrado Benavides ordenó la suspensión de la instrucción del presidente de la Comisión de Ambiente de debatir el proyecto mencionado, el día 4 de junio.[33]

En todo caso, vale la pena contrastar posiciones históricas sobre el alcance de la tarea de control judicial sobre los actos parlamentarios de naturaleza legislativa. Mientras que a principios del siglo XX la Corte declinaba investigar "*si una ley había sido o no constitucionalmente propuesta y discutida*", reconociendo una fuerte presunción de constitucionalidad de su discusión y aprobación,[34] a fines del siglo XX la Corte no tenía reparos en hacer las verificaciones respectivas.[35]

En la adopción de actos relacionados con el cumplimiento de funciones definidas como administrativas por el artículo 161 de la Constitución Política, se han ensayado otros medios impugnatorios. Como hemos indicado, se utiliza usualmente tanto la vía contencioso-administrativa como la vía constitucional –acción directa o amparo- para intentar enervar el desarrollo de estas funciones.[36]

---

32. En los momentos en que este texto se escribe, sólo consta la orden de la suspensión del acto, decidida por el magistrado Víctor Benavides. Amparo presentado por Félix Wing, contra la Resolución de Gabinete No. 95 de 13 de mayo de 2014, que autoriza al ministro de economía y finanzas a presentar a la Asamblea Nacional el proyecto de ley "Que declara como área protegida el humedal Bahía de Panamá". El proyecto fue presentado a la Asamblea Nacional el 26 de mayo, mismo día en que se ordenó la suspensión de la Resolución. Ver: http://www.midiario.com/2014-05-27/mi-comunidad/suspenden-resolucion-sobre-humedal

33.. Oficio No. CSJ-SGP-1281-14 fechado el 5 de junio de 2014.

34. R.J. No. 76 de 1923, p. 691, columna 1ª. Ver Herrera A., Manuel L. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Tomo II, 1921-23.p. 88.

35. Un caso en el que se valoran las actas de las sesiones parlamentarias para verificar si se cumplió con los tres debates ordenados por la Constitución Política, puede encontrarse en: Demanda de inconstitucionalidad formulada por el Doctor Humberto Ricord en representación de los sindicalistas Genaro López, Pompilio González y Fernando Falcón contra la ley No. 44 de 12 de agosto de 1995, por la cual se dictan normas para regularizar y modernizar las relaciones laborales. Magistrado Ponente: Rogelio A. Fábrega Z. Panamá, treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y siete (1997).

36. La interposición de advertencias de inconstitucionalidad mientras la Comisión de Credenciales de la Asamblea Nacional consideraba la aprobación del nombramiento de magistrados principales

En otros casos también podría argumentarse el sentido preparatorio de los actos. Pero incluso si no fuera así en la totalidad de los casos, lo que parece corresponder sería reconocer el carácter de *interna corporis* de estas decisiones.

Debe admitirse, empero, que la actuación contraria a un reglamento, que como el R.O.R.I. tiene esencialmente jerarquía legal, supondría *prima facie* la posibilidad de un contencioso por razón de ilegalidad.

V. Actos de administración parlamentaria

En lo referente a los **actos de administración parlamentaria**, destacan dos especies: los actos de recursos humanos y los de contratación pública. En ambos casos hay referencias constitucionales relevantes:

> *ARTICULO 299.* Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, **Legislativo** y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado.

> *ARTICULO 305. Se* instituyen las siguientes carreras en la función pública, conforme a los principios del sistema de méritos:
>
> 1. La Carrera Administrativa.
> 2. La Carrera Judicial.
> 3. La Carrera Docente.
> 4. La Carrera Diplomática y Consular.
> 5. La Carrera de las Ciencias de la Salud.
> 6. La Carrera Policial.
> 7. La Carrera de las Ciencias Agropecuarias.
> **8. La Carrera del Servicio Legislativo.**
> 9. Las otras que la Ley determine.
>
> La Ley regulará la estructura y organización de estas carreras de conformidad con las necesidades de la Administración.
> *ARTICULO 266.* La ejecución o reparación de obras nacionales,

y suplentes de la Corte Suprema de Justicia, resulta relevante. Según el artículo 73 de la Ley 38 de 2000, también en las instancias de la vía gubernativa pueden interponerse advertencias, tanto de inconstitucionalidad (de conocimiento del pleno de la Corte Suprema de Justicia) y de ilegalidad (de conocimiento de la Sala Tercera de la Corte. De admitirse estas advertencias se suspendería la decisión parlamentaria hasta el pronunciamiento judicial. En los casos en que se han presentado, la tesis esgrimida por la Asamblea Nacional para rechazarlas ha sido la inexistencia de proceso.

> **las compras que se efectúen con fondos del Estado**, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

Los actos de recursos humanos o de contratación pública son fácilmente asimilables a la figura del acto administrativo que es objeto de la tutela de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, pese a la sujeción de dichos actos a la tutela judicial, la regulación jurídica de la administración central no se aplica sin problemas a la administración parlamentaria, como tampoco lo hace respecto de la administración judicial.

Por otro lado, lo dicho de los actos parlamentarios administrativos puede también decirse de los actos de administración parlamentaria.

En lo referente a las reglamentaciones que se expiden en desarrollo de la actividad de administración parlamentaria, por ejemplo, simultáneamente a las resoluciones plenarias referidas a las funciones materialmente parlamentarias, se expiden normas generales y actos concretos desde los órganos de gobierno de la Asamblea Nacional con el propósito de atender exigencias puramente administrativas. Esto incluye, por supuesto, a la directiva de la Asamblea, pero también a otros órganos. Por ejemplo: el Reglamento Interno de Administración de Recursos Humanos, es expedido por el Consejo de Carrera del Servicio Legislativo, en desarrollo de la Ley 12 de 1998 (texto único).

Un campo en el que está en juego la autonomía del Órgano Legislativo es el de su administración. Los actos típicos de la administración parlamentaria incluyen aquellos relacionados con la gestión de sus recursos humanos, y con la contratación pública, aunque no los agotan.

Resulta fácil reconocer que una regulación pormenorizada de recursos humanos y de contratación pública, que sea específica y exclusiva del Órgano Legislativo, puede ser inconveniente.[37] Esto porque reproduciría inevitablemente la mayor parte de las disposiciones expedidas en general para la Administración. En lo que respecta a nuestra Asamblea Nacional, el R.O.R.I. hace aplicable a la Asamblea las normas generales de contratación pública, por remisión, en su artículo 233.

37. Sin embargo, como lo demuestra nuestro ordenamiento nacional, se han producido regulaciones sectoriales de contratación pública para el Canal de Panamá, para el sector de la salud o el de la educación. Los recursos humanos del Estado, con mayor intensidad aún, parten de un modelo de compartimentación de los regímenes aplicables a cada institución, que sólo en la última década hace intentos reales de homogenizarse.

> ***Artículo 233.*** *Régimen de la contratación pública. La Asamblea Nacional se regirá por las normas de contratación pública, para la adquisición de los bienes y servicios que requiera en su funcionamiento…*

En ese marco, sin embargo, el régimen de contratación pública general incluye alguna salvedades respecto a diversas instituciones, incluyendo la Asamblea Nacional (es el caso de las contrataciones directas).

En el campo de los recursos humanos, igualmente, el artículo 32 del R.O.R.I. consagra consecuentemente la autonomía del Legislativo en este respecto, mismo que adquiere consagración definitiva en la Ley de Carrera del Servicio Legislativo. Dice el artículo 32 del R.O.R.I.:

> ***Artículo 32.*** *Estructura de personal. La Directiva de la Asamblea Nacional determinará y aprobará la estructura de personal, destinada a su funcionamiento, y le señalará sus funciones, atribuciones y asignaciones salariales...*

La autonomía jurídica en el campo materialmente administrativo, sea el de las contrataciones públicas o el de los recursos humanos, da concreción práctica al principio de la separación de los poderes.

En su carácter de actos de administración parlamentaria son sin discusión materialmente administrativos. No se discute, respecto de ellos, que puedan ser impugnados ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, resulta destacable el dinamismo que estas materias ha sufrido en los últimos años. Particularmente, resalto la introducción, en el camino del agotamiento de la vía gubernativa, de mecanismos bajo los cuáles actos de administración parlamentaria son sometidos a valoración jurídica por estructuras que integran el Órgano Ejecutivo.

Estos mecanismos, que a mi entender debilitan la autonomía de la Asamblea Nacional, incluyen los siguientes:

1. Control de las acciones de recursos humanos sobre servidores públicos de carrera del servicio legislativo, a cargo de la Junta de Apelación y Conciliación de la Carrera Administrativa.
2. Control de actos de contratación pública, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública.

Este extremo debe ser explorado con mayor detalle, pero lo dejo signado en esta ocasión por su importancia.

VI. Reflexión Final

Los actos relacionados con el ejercicio de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional son los que integran el proceso de formación de la ley, los actos de carácter jurisdiccional, y los denominados "administrativos" por la propia constitución.

En un sector de la doctrina, los **actos parlamentarios administrativos** han sido apreciados como inimpugnables o de impugnación limitada. Sin embargo, el control jurisdiccional de la legalidad y la constitucionalidad de los actos parlamentarios administrativos ha sido frecuente.

La imposibilidad que predica parte de la doctrina respecto de la impugnación de estos actos parlamentarios administrativos suele predicarse también de la mayoría de los relacionados a la formación de las leyes, aunque por razones diferentes.[38] En la experiencia histórica y comparada, la inimpugnabilidad de los actos del Órgano Legislativo tiene sus raíces en la prerrogativa parlamentaria y la pretensión de soberanía del parlamento, que no pueden predicarse hoy en razón de la prioridad que damos a la tutela de los derechos, incluso frente a la voluntad mayoritaria de los ciudadanos o de sus representantes.

La impugnación restringida supone que los actos parlamentarios, al desarrollar o concretar mandatos constitucionales, deberían enfrentar vías de impugnación que se ajusten a la naturaleza del acto que se impugna, creyéndose por tanto preferible la asignación de su impugnación al ente responsable del control de constitucionalidad: la Corte Suprema de Justicia en pleno. Esto vale tanto para los actos concretos e individualizados-impugnables vía amparo- como para los actos generales y abstractos, más propiamente normas o disposiciones, sujetas al control objetivo de constitucionalidad.

Esto implica sin embargo, alguna complejidad añadida, dada la ineficacia relativa del control objetivo de constitucionalidad en las actuales circunstancias, y a la evolución del amparo de garantías, que tiende en los últimos años a una cobertura más amplia.

Sin embargo, un dato importante es que la Corte Suprema de Justicia ha admitido en Panamá, además de la impugnación por vía de amparo y por acción directa de inconstitucionalidad, la impugnación en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa. Bien dotada para controlar la legalidad de los actos de administración parlamentaria, también resulta capaz de controlar la legalidad de los actos parlamentarios administrativos, contando para ello con el importante mecanismo de la suspensión provisional.

38. La jurisprudencia ha marcado que son inimpugnables dado que son actos preparatorios. Por otro lado, los Proyectos de Ley tienen una vía excepcional para ser impugnados: la de la objeción presidencial luego de su aprobación en tercer debate.

Sin embargo, la eficacia práctica del control de legalidad de los actos parlamentarios administrativos no logra ocultar que la sede más adecuada para valorar la validez de esos actos parece ser la Corte Suprema de Justicia en Pleno. Las condiciones orgánicas y procesales bajo las que opera nuestra actual jurisdicción constitucional, sin embargo, sólo permiten atisbar en la lejanía una adecuada configuración que sirva al propósito doble de garantizar los derechos humanos y el Estado Democrático.

La Reelección[1]

Alejandro Pérez Hualde

"...una sociedad política que se supone con cierto desarrollo democrático igualitario razonable se contradice a sí misma. Y apetece la vigencia de paternalismos monárquicos bajo la forma de mentido republicanismo".

Alberto Antonio Spota,

I. Introducción.

Los procesos democráticos desarrollados en los países de nuestra América Latina en las últimas tres décadas presentan un importante grado de avance que los aleja de aquellos tiempos difíciles y que han dejado un gran cúmulo de problemas que todavía se encuentran en curso de solución. Entre ellos podemos incluir el desequilibrio en el desarrollo, la corrupción estructural y las notorias diferencias en el ingreso de los estratos sociales.

No ha sido parejo el grado de avance institucional de cada uno de nuestros países. Algunos han demostrado un fortalecimiento mucho mayor en materia de consolidación de las instituciones sobre las que se asienta la democracia. Podemos afirmar sin mayor dificultad que el Brasil, Uruguay y Chile nos presentan una institucionalidad envidiable. Ello más allá de los problemas que, sin duda, siguen compartiendo con el resto del continente, pero que –incluso- para su abordaje parecieran contar con un respaldo más sólido aportado por esa misma fortaleza cívico política.

En otro plano, otros países nos encontramos con severas dificultades para avanzar en esa misma consolidación institucional y ello queda expuesto también en las dificultades para enfrentar esos mismos problemas, como el de la corrupción estructural.

En ese escenario, nos proponemos analizar una de las cuestiones que pone en evidencia las diferencias claras en el grado de institucionalidad alcanzado por los países hermanos de Latinoamérica.

Se ha comprobado que el fenómeno de la reelección presidencial *"se ha convertido en América Latina en un tema político de alta sensibilidad que ha polarizado en extremo algunos países como Venezuela, Ecua-*

1. Este trabajo se ha elaborado sobre la base de nuestra ponencia Las reelecciones y su límite democrático presentada ante el III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, organizado por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho y la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México, los días 27 a 29 de septiembre de 2012 en Nezahualcóyotl, México; luego actualizado para su publicación en Brasil en diciembre de 2012 bajo el nombre Las reelecciones y su límite: periodicidad y alternancia, hoy en edición.

dor, Bolivia, Nicaragua, Colombia"[2]… y, nosotros agregamos, Argentina, tanto a nivel Nacional como provincial y municipal.

Toda la argumentación que rodea la pretensión de reforma constitucional o legal tendiente a habilitar la reelección de actuales mandatarios, en especial cuando se trata de presidentes, gobernadores e intendentes, se sostiene en la pretendida necesidad de asegurar el sostenimiento de procesos políticos de cambio y de progreso, que se consideran ininterrumpibles, y que –se argumenta- sólo podrían ser garantizados en su continuidad y coherencia por la permanencia de quien tiene actualmente a su cargo la conducción ejecutiva y -con ello- el liderazgo.

Desde antigua data, en nuestro país se persiguió la reiteración de elecciones de aquellos que el electorado consideraba líderes políticos. Al finalizar el siglo XIX, la segunda presidencia de Julio Argentino Roca para el período 1898-1904, que ya había gobernado desde 1880 a 1886, marcó el comienzo de esta práctica aunque los mandatos no eran consecutivos pues lo prohibía la constitución vigente. Luego ocurrió con Hipólito Yrigoyen, quien ya había ejercido la presidencia entre 1916 y 1922, a quien se lo eligió por segunda vez luego de transcurrido el mandato de Marcelo Torcuato de Alvear, a partir de 1928.

Más adelante, ya en 1952, previa reforma constitucional que remo-

viera el obstáculo, realizada en 1949, se reeligió al presidente Juan Domingo Perón para un segundo mandato consecutivo. De igual modo, también con reforma constitucional mediante –en 1994-, y con el mismo objetivo[3], se reeligió al presidente Carlos Saúl Menem en 1995 para un segundo mandato por un período de cuatro años. En 2011, los argentinos nuevamente reelegimos por un período consecutivo más a la presidente Cristina Fernández de Kirchner para un mandato que finalizará en 2015.

No es novedad la pretensión reelectoral de los presidentes que han encarnado algún grado de liderazgo. No ocurrió esto al finalizar su mandato Néstor Carlos Kirchner en 2007, pero el fenómeno político fue similar en tanto y en cuanto le sucedió su esposa, Cristina Fernández de Kirchner, en un trámite de contornos muy similares a los de una reelección. Tanto es así que la doctrina del Derecho Público puso de relieve cómo ese fenómeno escondía una posibilidad de elusión de las limitaciones constitucionales vi-

2. Morales Antoniazzi, Mariela, ¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la Justicia Constitucional, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 225. Un panorama muy completo de los antecedentes en el derecho comparado puede encontrarse en Sabsay, Daniel, La reelección en Derecho comparado, en Daniel Sabsay, director, Pablo Manili, coordinador, Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 4, Artículos 87/129 Gobierno federal: Poder Ejecutivo; Poder Judicial. Gobiernos de provincia, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 110.

3. Señala Gelli que por esa causa fue "impulsada decididamente por el oficialismo de entonces"; ver Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, segunda edición ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 675.

gentes desde 1994[4].

Si a esta realidad histórica agregamos la experiencia provincial, tendremos como conclusión inevitable que el tema de la reelección no presenta algo de novedoso en nuestro escenario público.

La novedad podría consistir en una nueva argumentación ideológica, filosófico política, que se expone como fundamento de un posible nuevo intento de dirigir el proceso político hacia una reelección, esta vez por tercera vez o –tal vez- por tiempo indefinido.

Sobre la base ideológica de un verdadero replanteo de la representatividad, parece haberse encontrado una nueva fórmula de vínculo entre el pueblo y su gobernante, en virtud del cual pasa a ser éste –una vez elegido- quien establece los contenidos y las metas de esa representación política gracias a una poderosa inspiración que sólo es posible de encarnarse en los líderes, a los que se considera hoy muy necesarios, sobre todo, en una primera etapa para definir aquel *"discurso nuevo"*[5], aquel rumbo que no es otro que la verdadera *"voluntad popular"* así interpretada y –si es necesario- transformada, y ahora políticamente expresada, por parte del líder. Éste es quien formula los términos de la representación que él mismo ejerce y es también quien pretende su reelección indefinida; pues se considera él mismo –y es considerado por sus seguidores- *"insustituible"*.

Este curso de razonamiento, calificado de *"viraje populista"*, nada tiene que ver con los contenidos ideológicos de las opciones, pues *"Ideologías de la más diversa índole –desde el comunismo hasta el fascismo- pueden adoptar un sesgo populista"*[6]; de ahí que las ideas transportadas sean consideradas algo secundario y que nos encontremos con un posicionamiento basado, más que nada, en una aparentemente *"nueva"* actitud en el acceso y en el ejercicio del poder.

Más cerca del *"mandato libre"*, producto de la Revolución Francesa –que implica que el representante lo es de la Nación entera y no del grupo que lo eligió-, que de aquel *"mandato imperativo"*, propio del corporativismo –que lo liga al grupo elector-, se nos coloca frente a algo novedoso como es un tipo de mandato político donde el propio representante, sin con-

---

4. En este sentido fue muy ilustrativo el trabajo de Agustín Gordillo La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031 ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?, en Internet en www.elnuevocentro.com.ar

5. Laclau, Ernesto, El constitucionalismo busca mantener el poder conservador, en diario "Perfil", del 14 de octubre de 2012, p. 14. Esta argumentación fue contestada en términos destacables por Roberto Gargarella, en Ante el constitucionalismo conservador. El equívoco presidencialista "que apela directamente a las masas", en diario "Perfil" del 21 de octubre de 2012.

6. Laclau, Ernesto, La deriva populista y la centroizquierda latinoamericana, en Nueva sociedad, Fundación Friedrich Ebert, nº 205, p. 57; ver en www.nuso.org. Por ello aclara también el autor que "Si los contenidos políticos más diversos son susceptibles de una articulación populista, nuestro apoyo o no a un movimiento populista concreto dependerá de nuestra evaluación de esos contenidos y no tan solo de la forma populista de su discurso" (p. 58).

dicionamiento, ni promesa, ni programa alguno que lo sujete con precisión, elabora el contenido de la representación y se la atribuye a la voluntad de su mandante en su carácter de único intérprete legítimo –a la vez que mandatario- del pueblo.

Y esa interpretación de la *"voluntad popular"* pasa a ser excluyente de otras, y se identifica con la Nación toda, para constituirse en la expresión de *"lo nacional y popular"*.

Sobre esta construcción, con semejante peso específico, como es la genuinidad de la interpretación-elaboración del contenido del mandato político brindada por el líder, dejan de ser opinables esos contenidos, que –como dijimos- pueden ser muy diversos –y hasta contrapuestos-, y esas metas, generalmente cortas, propias de la opción política –también corta- aunque coyunturales, y se convierten en un catecismo que guía en forma indiscutible los caminos políticos de *"lo nacional y popular"*.

A la luz de este esquema, tan riguroso y rígido, la oposición política a esos contenidos escasos y a esas metas efímeras y coyunturales es calificada rápidamente de incursa en una actitud evidentemente errónea, cuando no de verdadera traición intencional a la *"voluntad popular"*, de actitud únicamente explicable por la oscuridad y sordidez que el líder atribuye a los intereses particulares que defiende y encarna esa oposición, que pasa a ser enemiga de *"lo nacional y popular"*.

Consecuentemente, sólo cabe entonces privilegiar esta *"voluntad popular"*, interpretada y traducida por el líder, para denostar las oposiciones y divergencias, y a todos los que las expresan y encausan; se persigue –justificándose de este modo- la unanimidad, que es la única posibilidad razonable en una sociedad a tal punto esclarecida por su grupo de vanguardia.

Esto es, en alguna medida, un retorno a la democracia griega[7], que excluía el pluralismo. Es hoy la democracia del *"catch all party"*[8], superador del partido de masas de Burdeau, definido y analizado por la ciencia política también como *"populista"*[9]. Es el nuevo protagonista de una democracia casi directa, que desprecia la institucionalidad, por burocrática y entorpecedora de la relación directa del líder con el pueblo y que distorsiona el mensaje y las consignas, generalmente épicas, de esa *"voluntad popular"* así elaborada, en su interpretación legítima, por el representante todopode-

7. Dahl, Robert A., en diálogo con Giancarlo Rosetti, Entrevista sobre el pluralismo, fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 23; señala el autor en el diálogo: "Si queremos respetar los orígenes históricos de la palabra democracia, ¿cómo podemos decir que las democracias de las ciudades-Estado griegas no lo eran? No podemos robarles la palabra…".

8. Teorizado en 1966 por Otto Kirchheimer, ver Wolinetz, Steven B., Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies, en www.olemiss.edu/courses/pol628/wolinetz02.pdf ; ver también Sánchez de Dios, Manuel, Las funciones de los partidos, en Martínez Cuadrado, Miguel, y Manuel Tella Márquez, editores, Partidos políticos y sistemas de partidos, Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 85.

9. Laría, Aleardo F., Calidad institucional y presidencialismo. Los problemas no resueltos de Argentina, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008, p. 14.

roso[10]. Este desarrollo admite conscientemente y expresa *"el peligro potencial de que esa figura líder se autonomice tanto respecto a aquellos que está representando que al final se corte el cordón umbilical que unía Estado con sociedad"*[11].

Frente a esta interpretación, no puede presentarse válidamente límite alguno. Ni de control del poder -sea que fuera parlamentario, judicial, electoral o de los medios independientes-, ni tampoco una limitación en la duración del mandato o en su indefinida reiteración.

Se presenta, como lógica consecuencia de este razonamiento, en apoyo abierto a la reelección y re-reelección del líder, una argumentación que no tiene por qué cambiar a la hora de exigir –o de proponer- una tercera, una cuarta, quinta, o la indefinida reelección de esa persona considerada providencial e insustituible.

La reelección se transforma en la única vía de neutralización de aquella idea, que es principio y requisito fundamental en el sistema republicano, de la *"periodicidad"* de las funciones. De este modo, hay *"periodicidad"* pero sigue el mismo funcionario reelecto; hay *"periodicidad"* pero se elimina la verdadera *"alternancia"* en el poder.

Por eso afirmamos que no hay *"periodicidad"* republicana si no hay posibilidad cierta de efectiva *"alternancia"*.

II. Estado actual del tema.

Existe en estos tiempos un arduo debate acerca de las posibilidades de brindar una, dos o más –y hasta indefinidas-, oportunidades de reelección a los funcionarios que han desempeñado el máximo cargo ejecutivo por voluntad de sus electores. Respecto de cargos legislativos, por el contrario, pareciera existir una corriente tendiente a alivianar su prohibición, al menos, absoluta; sobre todo en México que es de los pocos, si no el único, régimen constitucional latinoamericano que prohíbe en general la reelección de legisladores[12].

El debate sobre la reelección encierra distintos planos de discusión porque también admite diversos niveles de presentación; y ello es así porque el instituto habilita grados variados en la medida en que puede cambiar tanto el número de oportunidades como la cantidad de años de cada mandato.

---

10. Laría, Aleardo F., La religión populista. Una crítica al populismo posmarxista, prólogo de Martín Böhmer, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2011, p. 395.
11. Laclau, El constitucionalismo…, ob. cit., p. 15.
12. Puede consultarse un análisis pormenorizado del tema en el orden de las candidaturas legislativas en Lujambio, Alonso, Reelección legislativa y estabilidad democrática, en la biblioteca virtual de ITAM: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras32/textos4/sec_1.html

Algunos sistemas constitucionales, como el argentino –luego de la Reforma constitucional de 1994 (art. 90 CN)[13]-, siguen al norteamericano actual, en vigencia desde la presidencia de Roosevelt[14], de admitir sólo una reelección sobre la base de un mandato de cuatro años inmediatamente consecutivo. Es decir, el máximo posible admitido es de ocho años continuos. La diferencia argentina es que el presidente podría volver una tercera vez –con su correspondiente reelección por cuatro más- luego de un período completo; es decir, primero ocho y luego, otra vez, ocho más.

Varias cartas constitucionales americanas[15] impiden la reelección por períodos consecutivos. Así lo imponen las de México (art. 83) y Chile (art. 190), Uruguay (art. 152), Bolivia (art. 87) y Paraguay (art. 229) –aunque con mandato de cinco años-, Costa Rica (art. 134), El Salvador (art. 154), Honduras (art. 239) y Guatemala (art. 187) –con período de cuatro años-. En el caso de Panamá (art. 173) se prohíbe la reelección hasta dos períodos posteriores.

Algunas de las mencionadas excluyen la reelección en forma absoluta, como México[16], Guatemala y Honduras; las demás permiten una nueva elección no inmediata. Sólo Venezuela prevé la reelección indefinida desde 2007[17].

En el orden del Derecho Público Provincial argentino es posible la reelección por única vez en diecisiete provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; mientras que contemplan un mandato de cuatro años con posibilidades de reelección indefinida las provincias de Formosa, La Rioja, San Luis y Santa Cruz; en prácticamente todos estos casos, como ocurriera también con la Reforma Constitucional de 1994 en el orden Nacional, la

13. Dice el art. 90: "El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo período consecutivo. Si han sido reelectos, o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período".

14. Enmienda XXI. (1951): "Section 1. No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. But this article shall not apply to any person holding the office of President when this article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term".

15. Ver Base de Datos Políticos de las Américas, (1998) Período de mandato y reelección. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales, Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: http://pdba.georgetown.edu/Comp/Ejecutivo/Presidencia/periodo.html

16. Fernández Ruiz, Jorge, Tratado de Derecho Electoral, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 363, donde analiza el art. 83 de la Constitución de México, y remarca cómo "quien haya desempeñado dicho cargo, incluso con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto".

17. Fuente: Zovatto, Daniel, La ola reeleccionista en América Latina, en Mundo Electoral, año 4, nº 12, del 12 de septiembre de 2011, p. 1; también en http://www.mundoelectoral.com/html/index.php?id=751

introducción de la posibilidad de reelección fue el motor esencial de las respectivas reformas constitucionales[18]. Y, también prácticamente en todos los casos, como también en el Nacional, la consecuencia fue la reelección inmediata de quien desempeñaba coyunturalmente el poder ejecutivo auspiciante de la correspondiente reforma.

Prevén un solo mandato sin posibilidad de reelección las provincias de Mendoza y Santa Fe[19], cuyas constituciones son consideradas de las *"antiguas"*.

Para Daniel Zovatto, en materia de normativa jurídico constitucional sobre reelección, son cuatro las situaciones posibles de los ordenamientos jurídicos[20], ordenándolos de menores a mayores limitaciones: 1) regímenes que habilitan la reelección indefinida (es el caso de Cuba y Venezuela); 2) los que habilitan reelección inmediata por una única vez y siempre que fuere consecutiva (Estados Unidos de Norteamérica); 3) los que no habilitan reelección inmediata pero sí luego de transcurrido un período (Chile); y 4) los que prohíben absolutamente toda reelección (Estados Unidos Mexicanos).

Nosotros consideramos que el análisis debe necesariamente completarse teniendo presente la duración efectiva del mandato cuya reelección se propone.

III. El verdadero contenido de la discusión.

La disputa encierra una puja soterrada entre defensores de principios relacionados con la democracia y defensores de principios que fundan la república; entre democracia *"gobernada"* y democracia *"gobernante"*, en los términos planteados con particular claridad por Burdeau.

Como consecuencia del replanteo de la representación política, de su consecuencia inevitable en la necesaria unificación del discurso *"nacional y popular"* excluyente, nos vemos sumergidos en un debate que se asienta en una pretensión de reformular también el concepto de *"democracia"* que, con distintos matices, nos acompaña en América Latina desde hace ya varias décadas[21].

---

18. Los casos de Menem, primero en La Rioja y luego en la Nación, de Angeloz en Córdoba, de Kirchner en Santa Cruz, de Gioja en San Juan, de Rodríguez Saa en San Luis, de Alperovich en Tucumán, son algunas muestras que respaldan lo dicho.

19. Estudio realizado por Tettamanti, Adriana, Enmienda constitucional y reelección, en revista La Ley Gran Cuyo, año 16, nº 4, mayo 2011, p. 18.

20. Ver Zovatto, ob. cit., p. 1.

21. Algunos autores especialistas la ubican en tres décadas y la denominan "tercera ola democratizadora" en Latinoamérica; ver Helgesen, Vidar y Héctor Fix-Fierro en su Presentación en Ellis, Andrew, J. Jesús Orozco Henríquez y Daniel Zovatto, Cómo hacer que funcione el sistema presidencial. Making presidentialism work, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, México, 2009, p. xi.

Con motivo del debate parlamentario de la ley 26728, de presupuesto para el año 2012, en el Senado de la Nación, en la noche del 20 al 21 de diciembre del 2011, reconoció el senador Cabanchik[22] que *"el presupuesto, que contiene efectivamente una concentración de decisiones e instrumentos en manos del Ejecutivo, más de lo que la división de poderes en una concepción republicana como nuestra Constitución aconseja, efectivamente muestra que en la Argentina la gobernabilidad está asociada a un esquema que este presupuesto continúa y consagra; y es el que la población en su mayoría –argentinos y argentinas– han votado el 23 de octubre pasado y vienen haciéndolo desde hace años. Yo diría que el presupuesto en su confección hace honor a la exigencia de gobernabilidad"... "Me parece que esto hace a la condición de gobernabilidad de la Argentina. Debemos evolucionar y cambiar esto, pero por ahora es lo que tenemos. No obstante, todos tendríamos que hacer un esfuerzo para que esta gobernabilidad se acerque cada vez más al diseño republicano que tenemos consagrado en la Constitución"*.

Se sostiene que la reelección permite asegurar beneficios y experiencias obtenidos en un mandato generalmente considerado como muy breve; en la necesaria continuidad de un plan de gobierno y en el carácter de rendición de cuentas que posee el hecho de realizar un chequeo de conformidad del pueblo con su dirigencia.

El argumento soporte de los defensores de la reelección es, resumidamente, el que se afinca en la soberana voluntad del pueblo que elige en elecciones libres. Contra ese fundamento, sostienen sus contestatarios que la serie de reelecciones puede atentar contra uno de los elementos más importantes de la república, como es la periodicidad de las funciones y su prohibición constituye *"un dique eficaz para contener posibles abusos y ambiciosos proyectos personales"*[23].

La idea, pretendidamente democrática, que afirma que *"la reelección no la hace la constitución sino el pueblo"*, o que *"si el pueblo quiere es él quien reelige"*, ha sido desvirtuada: *"Se sostiene que la reelección presidencial responde a la más pura democracia porque si la soberanía del pueblo quiere consagrarla debe acatársela. Es un grave error creer que la democracia se funda solamente en la soberanía popular. Esa es la democracia totalitaria que llevó a Hitler al poder y a tantos otros tiranos que llegaron consagrados por la voluntad popular"*[24].

---

22. Senador Nacional por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, perteneciente a la Alianza Coalición Cívica.

23. Carbonell, Miguel, Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, Editorial Porrúa, UNAM y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, p. 520.

24. Pérez Guilhou, Dardo, Reelección presidencial y autoritarismo paternal, en Diario Los Andes del 4 de octubre de 2006, Mendoza.

Se contesta también que si el tiempo es corto para grandes transformaciones, eso se debe a que éstas necesariamente deben asentarse en políticas de Estado que se apoyen no en una mayoría coyuntural sino en consensos que abarquen a más de un partido y que no se vean necesariamente afectadas por la coyuntura electoral o por un simple cambio de gobierno o de funcionario.

Se colocan de este modo, frente a frente, democracia y república, la primera con la reelección, aun con la indefinida –pues se trata de la todopoderosa *"voluntad popular"*-, y la segunda con la limitación de esas reiteraciones de mandatos, puesto que esa misma *"voluntad popular"* debe reconocer la existencia de límites sobre los que ni siquiera ella puede traspasar.

Esta situación lleva a Burdeau a firmar que *"la democracia gobernada no puede separarse de una concepción liberal del papel del Estado"* mientras que *"la democracia gobernante va unida a la interpretación socialista o intervencionista de la función del poder"*[25].

IV. La respuesta constitucional.

La periodicidad de las funciones, como la división del poder, es uno de los componentes básicos del sistema republicano de gobierno, que la Carta Magna argentina adopta para la Nación (art. 1 CN) y que obliga a sostener a las provincias como condición expresa para garantizarle el goce de sus propias instituciones (art. 5 CN), respecto de las cuáles, y dentro de ese marco fundamental, le reconoce total libertad para construirlas (art. 122 CN). Pero, como dijimos, es evidente que no existe *"periodicidad"* si no se asegura la posibilidad de efectiva *"alternancia"* en el poder.

El art. 90 CN dice: *"El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo período consecutivo. Si han sido reelectos, o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período"*. Ha señalado la doctrina constitucionalista cómo si bien es posible que alguien esté ocho años, espere cuatro y vuelva a postularse y desempeñar otra vez ocho más, *"es poco probable pero no imposible"*[26].

La Constitución impone un límite claro y preciso: sólo una reelección.

En su famoso *"Discurso de Angostura"*, del 15 de febrero de 1819, el prócer venezolano Simón Bolívar sostuvo su posición sólidamente demo-

25. Burdeau, ob. cit., p. 53.
26. Gelli, ob. cit., p. 677.

crático republicana afirmando que *"La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía. Un justo celo es la garantía de la libertad republicana, y nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente"*.

Los principios republicanos se imponen necesariamente sobre el régimen democrático de soberanía popular estableciéndole a ella un límite. En nuestro sistema, las mayorías, por grandes que fueran, no pueden eliminar la división de poderes; no pueden establecer la irresponsabilidad del Estado y de los funcionarios; no pueden eliminar la publicidad de los actos de gobierno; tampoco pueden suprimir la periodicidad de las funciones ni podrían válidamente decidir la eliminación de las elecciones para el futuro.

Y esto es así porque *"la democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno… es la única que propone como fundamento del orden político la dignidad del hombre libre"*[27], y teniendo muy presente que *"siempre que un sistema legal incluya los derechos y garantías del constitucionalismo occidental, y existan poderes públicos con la capacidad y disposición de imponer esos derechos y garantías incluso contra otros poderes públicos, el Estado y el orden que él ayuda a implantar y reproducir son democráticos"… "como una forma política eficaz en un territorio determinado, la democracia está necesariamente vinculada a la ciudadanía, y ésta sólo puede existir dentro de la legalidad de un Estado democrático"… "un Estado que no es capaz de hacer valer su legalidad sustenta una democracia con baja intensidad de ciudadanía"*[28].

Nuestra democracia tiene un sello de origen que la vincula a la presencia de valores y reglas que están por encima de los cambios coyunturales que puede sufrir la cambiante voluntad popular. Señala Sartori que *"el paso de la unanimidad a las reglas mayoritarias sólo se produce con Locke, y se produce porque con él el derecho de la mayoría se integra en un sistema constitucional que lo disciplina y lo controla. Nuestras democracias son, en realidad, democracias liberales, y la democracia que practicamos es la democracia liberal"*[29].

Nuestra democracia es la democracia liberal; que reconoce leyes y derechos que la *"gobiernan"*. En nuestro caso concreto, reconoce una

27. Burdeau, ob. cit., p. 19 y 23.
28. O'Donnell, Guillermo, Estado, Democratización y ciudadanía, en Nueva Sociedad, nro. 128, 1993, p. 62-87.
29. Sartori, Giovanni, La democracia en treinta lecciones, Taurus, Bs As, 2009, p. 60.

Constitución, más o menos rígida, y también reconoce tratados internacionales de derechos humanos[30].

Por ello nuestra democracia es mucho mejor que la ateniense, según Sartori, porque allí se temía al disenso; nuestra sociedad valora y civiliza la discusión. En nuestra democracia están presentes las minorías y esa regla no es derogable por la mayoría. Y esto es así porque *"únicamente la democracia liberal se estructura sobre la diversidad. Hemos sido nosotros, y no los griegos, los que descubrimos cómo construir un orden político a través de la multiplicidad"*[31].

Es más, carece de sentido una mayoría sin la presencia de una minoría que cuente efectivamente con la posibilidad de ejercicio de su espacio de existencia democrático. La *"periodicidad"*, complementada necesariamente por la posibilidad efectiva de *"alternancia"* en el poder, que excluye o que, en cualquier caso, limita –por lo menos- necesariamente a la reelección[32], es un recurso y una estrategia para asegurar valores democráticos y republicanos y para contribuir con su presencia efectiva a la configuración del régimen del Estado donde ella funciona.

El tema que tratamos está relacionado con el acceso al poder; y este esquema, precisamente, tiene particular importancia porque es uno de los componentes esenciales de lo que constituye el régimen propio de un Estado. Régimen que O'Donnell define como *"el conjunto de patrones, explícitos o no, que determina la forma y los canales de acceso a las principales posiciones gubernamentales, las características de los actores admitidos y de los excluidos de ese acceso, y los recursos (y) estrategias que ellos pueden usar para alcanzarlo"*[33].

La reelección, donde es legalmente viable, es un recurso y una estrategia que puede ser usada, de modo conveniente o no, para mantener el poder en el tiempo y contribuir con su presencia efectiva a una configuración determinada del régimen del Estado donde ella funciona.

V. El alcance de las posiciones.

Puestos así los límites y precisados los extremos, podemos afirmar que, en principio, no es una cuestión fundamental la discusión teórica acer-

30. El art. 75 inc. 24 CN impone como pauta básica la necesidad de que los tratados internacionales de integración en los que se deleguen competencias "respeten el orden democrático y los derechos humanos".

31. Sartori, ob. cit., p. 64.

32. Ver nuestra ponencia Las reelecciones y su límite democrático, cit.

33. O'Donnell, ob. cit., donde en la nota 14 el autor remite a otra obra escrita con P. Schmitter, Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies, vol. IV, de O'Donnell, Schmitter y L. Whitehead (eds.), Transitions from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1986, p. 73, n.1.

ca de si es viable o conveniente una elección o dos. La sola ponderación del tamaño del mandato pone en evidencia este aserto. Cuando en Argentina, en 1994, se incorporó la posibilidad de una reelección presidencial al mismo tiempo se redujo el período de función del Poder Ejecutivo de seis a cuatro años. La determinación de si la reelección afecta a los principios democráticos es una cuestión de ponderación en el caso concreto y con una vinculación específica con el tamaño del lapso en cuestión.

Podríamos afirmar, en principio –y con grandes dificultades que analizaremos-, que la posibilidad de una sola reelección, si el mandato es corto –de cuatro años por ejemplo-, es una cuestión que puede analizarse a luz de los parámetros de la conveniencia política sin poner en juego un planteo fundamental. En el orden provincial, esta determinación contaría con el respaldo explícito de la normativa de la Constitución Nacional que la habilita.

Pero podemos también afirmar con énfasis que es evidente que sí afecta a la democracia y a sus principios fundamentales la reelección reiterada o indefinida e ilimitada; pues ahí sí se trata de la *"contradicción antirrepublicana que significa la reelección continuada"* a la que se refiere Spota[34].

La reiteración de más de uno o dos o tres mandatos puede analizarse en cada ordenamiento; pero, si bien podemos decir que también depende del tamaño de los períodos, ya que no es lo mismo tres mandatos de tres o de cuatro años que de cinco o de seis, lo cierto es que nos adentramos en términos que exceden de una década de ejercicio ininterrumpido de una misma función por una misma persona.

Los autores que defienden la conveniencia de la reelección han sostenido que *"debe tenerse en cuenta la cuestión de que la reelección de funcionarios, en un sistema democrático con reglas claras y previamente establecidas, podrían incluso otorgar una mayor independencia a los servidores públicos en el que incluso se permitiría una mejor división de poderes"*[35]; y se ha defendido la reelección únicamente por sólo una vez, aunque admitiéndose que sólo es recomendable para países cuya institucionalidad es fuerte; en cambio, se recomienda sólo con un intervalo de dos períodos para aquellos países cuya institucionalidad es débil, que O'Donnell califica como democracias *"de baja intensidad"*, y así *"evitar componendas"*[36].

Y también hay entre nosotros enemigos extremos de ella que han afirmado que *"Las turbulencias ocasionadas por el reeleccionismo sólo se mitigan con el más absoluto anti-reeleccionismo"*… y eso porque *"el*

34. Spota, Evolución político…, ob. cit., p. 37.
35. Alcaraz Mondragón, Eduardo, Modelos de democracia y reelección de funcionarios en México, en Cuestiones y Reflexiones Político-Electorales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 51.
36. Zovatto, ob. cit., p. 1.

reeleccionismo acrecienta su peligrosidad en relación directamente proporcional con el hiperpresidencialismo, para convertirse en una amenaza al sistema democrático todo"[37].

Entonces sí sostenemos que es indudable que la posibilidad de reelección debe tener un límite razonable para permanecer encuadrados en el marco de la democracia como forma de Estado que hoy concebimos en nuestro mundo pretendidamente libre. Pues mientras se mantenga nuestro régimen presidencial hay que admitir que *"a la configuración de un poder tan enorme corresponde la rígida limitación del tiempo de su ejercicio por una misma persona"*[38]. Recordemos que nuestra democracia es libre, salvo para decidir que no lo será –al menos válidamente-.

En la *"Declaración de Aragón"* dictada como conclusión de los trabajos en el ámbito del III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, organizado por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho y la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México[39] se sostuvo que *"La prohibición de reelecciones en los cargos no ejecutivos podría ser revisada a la luz de la conveniencia de cada sistema político; de igual modo ocurre con la determinación respecto a posibilitar una única reelección de cargo ejecutivo en aquellos regímenes donde el mandato es breve"*, y también que *"Debe sostenerse la prohibición de reelecciones subsiguientes a una única cuando se trata de cargos ejecutivos porque la permanencia del funcionario es atentatoria contra el régimen democrático y republicano"*.

Como en todos los casos, en nuestros países las recomendaciones se dirigen a la necesidad de obtener un grado de equilibrio que nos resulta casi imposible cuando se trata del poder político y de sus límites; acierta García Belaúnde cuando pone de manifiesto que en los países sudamericanos *"al parecer no se conocen las zonas intermedias ni los colores grises"*[40].

VI. Reelección y derechos humanos.

Se ha sostenido que *"en una república las funciones de gobierno se ejercen por períodos breves, siendo ésta una característica del sistema"*[41]. En igual sentido, alguna jurisprudencia ha establecido que *"La fuente de la*

37. Vanossi, Jorge Reinaldo A., prólogo en Oría, Jorge Luis, La reelección presidencial y la división de poderes, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1995, p. 9.
38. Oría, ob. cit., p. 188.
39. Realizado en la Facultad de Estudios Superiores –FES- Aragón de septiembre 27 al 29 de 2012 en Nezahualcóyotl, México.
40. García Belaunde, Domingo, La constitución en el péndulo, Arequipa, Editorial UNSA, 1996, p. 222.
41. Loñ, Félix R. y Augusto M. Morello, Lecturas de la Constitución, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 755.

que emana dicha teleología se halla, precisamente, en los principios liminares del sistema republicano de gobierno que tiende a instaurar la periodicidad de los órganos que ejercen el poder"[42]. El Superior Tribunal de la provincia de Córdoba también ha puesto de manifiesto que *"la adopción del principio democrático de alternancia en el mando se postula como un mecanismo adecuando para evitar la perpetuación de las personas en la ocupación de cargos gubernativos electivos"*[43].

En la argumentación individual de quien aspira a candidatearse a una reelección es muy común encontrarnos con la invocación de la ilegitimidad constitucional y convencional de la limitación a su *"derecho"* a postularse por otra causa que no sea estrictamente alguna de las que taxativamente prevé dicha normativa; pues en ese listado no figura como límite el haber desempeñado el mismo cargo con anterioridad inmediata.

Suele fundarse esa aspiración personal en lo establecido por el art. 25 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: *"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:… c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"*.

Y también en el art. 23 p. 1 c) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que dice: *"1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:… c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"* y *"2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal"*.

No compartimos esa argumentación; las normas que limitan la reelección no son necesariamente lesivas de principios constitucionales. Muy por el contrario, dichas normas lo que buscan es preservar el principio republicano de gobierno, de carácter fundamental establecido por nuestra constitución (art. 1 CN).

Consideramos que el fundamento normativo convencional invocado es erróneo, pues surge con evidencia que ninguno de ambos preceptos establece una incompatibilidad con normas que limiten la reelección o la *"re-reelección"* de quien ya tuvo oportunidad de ser elegido y ejercer los cargos en una o dos –o más- oportunidades anteriores. Pues cabe la interpretación de que, precisamente, esa limitación es la que posibilita que otros integrantes del espectro electoral también puedan acceder a esas candidaturas de

42. Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Relatoría Electoral de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales, Sentencia Nº 1/2011, "Felpeto, Carlos A. c/Municipalidad de Villa Carlos Paz-Acción Declarativa de Inconstitucionalidad" (Expte. letra F, Nº 12, iniciado el 29/11/2010, p. 7).
43. Expte. Nº 96 de fecha 30-12-2010 "Córdoba- Dpto. Capital- Frente Grande…".

modo efectivo. El fundamento de igualdad material permanece incólume.

Germán Bidart Campos, sostiene que *"habrá que infundir en la conciencia valorativa de muchos sectores de nuestra sociedad la convicción de que las normas constitucionales que vedan o limitan reelecciones no lastiman ni el derecho a ser elegido de quienes no pueden serlo, ni el derecho a elegir de los que desearían la reelección, ni los derechos humanos emergentes de tratados internacionales, ni el poder electoral del pueblo que confiere legitimidad de origen a los gobernantes, ni la legalidad constitucional prohibitiva de discriminaciones arbitrarias, ni el derecho de los partidos políticos a proponer candidaturas"*[44].

El mismo autor ha expresado que *"el test de razonabilidad aplicado a la no reelección rinde su resultado cuando, con evidente pragmatismo, nos demuestra que hay razones objetivas para sostener que el desempeño actual de un cargo de origen electivo cabe holgadamente entre las causales admisibles de restricción al derecho de ser elegido"*[45].

También ha sostenido que *"cuando cada derecho interno regula el caso de las reelecciones vedadas, hay de por medio razones institucionales que, con objetividad e imparcialidad no están dirigidas a privar arbitrariamente del derecho electoral pasivo a quienes no pueden volver a un cargo ya desempeñado anteriormente, de modo análogo a como asimismo son razones institucionales las que, con espacio posible de alternativa, llevan a adjudicar a los partidos el monopolio de las candidaturas con exclusión de las candidaturas independientes"*[46].

Como ocurre con todo derecho, ha sostenido la doctrina que, respecto del art. 90 CN –que impide un tercer mandato consecutivo al presidente reelecto-, *"no debe olvidarse que los derechos constitucionales, incluyendo el derecho a ser elegido, no son absolutos y pueden ser razonablemente reglamentados. Si es válido reglamentar un derecho por medio de una ley, más aún lo es una reglamentación contenida en la propia Constitución"*[47].

Finalmente consideramos importante agregar que en ambos Tratados internacionales de derechos humanos, incorporados en nuestra Constitución, se ha establecido el derecho al *"acceso en condiciones generales de igualdad"*, y si con algo es incompatible la reelección es con esa igualdad en el acceso. Como veremos más adelante, la posición de privilegio y de ventaja de quien se postula a su propia reelección quebranta en forma directa la igualdad a la que tienen derecho todos los demás miembros de la

44. Bidart Campos, Germán J., La reelección de los gobernadores, la organización del Poder, el federalismo, los derechos humanos, el derecho provincial, en revista "El Derecho", tomo 160, p. 133 y vta.

45. Bidart Campos, Germán J., Dos aspectos del derecho electoral: activo y pasivo, en Revista del Tribunal Federal Electoral de México, Vol. V, nº 8, 1996.

46. Bidart Campos, Dos aspectos del derecho electoral…, ob. cit.

47. Ramírez Calvo, Ricardo, La reelección presidencial en el sistema de la Constitución, en revista La Ley, tomo 1997-A , p. 685.

comunidad que deseen postularse.
Por lo tanto el mensaje que surge con claridad de los tratados es, precisamente, el contrario: la prohibición de toda reelección por quebrantar la igualdad de acceso del que gozan todos los habitantes.

VII. La defensa de la reelección en "El federalista".

En esa obra fundante de nuestro constitucionalismo occidental, como es *"El Federalista"*, Alexander Hamilton[48] sostiene enfáticamente la inconveniencia de limitar la sucesión de mandatos presidenciales en la carta número 72.

No obstante reconocer que existen argumentos en su contra, Hamilton se pronuncia en favor de la posibilidad de reelección del Presidente, pues señala que *"A la duración fija y prolongada agrego la posibilidad de ser reelecto. La primera es necesaria para infundir al funcionario la inclinación y determinación de desempeñar satisfactoriamente su cometido, y para dar a la comunidad tiempo y reposo en que observar la tendencia de sus medidas y, sobre esa base, apreciar experimentalmente sus méritos. La segunda es indispensable a fin de permitir al pueblo que prolongue el mandato del referido funcionario, cuando encuentra motivos para aprobar su proceder, con el objeto de que sus talentos y sus virtudes sigan siendo útiles, y de asegurar al gobierno el beneficio de fijeza que caracteriza a un buen sistema administrativo"*[49].

Luego critica fuertemente a quienes pretenden *"que el primer magistrado continúe en funciones durante un tiempo determinado, para en seguida excluirlo de ellas, tanto para un período limitado o bien para siempre. Esa exclusión, fuera temporal o perpetua, podría tener los mismos efectos; y esos efectos podrían ser más perniciosos que saludables"*[50].

Esto es así porque, según Hamilton, *"la exclusión disminuiría los alicientes para conducirse correctamente"*. Es más, esa limitación severa del tiempo lo empujaría a *"la tentación de entregarse a una visión sórdida, a la especulación y, en ciertos casos, a la usurpación"*[51], pues carecería del incentivo a controlar sus apetitos naturales de enriquecimiento.

Asimismo, sostiene que se *"privaría a la comunidad de valerse de la experiencia adquirida por el primer magistrado en el desempeño de sus funciones"* y ello implicaría *"separar de ciertos puestos a hombres cuya presencia podría ser de la mayor trascendencia para el interés o la segu-*

48. Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay, The federalist, introduction and notes by Robert A. Ferguson, Barnes & Noble Classics, New York, 2006.
49. Hamilton, ob. cit., p. 400.
50. Hamilton, ob. cit., p. 401.
51. Hamilton, ob. cit., p. 401.

ridad pública en determinadas crisis del Estado". Finalmente advierte que esa limitación *"se convertiría en un impedimento constitucional para que la administración fuera estable"*[52].

Consideramos muy importantes estas reflexiones pero entendemos que deben ser analizadas a la luz del entusiasmo que los autores de *"El Federalista"* ponían en sus escritos con plena conciencia de que impulsaban una obra original, que no registraba prácticamente antecedentes ni experiencias previas para observar. La primera constitución estaba gestándose bajo su influencia, pues ése era el objetivo, y no había modelos para efectuar un análisis crítico. Antes bien, lo que había para observar eran regímenes absolutistas que venían cayendo en desgracia.

Por otra parte, el centro de las preocupaciones de Hamilton residían en los riesgos que representaba *"la tendencia de la autoridad legislativa a absorber toda otra, plenamente demostrada e ilustrada por ejemplos precedentes numerosos"… "los representantes del pueblo, en asamblea popular, parecen a veces sentirse el pueblo mismo"*[53]. Todavía no aparecían las difíciles experiencias que luego se presentarían con los sucesivos gobiernos de Roosevelt, ni tampoco nuestra actual realidad que nos confronta con *"parlamentos restringidos por el predominio del Ejecutivo"*[54].

VIII. Las importantes dificultades.

Afirmamos antes que, en principio –y con grandes dificultades-, el establecimiento normativo de la posibilidad de una sola reelección podría llegar a ponderarse en el terreno de la conveniencia política.

Ingresamos en ese ámbito de análisis de la conveniencia o no del instituto de la reelección, en la hipótesis de que esta fuera solamente una única y siempre que el período fuese corto –como hoy lo prevé el art. 90 CN-, porque queremos marcar algunas dificultades a tener en cuenta para elaborar una posición al respecto a la hora de definir nuestra opción.

Esta ubicación teórica en el plano de la conveniencia política hace que en este análisis rechacemos, en principio, la idea de que es inconstitucional tanto la habilitación como la prohibición de una única reelección, cuando así se dispone en el régimen político general o también en el reglamento interno de algún partido político.

Y es en este estudio de conveniencias que pretendemos en este ensayo acercar algunos aportes para la reflexión frente a la decisión de aquel que

52. Hamilton, ob. cit., p. 403.

53. Hamilton, ob. cit., carta nº 71, p. 397.

54. Rial, Juan, Balance entre la inmovilidad y la tendencia al autoritarismo en un régimen presidencial. Partidos y legislaturas débiles. El predominio del personalismo presidencial en América Latina, en Ellis, Andrew, y ots., Cómo hacer que funcione…, ob. cit., p. 159.

tiene la posibilidad de determinar en el grado normativo correspondiente, que es el nivel constitucional –pues está estrechamente vinculado al diseño del Estado-, qué es lo que conviene a esa comunidad concreta.

En general, como se observará, todos los puntos de abordaje se sustentan en la defensa de la igualdad democrática, desde distintas bases de análisis de su realización efectiva.

A) La promoción del "presidencialismo".

Debemos tener muy presente que los populismos totalitarios que se nos ofrecen en este tiempo, como el ya referido partido *"catch all"* o también denominado *"atrapa todo"*, emplean un instrumento altamente eficaz que es el constituido por el *"presidencialismo"* proyectado, la más de las veces, desde un fuerte *"personalismo"*. Se trata de un viejo vicio de nuestros sistemas políticos, presente desde los tiempos de nuestra independencia, y que nos ha traído fuertes retrasos en el plano democrático y –sobre todo- en el republicano.

La reelección es un excelente vehículo para conducir hacia el fortalecimiento del personalismo de quien la pretende desde el poder; por eso se la ha calificado de *"antirrepublicana sugerencia que en la región reconoce un precedente: la constitución paraguaya que eternizó a Stroessner"*[55]; y, agregaríamos hoy, las experiencias cubana, venezolana y nicaragüense, que eternizaron a Castro, ya su hermano, y que pretenden eternizar a Chávez y a Ortega como –en su momento- se hizo con Somoza en la misma Nicaragua.

Cabe recordar también al mexicano Porfirio Díaz, reelecto sucesivamente, mediante reformas constitucionales, por un lapso de 31 años entre 1880 y 1915; también hubo segundas reelecciones para Fujimori, en Perú, y para Chávez, en Venezuela. El intento de Uribe en Colombia se vio frustrado por la sentencia del Tribunal Constitucional que se lo impidió.

La Corte Constitucional de Colombia, con motivo del referido rechazo del intento de Uribe –en 2010-, ha sostenido que *"resulta claro que la introducción de la segunda reelección afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República, puesto que el incremento progresivo de períodos presidenciales puede conducir a que un líder se autoperpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder"*[56].

---

55. Midón, Mario A.R., Las desventuras electorales, en diario Clarín del 1 de septiembre de 2012. Cabe aclarar que hoy, en su texto vigente, la constitución paraguaya establece que el Presidente y el Vice "No podrán ser reelectos en ningún caso" (art. 229).

56. C-141-10, p. 460, sentencia dictada con motivo del referéndum tendiente a posibilitar la segunda reelección de Uribe en Colombia en el año 2010. En posición diametralmente opuesta, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, declaró en su Decisión nº 53 del 3 de febrero de 2009 que el referéndum propuesto por el presidente Chávez para la reelección indefinida era constitucional no obstante el texto expreso en contra de la Constitución de 2007. Ver un prolijo análisis de ambos fallos

No consideramos necesario explayarnos demasiado sobre los efectos desbastadores que el personalismo ha tenido sobre nuestro régimen federal y sobre la división de poderes de la Constitución.

La reelección colabora con el *"presidencialismo"*, y cuantas más sean, más contribuirán; y de este modo aporta grandemente al *"híperpresidencialismo"* que algunos de los países latinoamericanos nos hemos propuesto expresamente –hasta ahora inútilmente- morigerar, como fue el caso argentino con motivo de la Ley que declaró la necesidad de la Reforma Constitucional de 1994.

B) Periodicidad y alternancia interna de los partidos.

La finalidad de perpetuación que se comprueba en los gobernantes, sobre todo en aquellos que detentan el poder ejecutivo Nacional, provincial o municipal, se proyecta hacia el interior de sus propios partidos en tanto y en cuanto partido de gobierno. Pero no termina ahí. También tiene sus efectos perniciosos de contagio en los otros partidos, los de oposición.

"La perpetuación de las oligarquías partidarias en gran número de partidos que han impedido los cambios renovadores, han obligado a múltiples desmembramientos en minúsculas agrupaciones"[57] por lo que la falta de renovación en el partido de gobierno, seguida por la misma carencia en los pertenecientes a la oposición, consolida aún más la desviación del sistema democrático hacia formas fingidas, falseadas, vacías de contenido que sirven únicamente para el sostenimiento de estructuras que son funcionales a la corrupción institucional sistematizada[58].

El elitismo de la conducción partidaria que también procura perpetuarse –sea que fuere del oficialismo o de la oposición-, pone al descubierto la evidente indefensión del sistema democrático porque sólo el partido político democrático es el que puede detener los embates del máximo enemigo hoy al acecho: el partido, que ya mencionamos, *"catch all"*. Expresado claramente en la política argentina, con poca originalidad –pero con mucha transparencia de enrolamiento-, como el *"vamos por todo"*.

Por ello la *"alternancia"* empieza adentro del partido político, en su interior, como procura garantizarlo la Constitución Argentina (art. 38 CN), porque es allí donde se da la definición que prevalecerá en el plano general. Es por eso que el conductor que se propone permanecer en el poder más allá de toda regla y normativa que se lo impida, primero procurará excluir toda

---

en Morales Antoniazzi, ob. cit., p. 235.

57. Pérez Guilhou, Partidos políticos…, ob. cit., p. 39.

58. Ver nuestro Desviación de poder como "sistema" y un instrumento necesario: las lealtades personales, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Olivo Rodríguez Huertas y Miguel Ángel Sendín García, comité editorial, Visión actual del Acto administrativo (Actas del XI foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Finjus, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, República Dominicana, 2012, p. 107 a 129.

posibilidad de *"alternancia"* en el régimen interno del partido de gobierno al que él mismo pertenece.

Forzoso es concluir en que primero debe fortalecerse la *"alternancia"* en el interior del partido y luego recién será posible fuera de él. En esta línea, la Junta Electoral de la provincia de Mendoza estableció que *"esta Junta Electoral considera que un Partido político,... tiene pleno derecho, de acuerdo al art. 38 CN y a nuestra normativa constitucional y legal provincial, a establecer limitaciones a las posibilidades de re-reelecciones a postulaciones a las candidaturas a cargos electivos de sus miembros"*[59]. *"La ausencia de la posibilidad clara de alternancia es nefasta para el juego democrático. Los partidos hegemónicos terminan instalándose plácidamente en el poder, relajados, dispuestos a hacer la pesada digestión de sus triunfos electorales"*[60]. Cuando el partido político democrático sacrifica la *"alternancia"* incumple con una de las funciones esenciales que le dan sentido a su existencia y –a la vez- se aparta de los compromisos constitucionales que lo obligan a garantizar la participación de las *"minorías"* y la *"competencia"* interna por los cargos electivos (art. 38 CN).

Debe advertirse que cada vez que se habilite al gobernante en ejercicio a procurar su reelección, éste se propondrá llevar a cabo ese cometido, y se lo fijará como meta desde el mismo día del juramento de su primer mandato. Y todos sus actos de gobierno apuntarán a eso; pues se trata de lo que se ha descripto como el *"acompañante ineludible de los populismos triunfantes"*[61].

C) Alteración del "acceso en condiciones generales de igualdad" a los cargos públicos.

En las reelecciones, sin duda, el candidato –ya funcionario electo antes-, si bien lo intenta, de hecho no priva a los otros de la posibilidad cierta de proponerse para el mismo cargo. Lo que ocurre es que esos otros correrán en clara desventaja.

Ya mencionamos que el mensaje que surge con claridad de los tratados internacionales de derechos humanos es, precisamente, el contrario: la prohibición de toda reelección por quebrantar las *"condiciones generales de igualdad de acceso"* del que deben gozar todos los habitantes[62].

---

59. Junta Electoral de Mendoza, en expediente nº 645, caratulado "Pradines, Roberto Arturo s/ Medida Cautelar", 13 de abril de 2011.
60. Laría, Calidad institucional…, ob. cit., p. 18.
61. Spota, Evolución político…, ob. cit., p. 33.
62. El art. 25 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:… c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Y también en el art. 23 p. 1 c) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que dice: "1. Todos los ciuda-

Acorde a esta línea se ha sostenido que *"en los sistemas políticos, en los que se suponen todos iguales 'es justo también que todos participen de él; y una imitación de esto es que los iguales se retiren por turno de sus funciones'. Son palabras de Aristóteles que con tanta sabiduría reflexionó sobre la política. El principio de igualdad, a no ser que se crea en la aristocracia que hace irreemplazables a los dirigentes, obliga a la periodicidad sin continuidad en el ejercicio del poder para permitir que otros iguales participen de él. Esa es la democracia "no totalitaria" que considera a todos aptos para gobernar y además impide los abusos del continuismo"*[63].

El candidato a ser reelecto se encuentra en una posición de poder; por eso invoca y proclama su libertad para postularse. No en vano nos recuerda Todorov que *"la libertad que reclaman para sí mismos los ricos y los fuertes es una manera de aumentar su poder en la sociedad"*[64]. Y en tanto y en cuanto normalmente encarna una actitud populista, *"prefiere la continuidad al cambio, que es un salto hacia lo desconocido. No es reformador sino conservador"*[65]. En la reelección quien es el fuerte que pretende su derecho a la libertad de postularse es quien está detentando el poder efectivo.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha sostenido que *"La violación al principio de igualdad, que permitiría aludir a discriminación o proscripción, se configura cuando a un sujeto se le niega la posibilidad del acceso al cargo hallándose en la misma situación que otros a quienes ello le es permitido"* y que *"la discriminación o proscripción de un individuo se configura cuando se le prohíbe el acceso a un cargo por razones personales, raciales, ideológicas o religiosas"*[66].

La periodicidad se funda esencialmente en la consideración igualitaria de todos los pretendientes a ejercer la magistratura que se somete a elección. Por esta causa es que, por ejemplo, la Secretaría Administrativa del Mercosur es desempeñada por dos años *"estando prohibida la reelección"* según el art. 33 del Protocolo Adicional del Tratado de Asunción.

Afirma Alberto Spota que *"en el Estado de Derecho el plazo en el mandato, en el ámbito de lo público, hace a la esencia del mandato. Y, debe ser razonablemente breve"*[67]. Por esta razón, la misma igualdad que sustenta el valor del voto de cada ciudadano en el régimen democrático es la que

---

danos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:… c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

63. Pérez Guilhou, Dardo, en Partidos políticos. Desarrollo de las III Jornadas de Derecho Constitucional y Político, Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, 1982, p. 39.

64. Todorov, Tzvetan, Los enemigos íntimos de la democracia, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, buenos Aires, 2012, p. 103.

65. Todorov, ob. cit., p. 151.

66. Voto del ministro Bossert en la causa "Ortiz Almonacid, Juan" del 13/03/1999, Fallos 322:385.

67. Spota, Alberto Antonio, Origen y naturaleza del poder reformador en un sistema de constitución rígida. El art. 30 de la Constitución Nacional, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, La Reforma constitucional argentina 1994, Buenos Aires, 1994, p. 26.

sustenta la igualdad de aspiraciones al desempeño del cargo electivo y para que esa igualdad se realice efectivamente los mandatos deben ser cortos y debe evitarse la reiteración del que ya desempeñó la función.

1. El manejo de la información pública y de la publicidad oficial.

Desiree Salgado demuestra cómo la participación de quien está en el poder afectará necesariamente el principio fundamental, de rango constitucional y –como vimos- supraconstitucional, de igualdad en la disputa electoral para el acceso al poder[68]. Pues, inevitablemente, el gobierno y sus poderes públicos no serán neutrales –pues el candidato es *"suyo"*-, y empleará su poder económico, aunque de un modo solapado, en favor del aspirante a la reelección. Eso quiere decir que contará con una ventaja superlativa frente a los otros posibles contendientes en la puja electoral.

Pues dispondrá de medios muy poderosos que lo colocarán en notable desigualdad sobre sus competidores eventuales, en la medida en que empleará en su favor los recursos del Estado, y todo lo que se presente a su alcance, ya que *"las elecciones siguen ofreciendo una imagen democrática, pero el uso partidista de los recursos del Estado y otras formas de acoso popular sobre los adversarios políticos, reducen al mínimo las posibilidades de una expresión política pluralista"*[69].

Baste un solo ejemplo. El Gobierno federal argentino, según el proyecto enviado al Congreso Nacional, ha destinado en su presupuesto para este año 2013 –que es un año *"electoral"*[70]- un gasto de más de mil quinientos millones de dólares en comunicación y publicidad oficial; podemos decir que ese es el monto que será objeto de *"reparto"* discrecional[71] mediante contratos de servicios entre las empresas periodísticas, vulgarmente denominadas *"los medios"*. Una suma sideral imposible de alcanzar –en escenario hipotético alguno-, para sus competidores electorales. Una capacidad de contratación que está fuera de todo control razonable desde el punto de vista político institucional.

Cada proceso electoral donde se admita la participación de quien está ejerciendo actualmente el cargo que se somete a elección, con mayor

68. Salgado, Eneida Desiree, Princípios constitucionais eleitorais, prefacio de Romeu Felipe Bacellar Filho, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 179-180.
69. Laría, La religión…, p. 401.
70. Pues en él se desarrollarán elecciones legislativas, diputados y senadores nacionales y provinciales, y concejales municipales, en todo el país.
71. La poca transparencia en el manejo de los fondos en el rubro de la publicidad oficial por parte de organismos públicos fue puesta en evidencia en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 917. XLVI, caratulados "Asociación Derechos Civiles c/ Estado Nacional - PAMI - (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986". En igual sentido, y más concretamente en publicidad oficial, la misma Corte Suprema se pronunció en "Editorial Rio Negro SA c/ Neuquén" (Fallos: 330:3908).

intensidad si se trata del Poder Ejecutivo en un sistema presidencialista, convalida una situación de desigualdad objetiva en ventaja de quien detenta esa posición de privilegio en la competencia electoral.

Puede admitirse el argumento de que igual situación de ventaja ocurre cuando no participa el mismo funcionario y sí lo hace un miembro de su partido político, en calidad de candidato *"oficial"*. Es verdad, es inevitable en nuestro sistema de partidos políticos, pero –de todos modos- no es la misma persona. Y el riesgo más grave, ya dijimos en el punto anterior, es el del *"personalismo"* y en este supuesto, aunque se desplace dentro del mismo partido político, el sujeto será otro distinto y la *"alternancia"*, aunque morigerada, estará asegurada. Por esta razón, muchas veces, la lucha más enconada del titular del poder, que pretende perpetuarse, es enfocada hacia sus posibles rivales internos del mismo partido.

2. El Estado protagonista.

Nuestro Estado moderno, que ha abandonado la actitud prescindente del *"laissez faire"* y que ha suscrito numerosos tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido a llevar adelante las medidas activas de intervención necesarias para poner en vigencia los derechos reconocidos como fundamentales para un nivel adecuado y digno de vida, requiere de gobiernos intervencionistas; no prescindentes.

Pues, se ha sostenido con acierto, que *"el estado constitucional debe responsabilizarse de que los derechos fundamentales puedan llegar a ser ejercidos realmente por muchos y no sólo por unos pocos privilegiados"*[72]. Por esta razón es que aun las escuelas más liberales hoy admiten que *"el liberalismo moderno, pues, no se opone 'en principio' a la intervención del Estado en la economía sino solo en 'casos concretos y particulares'"*[73].

En el ámbito de este Estado protagonista, que aun en los países pretendidamente más liberales del mundo lo muestra con fuertes medidas de proteccionismo o de subsidio directo a sus empresas, como es el caso de las automotrices asistidas por el gobierno de los Estados Unidos luego de la crisis de 2008 y –en estos días- de los aportes del Estado español a su sistema bancario, la posición del funcionario que aspira a la reelección es aún más ventajosa.

Un estado como el argentino, habilitado constitucionalmente a *"proveer lo conducente a la prosperidad del país"* (art. 75 inc. 18 CN), a *"proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social"* y a *"promover políticas diferenciadas que tiendan a*

72. Häberle, Peter, Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar, Palestra, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, p. 86.

73. Galgano, Francesco, Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales, Ariel Derecho, Barcelona, 1990, p. 35.

equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones" (art. 75 inc. 19 CN), y a *"legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato"* (art. 75 inc. 23 CN), de ningún modo puede considerarse prescindente, sino verdadero protagonista con un grado superlativo de facultades depositadas en quien promulga y desarrolla esas políticas en el terreno práctico, que es el presidente.

3. El manejo de facultades extraordinarias por razones de emergencia pública.

Una particular situación agravada de desigualdad se presenta en cada una de las reiteradas condiciones de *"emergencia"* institucional –sea que fuera real o *"autoinfligida"*[74]- en que se sumergen nuestras administraciones, que con frecuencia habilitan al Presidente para el ejercicio de facultades extraordinarias a través de las normativas *"de excepción"*. El cuadro de posición dominante y de ventaja superlativa en favor del detentador del poder en la eventual disputa electoral desembocará sin duda alguna como motor adicional de su reelección.

El estado de excepción, que legalmente posibilita el empleo de facultades extraordinarias por parte del Presidente, como ocurre en el caso argentino desde la Ley 25561 de enero de 2002 –prorrogada en su vigencia por otras sucesivamente hasta diciembre de 2013 por la Ley 26729-, convertía en incompatible a la candidatura de esa misma Presidente a su reelección en 2011.

Con acierto advierte el recordado profesor Eduardo Leonardelli, en su carácter de convencional por el Partido Justicialista, en la Convención Constituyente de la provincia de San Juan de 1986, que *"sin lugar a dudas, nosotros nos preguntamos si resulta gravitante en una provincia el Poder Administrador en un resultado electoral; si el titular del Ejecutivo que gestiona su reelección cuenta con medios de presión suficientes para volcar al pueblo ciudadano, e imponer su resultado. Si en un momento de crisis en que la Administración se convierte en una agencia para compensar el desempleo y se burocratiza enormemente la Administración, evidentemente que el titular del Poder Ejecutivo tiene una gravitación decisiva en el pronunciamiento de fuertes franjas del electorado. Es, entonces, donde surgen las aprehensiones y los debates a este principio de la reelección. Evidentemente, que acá no es una cuestión adversa de fondo, no se la vincula a ningún principio republicano de la periodicidad y de la votación, sino que lo que está en juego es impedir prácticas políticas non sanctas, los tejes y*

74. Término empleado por Héctor Mairal en su conferencia El efecto de la crisis económica en el Derecho, en Aniversario de la Revista de Administración Pública RAP, 23 de septiembre de 2004; también señala el autor que "como nuestro Derecho no distingue entre los distintos tipos de emergencia, cuanto más desordenado es un gobierno más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene".

manejes de los gobernadores o la sentencia palaciega que afectan la pureza del pronunciamiento popular"[75].

Resulta claro y evidente que, entonces, cada vez que se habilita la posibilidad de reelección se sacrifica la igualdad de los competidores en beneficio notorio de quien pretende ser reelecto; y con mayor razón si esto ocurre cuando se encuentra ejerciendo facultades extraordinarias por causa de un estado de excepción por emergencia legalmente declarado.

IX. Alteración de la transparencia del proceso electoral.

No solo la notable desigualdad en la cantidad de recursos económicos a favor de quien pretende la reelección altera la puja por el cargo electoral. También el ejercicio de las competencias administrativas efectivas que, en forma directa o indirecta –formal o informal-, posee el presidente sobre los órganos administrativos que organizan, instrumentan y verifican la realización del proceso electoral le brindan otro factor efectivo de desbalance en su favor en la carrera por la reelección.

En Argentina el proceso electoral es llevado a cabo bajo control de la Justicia Electoral, comandada por una Cámara Nacional Electoral, que forma parte del Poder Judicial de la Nación. Pero los aspectos organizativos y esencialmente operativos, como la impresión de boletas, su reparto material, la distribución de urnas, de útiles necesarios para el acto electoral, están bajo la ejecución de organismos administrativos dependientes del Ministerio del Interior de la Nación, dirigido por un ministro secretario de la Presidencia de la Nación. Es decir, un empleado del mismo aspirante, eventualmente, a la reelección[76].

X. Reflexiones finales.

Hoy vivimos con preocupación democrática y republicana la experiencia de gobiernos fuertemente personalistas en varios de los países latinoamericanos, con distintos grados de poder efectivo sobre sus pueblos, pero con un común denominador de adhesión doctrinaria a fórmulas que llevan a proponerse su permanencia efectiva en el poder por todo el tiempo que les sea posible; y si para ello hay que cambiar los marcos normativos con los cuáles accedieron a su mandato, no existen reparos para intentarlo y llevarlo a cabo.

75. En Tettamanti, ob. cit., p. 18.

76. Ver cómo en el Código Nacional Electoral (19945) la organización del comicio y sus aspectos administrativos están en manos del Director Nacional Electoral según reglamentación del decreto 682/2010.

Los constituyentes deben hacerse cargo del análisis de convencionalidad, de constitucionalidad, de legalidad y de conveniencia que corresponde realizar en cada ordenamiento para resolver cuál es el mecanismo más acomodado a la idiosincrasia de cada uno de nuestros pueblos.

Hecho el estudio profundo de los caminos a tomar, habrá que actuar teniendo presente la recomendación de Loewenstein, que nos recuerda que *"la técnica electoral se ha convertido en nuestro tiempo en una verdadera ciencia por propio derecho que exige de igual manera el arte del jurista y del político, del sociólogo y del psicólogo social, del técnico en estadística y del matemático"*[77], corresponde entonces que no se nos escape alguno cualquiera de esos aspectos.

Tampoco debemos dejar de lado la experiencia de México, donde si bien la evolución de los últimos años evidencia un debilitamiento, podemos considerarlo abanderado en Latinoamérica del *"principio de no reelección"* consagrado por el movimiento revolucionario de 1910-1917 y establecido en el punto cuarto del Plan de San Luis Potosí; lo que ha llevado a considerar que *"el principio de la no reelección se ha percibido, en parte, como base de la estabilidad del régimen y ambos principios se perciben como elementos base para la construcción de la democracia en el país"*[78].

La reelección como método, sobre todo cuando se reitera en su número, se acerca más a la monarquía y a la aristocracia que a la democracia; pues encierra la convicción de una persona líder, o de un grupo esclarecido, de que su ubicación en la sociedad está por encima de los demás integrantes de ella. Que sólo esa persona, o ese grupo, que se considera –y es considerado- superior, puede ser quien conduzca y no otro; ni siquiera del mismo partido. Ese carácter insustituible, providencial, es el que marcó todas las penurias que atrasaron la organización Nacional de Argentina y de muchos de nuestros hermanos latinoamericanos y también las que luego, ya en el siglo XX, dificultaron grandemente su crecimiento.

No ha sido buena la experiencia argentina con las reiteraciones de mandatos constitucionales. Tanto Julio A. Roca como Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón terminaron en procesos revolucionarios que, en el segundo y tercer caso, pusieron fin anticipado a las respectivas segundas presidencias. En el caso de Menem la crisis, inmediatamente anunciada, se desató dos años después.

La posible fortaleza que acompaña al presidente que tiene en vistas la posibilidad de un segundo mandato consecutivo se ve rápidamente com-

77. Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Biblioteca de Ciencia Política, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 337.

78. Flores, Julia Isabel, Omar Alejandre, Miguel Ángel García y Eliza Osorio Castro, Reelección y democracia: cambios en los valores de la población, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Revista Mexicana de Derecho Electoral, núm. 2, julio-diciembre de 2012, pp. 467-490, México, D. F., p. 477.

pensada por la debilidad que lo caracteriza durante su segundo período; por ello en Estados Unidos lo denominan el *"pato rengo"*. De ahí que, en todos los casos, el segundo mandato es planteado en un entorno de fuerte presión para la modificación constitucional que posibilite un tercero. Esa sola impronta aporta algún grado de poder y de postergación de toda planificación de futuro más allá del líder detentador del poder. Pero es un juego de corto plazo, que perjudica directamente ese mismo futuro y que, de ser triunfante, obliga necesariamente a la reiteración del planteo para una cuarta y –luego- quinta reiteración.

La construcción de políticas de estado, de procesos previsibles que aporten seguridad jurídica, que fortalezcan las instituciones de nuestras democracias, que permitan enfrentar los desafíos de la globalización y –muy especialmente- el problema estructural de nuestra corrupción, exigen la *"alternancia"* en la conducción de los partidos políticos y en el poder ejecutivo. Por ello, la reelección es decididamente inconveniente, pues no nos acompaña en ese rumbo que hoy es, más que necesario, ¡inevitable!

Chacras de Coria, 9 de enero de 2013.

El nombramiento y la rendición de cuentas de los jueces[1]

Sir Jeffrey Jowell QC

Decano, Embajador, Colegas, estudiantes:

Tengo el gran honor de estar aquí en Panamá. Esta ciudad francamente me ha asombrado. Aparte de su belleza, y de la calidez con la que me han recibido, estoy profundamente impresionado con la variedad de actividades comerciales, financieras y otras, que se realizan a escala mundial.

La historia ha mostrado que para alcanzar esto de forma sostenible, un país necesita una muy sólida infraestructura de *rule of law* y es ese el tema que abordaré hoy.

No estoy aquí para prescribir qué podría estar mal en este país, o para sugerir soluciones. Simplemente indicaré, sobre la base de la experiencia comparada, algunas de las vías que en otros lugares han permitido alcanzar o no, instituciones jurídicas sostenibles.

Me concentraré en el nombramiento y rendición de cuentas de los jueces ("magistrados" como ustedes les llaman, pero les ruego me perdonen si utilizo la expresión jueces). Ese tema necesita primero ser ubicado en el contexto del importante principio constitucional del *rule of law*.

I. El *Rule of Law*

Me apoyaré en el recuento que Tom Bingham hace sobre el tema en su muy accesible libro *The Rule of Law*, publicado en 2010, poco antes de su muerte. Lord Bingham, en cuyo nombre se designa al Centro que yo dirijo, el *Bingham Centre for the Rule of Law*, fue probablemente el más excepcional juez de su generación en el Reino Unido, y alguien universalmente admirado por su humanidad y por su creencia en la igual dignidad de los hombres.

La mayor contribución de Bingham fue demostrar dos cosas respecto del *rule of law*. Primero, que no es un principio sólo para Occidente, o para los países desarrollados. Contiene principios de buen gobierno y de respeto para la igual dignidad humana que aplican en todos los países. Segundo, que no es un concepto vago. Bingham desagregó el *rule of law* en sus componentes, o "ingredientes", que son prácticos, comprensibles y altamente específicos.

1. Conferencia ofrecida en la Universidad de Panamá, el 14 de noviembre de 2013. Traducción: Salvador Sánchez González. Se deja constancia de la colaboración en la traducción de Jennifer Mossack.

Permítanme ahora mostrar cuál es la esencia del *rule of law*, e ilustrar lo específico y universal de sus rasgos:

- **Legalidad.** El primer elemento del *rule of law* es que debe existir un gobierno de leyes y no de hombres. En otras palabras, que vivimos banjo un sistema de derecho y no de decisiones de un tirano que está por encima de la ley. Las decisiones de las autoridades públicas necesitan estar autorizadas por la ley.

- **Seguridad Jurídica.** Segundo, la ley misma debe ser accesible, cierta y predecible. Esto significa que no será aplicada retroactivamente. Es importante que la gente obtenga una adecuada advertencia de lo que señala la ley, de forma que puedan planear sus actividades con confianza. Eso no significa que no habría discrecionalidad administrativa. En la sociedad moderna la discrecionalidad es necesaria para que el Estado realice un número de tareas regulatorias y para el bienestar. Sin embargo, la discrecionalidad debe ella misma ser controlada por principios de buen gobierno.

- **Igualdad.** Tercero, la ley debe ser aplicada con igualdad. Ninguna persona debe estar fuera del alcance de la ley. El rico y el pobre, el poderoso y el marginado: todos deben ser tratados con igualdad bajo la ley.

Los elementos del *rule of law* arriba mencionados se enfrentan a la naturaleza de la ley y de la ejecución de la ley. Pero no es todo. Un concepto de *rule of law* que contenga únicamente esos elementos sería un concepto estrecho, bajo la cual cualquier ley, sin importar que tan mala sea (por ejemplo, una ley que instituyera la esclavitud) pasaría la prueba del *rule of law*. Sin embargo, eso sería un gobierno con el derecho, no el gobierno del derecho, para lo cual se requiere también de los siguientes elementos:

- **Acceso a la justicia y a los derechos.** Cuarto, el *rule of law* permite impugnar las decisiones tomadas. Este aspecto permite a todos tener acceso a los derechos. Esto es fundamental; independientemente del grado de legalidad y de seguridad jurídica que pueda existir, si un individuo no es capaz de desafiar al gobierno y hacer valer sus derechos, incluidos los derechos humanos, no puede entenderse alcanzado el *rule of law*. De hecho, podría decirse que quizá el rasgo más definidor de un Estado basado en el derecho es que una persona bajo el *rule of law* tiene la oportunidad de

desafiar al gobierno a cargo con un expectativa razonable de éxito en un caso apropiado.

- **Juicio justo.** Quinto, en orden de asegurar la expectativa razonable de éxito ya mencionada, debe haber un juicio justo o debido proceso.

- **Independencia Judicial.** Finalmente, el juicio justo debe realizarse ante un órgano judicial independiente. El fallo no debe estar predeterminado por un juez que no es imparcial ni independiente. La corte no sólo debe ser independiente, sino que también debe aparentarlo. Como se dice, "la justicia no solo debe ser hecha, sino parecer que ha sido hecha", para ofrecer a los litigantes y al público la confianza en la imparcialidad del sistema judicial.

El resto de esta conferencia abordará este último aspecto del *rule of law*: la independencia judicial. Se preguntarán qué sistema de designación de jueces podría asegurar mejor que toda persona que sea parte en una disputa pueda creer que su caso será decidido de acuerdo con la ley y los méritos de su reclamo; que dado que los jueces deben estar genuinamente abiertos a la persuasión y no influidos indebida o injustamente por:

- Otras ramas del gobierno o por políticos
- La lealtad de un juez hacia un partido político en particular
- Otros jueces en la corte.
- Cualquier otro sesgo personal contra el litigante.
- Sistemas de designación judicial e independencia.

Existen un número de modelos de nombramiento de los jueces. ¿Cuál es más probable de alcanzar el tipo de independencia e imparcialidad a las que me he referido arriba?

1. **Elección popular.** Este modelo es empelado por algunos estados de los Estados Unidos de América. Su propósito es asegurar que los jueces tienen una legitimidad entre la gente y los políticos en el terreno, de forma que son ellos quienes eligen al juez. Su parte negativa es que los jueces son más probablemente elegidos de acuerdo a su ideología política y estarán bajo presión de seguir esa ideología en sus fallos. Estudios en Estados Unidos ilustran que las decisiones tienden a guiarse por los intereses de aquellos quienes financian la campaña del juez electo. Este es el mecanismo más "político" de designar y menos probable de producir una decisión independiente e imparcial.

2. **Designación por el Ejecutivo.** Este modelo es el que ha tenido el Reino Unido hasta 2005, y aún es conservado en algunos países. Bajo este sistema la designación es hecha por el presidente o primer ministro, o por el ministro de Justicia. En el Reino Unido antes de 2005, los jueces eran designados por el ministro quien, ene efecto era nuestro ministro de Justicia, pero que llamamos "*Lord Chancellor*", una antigua y muy británica oficina. Su rol principal era el de asegurar la independencia de la judicatura y asesorar al gobierno sobre la legalidad de sus acciones. Tenía el rol de designar a todos los jueces, lo que hacía a través de lo que era llamado "sondeos secretos", haciendo discretas preguntas a la gente que tenía experiencias de primera mano sobre el juicio de un candidato. El sistema fue de hecho escrupulosamente justo e imparcial y produjo jueces independientes. Pero no se veía justo. La apariencia era que un miembro del Gobierno (quien además, incidentalmente, personalmente ocupaba el cargo de juez- aunque en casos no "políticos") y quien se sentaba en el gabinete (aunque casi siempre para asesorar en materia de legalidad) inevitablemente estaría tentado a designar jueces favorable a su Gobierno y a su partido. Así que el sistema fue cambiado en 2005 a un sistema de designación por una comisión independiente, un sistema que discutiré más adelante.

3. **Designación mixta**. Bajo este modelo los jueces son designados por el ejecutivo (normalmente el presidente) en combinación con alguna otra rama del Gobierno (normalmente el legislativo). Este es el modelo de Estados Unidos, en el que el presidente nomina jueces y el Senado opina sobre la designación. Panamá encaja en este modelo también, para su corte suprema.

Existen variaciones del modelo. Por ejemplo, algunos países requieren que sus jueces sean designados de acuerdo a una fórmula, digamos, un tercio por el presidente, un tercio por los jueces –normalmente en la corte suprema-y un tercio por el legislativo. Este es el modelo para un número de países, en Europa del Este, Japón, etc.

4. **Designación por el legislativo.** Bajo este modelo, el legislativo en solitario designa a los jueces (al menos a algunas de las cortes). En Alemania, por ejemplo, su corte constitucional es designada a través de un sistema en el que un candidato debe ser nominado por ambas cámaras del parlamento y aprobado por mayoría de dos tercios.

5. **Designación por los propios jueces.** Bajo este modelo los jueces efectivamente se reproducen a sí mismos. Bajo el modelo de la India, la Corte Suprema nomina a los sucesores de los jueces que abandonan la corte por retiro o cualquier otro motivo. Entiendo que en Panamá los jueces de tribunales inferiores son designados por las cortes superiores. En Israel la Corte Suprema debe ser "consultada" sobre la designación de sus miembros.

6. **Comisiones Independientes** Este sistema de designación judicial está encontrando cada vez mayor aceptación. La Constitución de Suráfrica de 1996 cambió a este sistema porque los jueces designados por el régimen de apartheid previo eran vistos como contaminados por su designación por el anterior gobierno. Nuevamente aquí, hay variaciones del modelo. En Suráfrica la Comisión de Servicios Judiciales, como es llamada, contiene miembros designados por los jueces, los profesionales del derecho, incluyendo un representante del ejercicio académico de la profesión legal, y miembros del legislativo (quienes están en mayoría, pese a que algunos provienen de los partidos de la oposición).

En el Reino Unido no hay miembros políticos en la Comisión de designaciones judiciales, como es llamada, y que tiene una mayoría de abogados y un puesto par una persona que no sea abogado.

Bajo ambos sistemas, el de Suráfrica y el del Reino Unidos, la designación real del juez es hecha por el presidente o el ministro de Justicia respectivo, por recomendación de la Comisión, pero deben dar razones para el rechazo de un candidato y eventualmente, en la práctica, aceptan la recomendación de la Comisión.

II. Evaluación de los modelos de designación

Existen ventajas y desventajas a todo sistema de designación, pero la tendencia conduce rápidamente a un sistema de designación en el estilo de las comisiones independientes, que asegura los medios más objetivos para la designación, y por lo tanto, independencia judicial tanto real como aparente. España, Irak, muchos otros países en la Antigua Unión soviética y en la Mancomunidad británica (Commonwealth) se han movido hacia ese sistema por esa razón.

Por otro lado, existen algunos aspectos de los otros modelos que tienen su atractivo. Quizás la elección de jueces no deba ser favorecida por

aquellos que no quieren sus cortes actuando en un modo "político". La designación de jueces es criticada actualmente en India, sobre la base de que los jueces tienden a reproducirse a sí mismos, y a perder contacto con la gente.

Pero la designación por el legislativo o el ejecutivo, íntegramente o en combinación con otros métodos, puede al menos asegurar la legitimidad de esas ramas del Gobierno que deben rendir cuentas ante los jueces. Esto es especialmente así cuando la corte suprema es vista como que juega un rol más político, como la Corte Constitucional de la Federación Alemana. Por otro lado, nosotros debemos recordar el famoso caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando la Corte debió determinar si el Sr. Bush o el Sr. Gore debían ganar la elección presidencial y los jueces que fueron designados por un presidente republicano todos fallaron a favor del candidato republicano, Mr. Bush y aquellos designados por un presidente demócrata fallaron a favor del candidato demócrata, Sr. Gore.

En el Reino Unido, se siente que los intereses de la justicia no son promovidos por la "politización" de lo judicial. El cambio hacia una comisión independiente ha probado ser exitoso.

Los aspirantes a jueces quedaron consternados inicialmente por tener que aplicar a esas posiciones, y los jueces en ejercicio eran reacios a proponerse a las cortes superiores para obtener ascensos. Ellos estaban acostumbrados a "*recibir palmadas en el hombro*" de alguien que conocía y comprendía sus habilidades. Pero ellos se han acostumbrado a esto ahora, y al proceso de entrevistas que le sigue.

Tomado en su totalidad, la calidad de las designaciones ha sido tan buena como antes; las cortes en sí empiezan lentamente a ser más diversas (mas mujeres y miembros de minorías están siendo designados, como es requerido, pese a que el mérito sigue siendo el único criterio de la designación) y el público está abiertamente más tranquilo por el hecho de que los jueces no se ven como agentes de aquellos que los designan.

III. Conclusión.

Permítame enfatizar que cada institución de un país debe ajustarse bien a su cultura y a crecer naturalmente, en su ambiente particular. Así, no me corresponde predicar o exigir una solución para Panamá que no esté de acuerdo a su cultura local, historia y tradiciones.

Por otro lado, como muestra la experiencia del Reino Unido, un sistema debe, si es posible, tenerse suficiente confianza para examinarse a sí mismo de tiempo en tiempo, de forma que pueda asegurar la entrega de Justicia genuina y alcanzar los elementos cruciales del *rule of law*.

La posposición de la entrada en funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio: una visión desde los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación

Victor Atencio G.

I. Introducción

Recientemente la República de Panamá ha adelantado un importante ejercicio de adecuación de su normativa penal sustantiva y adjetiva. La expedición de un nuevo Código Penal, al cual se le han incorporado tipos penales como la tortura, desaparición forzada, crímenes contra la humanidad, conforme a estándares internacionales, y en cumplimiento de buena fe de sus obligaciones internacionales dan muestra de ello. A eso abunda la Ley No. 63 de 28 de agosto de 2008 y sus modificaciones.

La precitada Ley marca el inicio del Sistema Acusatorio en Panamá, mismo que a través de garantías, ventajas y novedades, pretende brindar a los usuarios un enfoque garantista y democratizador en el marco de la jurisdicción penal, estableciendo diferencias respecto del anterior sistema inquisitivo mixto (ver Anexo I).

Empero la apuesta era alta. Razones culturales, presupuestarias y de otra índole se adujeron para tomar la decisión (en su momento considerada como razonable) de implementar de manera progresiva el sistema[1].

Así se hizo una programación para la entrada en vigencia espacial (Ver Anexo II), la cual quedó truncada, en el caso del Tercer y Primer Distrito Judicial con la vigencia de la Ley No.8 de 6 de marzo de 2013[2].

Ello ha provocado reacciones de la sociedad civil[3] y motivo la presentación de una demanda de inconstitucionalidad en atención a que la posposición de la entrada en vigencia del sistema acusatorio establecía una distinción discriminatoria fundada en aleatorios criterios geográficos.

En ese sentido, la ocasión generada por la invitación a la reflexión académica en la materia, le brinda un valor adicional al curso sobre el sis-

1. A diferencia de países pioneros como Guatemala, en donde a mi juicio, fundamentados en la visión tradicional de la vigencia temporal y espacial en toda la jurisdicción del Estado Soberano que emite la norma, se adentraron a aplicar el sistema acusatorio a favor de todas las personas (sin distinción geográfica) Sujetas a la jurisdicción de ese Estado

2. Disponible en http://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2010/2013/2013_601_3147.PDF

3. Alianza Ciudadana Projusticia. Comunicado: Posposición del Sistema Penal Acusatorio. 25 de febrero de 2013. Disponible en http://www.alianzaprojusticia.org.pa/detalle.php?cid=6&id=122

tema acusatorio al que acudí gracias al Ministerio Público[4], pues permite abordar de manera científica (y de ser menester critica) un asunto, que debe ser atendido así pues de lo contrario la no revisión de la decisión de posponer la implementación, implicaría un ejercicio vacío de autocomplacencia institucional respecto de la dirección tomada, lo cual no sería cónsono con las posiciones externadas por la Titular del Ministerio Publico[5].

Siendo así, es menester ahondar en el tema de la no discriminación, a través del análisis de las interpretaciones autorizadas que al respecto ofrece el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Si bien existen jurisprudencias que abordan el tema en esta oportunidad, dada la premura del tiempo, nos limitaremos a usar en esta oportunidad los insumos que brindan interpretaciones autorizadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contenidas en las opiniones consultivas de la CrIDH, particularmente la OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 relativa a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Considero fundamental precisar que los contenidos de sendas opiniones consultivas[6] los estimo medulares, pues se trata de reflexiones respecto de la no discriminación y la igualdad ante la ley cuyos alcances se piensan en atención a las realidades de protección de personas que pertenecen a grupos vulnerables o se enfrentan a situaciones de especial desigualdad frente al Estado.

Ello resulta importante en contextos como el que nos ocupa, es decir, en el marco de la vigencia o no de una norma que viene a brindar una mayor protección a personas respecto de las cuales el Estado puede ejercer exorbitantemente su soberanía, ya sea porque los mantiene privados de su libertad (en atención a una medida cautelar personal o por una condena),

4. Dictado en Universidad Especializada de las Américas (UDELAS). Todo el escrito gira en torno a reflexiones de argumentos que escuche en dicho curso, los cuales me preocuparon y por tanto, no quise dejar sin respuesta.

5. Al respecto la Procuradora General de la Nación, Ana I. Belfon V. sostuvo:

"La procuradora general de la Nación, Ana Belfon, aclaró que el Ministerio Público (MP) no solicitó la posposición del sistema penal acusatorio en cinco provincias y dos comarcas.

…Belfon señaló que tampoco existe ninguna relación con su llegada al MP con la solicitud que se hizo de posponer por dos años la implementación de ese sistema legal.

La jurista enfatizó que esa petición fue una iniciativa que surgió del Órgano Ejecutivo y frente a esa decisión "institucionalmente la asumimos"

CAPACITACIÓN

Belfon, quien aseguró que cree en el sistema penal acusatorio, destacó que el país no está del todo preparado para su implementación". (Resaltados nuestros)

Consultar la nota "Belfon aclaró que el MP no pidió posposición del sistema penal acusatorio", publicada en el diario La Prensa el 12 de marzo del 2013. Disponible en http://www.prensa.com/uhora/locales/sistema-penal-acusatorio-belfon-ley-posposicion-ministerio-publico/162754

6. Centrándonos en la OC-18 pues recepta adecuadamente los avances externados en la OC-17.

manteniendo por tanto su **posición especial de garante**[7], o bien porque se encuentran sometidos a los rigores de una investigación o proceso penal, contexto este donde se pueden presentar vulneraciones a las obligaciones de respeto (negativas) y/o garantía (positivas) a los derechos humanos. Pasemos pues a analizar estas obligaciones conforme las analiza la CrIDH en la Opinión Consultiva *in examine*.

II. Obligaciones de Respeto y Garantía

Las obligaciones generales de respeto y garantía están contenidas en los artículos 1.1 y 2 (obligación de adoptar disposiciones de derecho interno). Aquella disposición establece el compromiso de los Estados Partes "a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio **a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción**". (Resaltado nuestro)

Estas son obligaciones que deben cumplirse de buena fe, conforme al objeto y fin del tratado, apostando a garantizar su efecto útil. En ese sentido la CrIDH señalo en la Opinión Consultiva 18 que:

> "77. …En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. **Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas** (principio del *effetutile)*. **Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención**. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención". (Resaltado nuestro)

7. El tema de la posición de garante ha sido analizado en múltiples jurisprudencias de la CrIDH. Pensemos en una de las más recientes en donde la CrIDH ha sostenido esta obligación que usualmente recae en hombros del Ejecutivo, no obstante es extensible a otros Órganos de Poder del Estado:
"135. …Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia".
Consultar al respecto CrIDH, Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas).

En el mismo sentido el Tribunal ha señalado que:

> **"[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas** y **prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas** y el desarrollo de prácticas **conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías**". (Resaltado nuestro)

En ese sentido es importante mencionar la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que es citada por la CrIDH en la precitada Opinión Consultiva, en el sentido de que lo conducente a esta obligación general positiva es tomar medidas que garanticen el goce y ejercicio de los derechos a todas las personas sujetas a la jurisdicción nacional (máxime a los llamados a ser beneficiarios de la misma):

> **"**79. …**El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a <u>garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción</u>**. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. […]". (Resaltado nuestro)

Por tanto tomar medidas que excluyan a personas sujetas a la jurisdicción estatal del goce y ejercicio de los derechos y libertades no solo es contrario a las obligaciones generales, sino que puede devenir en discriminación. Este extremo lo analizaremos a continuación.

III. La Igualdad ante la Ley y la no discriminación

La CrIDH ha sostenido en la Opinión Consultiva 18 que:

> "83. **La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos**. **El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Este**

Tribunal ha indicado que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio".

84. **En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.**

85. **Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.** El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional". (Resaltados nuestros)

Vinculado con la obligación negativa de respeto, y la positiva de garantía la CrIDH sostuvo que:

"88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. **Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio** y de combatir las prácticas discriminatorias". (Resaltados nuestros)

Establecida esta precisión era menester determinar cuándo una distinción o no podía ser considerada discriminatoria. En esta Opinión Consultiva, la CrIDH cita a la Corte Europea de la siguiente manera:

"89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". En este mismo sentido, **la Corte Europea de Derechos Humanos,** basándose en "los principios

que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", **advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable**". **Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran"**.

Este extremo, el de la discriminación positiva o la aplicación de medidas positivas de garantía en perjuicio de grupos históricamente discriminados será retomado más adelante.

Asimismo la CrIDH vuelve a citar a la Corte Europea de Derechos Humanos para decir, en materia de igualdad ante la ley que:

"Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que **el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable**. **La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo**: el artículo 14 (art.14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo".

Finalmente y para ir cerrando el círculo, tomando en consideración la naturaleza *iuscogens*[8] de la no discriminación (lo que implica que está en el mayor nivel jerárquico de las normas de derecho internacional[9]), debemos indicar que:

8. Ver el párrafo 101 de la OC-18.

9. Ello conlleva a la nulidad de las normas internacionales de menor jerarquía incluidas las insertas en tratados, y conlleva incluso la necesidad de modificar constituciones que contengan normas contrarias a una norma iuscogens. Sobre antecedentes de modificaciones constitucionales en atención a normas inconvencionales se puede encontrar en el caso la Última Tentación de Cristo vs Chile. En cuanto al Sistema Universal, se encuentra la recomendación hecha a Panamá por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el sentido de recomendarle a Panamá modificar el artículo 12 de su Constitución (negar carta de naturaleza en atención a discapacidad física o psíquica) por ser contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta última me consta, pues es resultado de una recomendación planteada por el suscrito en el Informe Sombra que la sociedad civil panameña presento respecto del Informe Nacional planteado por el Estado panameño.

"91. Por su parte, la Corte Interamericana estableció que:

> **[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.** De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, **los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana**". (Resaltados nuestros)

Esto es particularmente relevante en un contexto como el panameño, en donde la suspensión de la implementación progresiva del sistema acusatorio se da en atención a la presentación de un proyecto de ley proveniente del Ejecutivo (lo que parece una intromisión de un Órgano del Estado en los asuntos de otro, extremo que sería arbitrario por ser contrario a la separación de poderes), y a que ello se da, conforme la sociedad civil, sin sustento técnico que justifique la medida[10] (lo que sería una carencia de justificación objetiva y razonable).

IV. La Posición Especial de Garante

Todas las anteriores reflexiones deben concatenarse con la obligación que tiene el Estado de garantizar los derechos de las personas bajo custodia.

Esta suele ser (desde la perspectiva gramatical) una obligación de adoptar medidas (positiva) por parte del Órgano Ejecutivo usualmente.

---

10. El Comunicado de la Alianza Ciudadana Pro justicia de 25 de febrero de 2013 señala:
"1. Representantes de la Procuraduría General de la Nación nos presentaron completos informes estadísticos, pero ninguno planteaba la necesidad de posponer la implementación en el tercer Distrito Judicial (Chiriquí-Bocas del Toro).
2. No existe informe técnico de la Comisión de Alto Nivel para la implementación del Sistema Acusatorio, ni de la Comisión Interinstitucional de Seguimiento y Monitoreo del Sistema Penal Acusatorio, que sugiera la necesidad de posponer la aplicación gradual y mucho menos por un término de dos años.
3. La última vez que se reunió Comisión de Alto Nivel para la implementación del Sistema Acusatorio fue en el mes de julio del 2012.
4. Ni el Ministerio Público ni el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (IMELCF) han pedido la posposición en Tercer Distrito Judicial".

No obstante, en atención a las aristas del caso bajo análisis, por supuesto puede implicar una obligación negativa o de respeto.

Pensemos que las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana (que incluyen el derecho a la defensa), leídas conjuntamente con el articulo 25 y el 1.1 y 2, implicarían la obligación del Órgano Ejecutivo de no presentar proyectos de ley que impliquen la vulneración del debido proceso y demás garantías procesales de los privados de libertad, en atención a criterios territoriales aleatorios que establezcan una discriminación arbitraria, irrazonable, e injusta respecto de los justiciados que se encuentren en una o en otra provincia donde el sistema acusatorio tenga o no vigencia.

Ello conllevaría también la obligación del Órgano Legislativo de no dar trámite al proyecto, ni remitirlo posteriormente de 3 debates al Ejecutivo para su sanción.

Una conducta de esta naturaleza comprometería de forma agravada la responsabilidad internacional de Estado, máxime si el recurso efectivo que debe subsanar estas violaciones no reconozca en una sentencia la discriminación que la vigencia de la norma que pospone la implementación del sistema acusatorio supone, y sobre todo si ello no se da en plazo razonable.

Asimismo plantearía la posibilidad de usar medios más expeditos como lo sería el Habeas Corpus Correctivo Colectivo[11], reconocido en nuestra Constitución en casos en que se vulnere la integridad personal y el derecho a la defensa[12]. Ello aceleraría las circunstancias de acceso al sistema interamericano, en lo que atañe al agotamiento de recursos internos en caso de dilación excesiva para la adopción del fallo, y porque no evidenciaría la existencia de un patrón de conducta estatal extensible ahora al judicial, contraria a la implementación sin consecuencias discriminatorias del Sistema Penal Acusatorio.

11. Figura reconocida jurisprudencialmente a partir de las sentencias 12 de marzo de 2009 (visitas conyugales Centro Femenino)y 29 de diciembre de 2011 (Cárceles de Colon) dictadas por la Corte Suprema de Justicia, conforme a las modificaciones al artículo 23 de nuestra Constitución Política en atención a las reformas del 2004.

12. La violación alegada seria del derecho a la defensa, en el sentido de que por ejemplo en el sistema mixto el derecho a la defensa se ejerce a partir de que me notifican para indagarme. EN el acusatorio se da desde el inicio, incluso desde las fases preliminares. Desde ese entonces surten efecto las garantías establecidas en el artículo 8 de la CADH por ejemplo. Adicionalmente en el mixto no existen el juez de garantías quien viene a garantizar en el sistema acusatorio, que se impute solo por las causas de ley (en la audiencia de imputación) y que se me respeten en todo momento mis garantías judiciales y derechos fundamentales. Un Magistrado que leyera este artículo podría oficiosamente conforme ley iniciar la tramitación del Hábeas Corpus. Asimismo conforme competencias legales, la Defensoría del Pueblo podría ejercitar la Acción.

V. Conclusiones y recomendaciones

El análisis jurídico general que acá se plantea, respecto de si la posposición del Sistema Acusatorio implica o no una medida con consecuencias discriminatorias debe analizarse conjuntamente con consideraciones previas relativas determinar la pretendida racionalidad que reviste la implementación progresiva del sistema acusatorio.

En ese sentido conviene cuestionarse respecto de cuál era la finalidad que perseguía la aplicación progresiva, o para ser más explícitos: ¿Quién o quiénes eran los destinatarios finales de los beneficios de la progresividad, o lo que es lo mismo, quienes eran los llamados a beneficiarse con la implementación progresiva con fines garantistas del sistema acusatorio?

Esta no es una pregunta irrelevante toda vez que quiero asumir que en la discusión relativa a la aplicación progresiva del sistema acusatorio, se sopesaron principios propios del sistema (por ejemplo protección de la víctima, garantías a los imputados y procesados) así como sus potenciales beneficiarios (victimas, principalmente pertenecientes a grupos vulnerables).

Al respecto conviene ponderar los resultados de la Encuesta Psicosocial adelantada por la Defensoría del Pueblo desde el año 2003 señala que las personas privadas de libertad en el sistema penitenciario responden mayoritariamente a un perfil que creo puede resumirse de la siguiente manera: **varón, de entre 20 a 35 años de edad, afrodescendiente o indígena** (siendo mayor aquella población[13]) de baja escolaridad, **proveniente de hogar de madre soltera, padre ausente o disfuncional**, con poco acceso a oportunidades laborales.

Esto que en sí mismo revela el fracaso de múltiples políticas públicas, haría pensar que el criterio de aplicación progresiva de carácter geográfico tendería a privilegiar la aplicación inicial en aquellas circunscripciones donde hubiese más ciudadanos de esas características. No obstante se hizo lo contrario, iniciando la vigencia progresiva del sistema acusatorio en circunscripciones territoriales de mayoría de población blanca, suspendiéndose por segunda vez la vigencia en Chiriquí, Bocas del Toro, Colón, Panamá, Darién y GunaYala, es decir en aquellos lugares donde existe la mayoría de la población que reúne el perfil descrito en la encuesta de la Defensoría.

---

13. Lo cual es preocupante si se considera que Panamá es el tercer (3) país de América Latina con mayor cantidad de población jóvenesafrodescendientes y a que el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los Afrodescendientes, en su visita en enero del 2013 señalan que "A pesar de que el censo nacional de 2010 estimo que un 9.2% de la población era afrodescendiente, es obvio que los afrodescendientes componen más de una tercera parte de la población total de Panamá. Respecto de la cita de los jóvenes consultar la nota "Panamá: Tercer país con jovenesafrodescendientes en América Latina, publicada en el diario La Prensa el 19 de noviembre de 2011, disponible en http://www.prensa.com/uhora/locales/panama-tercer-pais-con-mas-jovenes-afrodescendientes-en-america-latina/40925. En lo que concierne al Grupo de Expertos leer la página del PNUD sobre población afrodescendiente en América Latina en http://www.afrodescendientes-undp.org/page.php?page=8

Acá ya me pregunto: ¿esto no sería suficiente para cuestionar la razonabilidad que sustenta la implementación progresiva?.

Ponderemos otro elemento. Se menciona que en el año 2012 el delito de violencia domestica fue el más investigado por el Ministerio Publico. Si fuere posible hacer una relación de qué lugar ha ocupado dicho delito en el *top ten* de delitos investigados por el Ministerio Publico desde el 2007, y de llegarse a comprobar que la violencia domestica (y el femicidio) han estado entre los más investigados, y/o dan muestras de ir en aumento, ¿no hubiere sido razonable iniciar la aplicación progresiva del sistema acusatorio en aquellas circunscripciones donde esos delitos tiene más incidencia, es decir (intuitivamente) Panamá, Colon o Chiriquí[14]?

¿Qué debo concluir en consecuencia de estos 2 ejemplos?

Que probablemente la razonabilidad de la aplicación progresiva obedecía a simples criterios numéricos importantes para los operadores del sistema, no de los beneficiarios. Es decir que tal vez no se pensó de manera garantista, sino pensando en las circunscripciones territoriales que permitieran a jueces y fiscales manejar menos volumen de expedientes para irse acostumbrando al sistema. Me atrevo a sugerir que dicho criterio, de ser cierto, seria de naturaleza claramente discriminatoria y violatoria del principio de igualdad ante la ley, en atención a la no consideración de la protección de personas, que sobre la base del mayor respeto y acceso a garantías y protecciones que el sistema acusatorio brinda, se debía poner a disposición de personas pertenecientes a grupos vulnerables. Es que aquel me parece un criterio razonable y legítimo, pero este último me lo parece aúnmás, siendo cónsono con los objetos y fines del sistema acusatorio.

Así las cosas, cuestionada como creo que está la razonabilidad de la medida de aplicación progresiva desde su origen, solo queda colegir que sendas posposiciones posteriores son irrazonables en forma y fondo, pues generan consecuencias aún más injustas, desproporcionadas, no objetivas, originadas en medidas arbitrarias, que significan una discriminación fundada en aleatorios criterios geográficos, que aparejan una diferencia injustificada de trato entre los justiciables de una y otra región del país, principalmente respecto de quienes reciben una justicia más garantista que las del otro sector en función de la posposición de la continuidad de la vigencia progresiva del sistema acusatorio. Ello puede ser considerado a todas luces, como contrario a la unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Respecto de la tentación de suponer que la falta de la ley puede ser suplida por la actividad garantista de jueces y fiscales con una clara pasión por la justicia, debo advertir la clara discusión que desde Aristóteles y Platón señala la diferencia entre el Gobierno de las Leyes y el Gobierno de los

14. He solicitado las estadísticas para sustentar las hipótesis. No obstante está centralizado su acceso. Empero creo al menos en el 2012 la provincia de Coclé ocupo el segundo lugar en casos de hechos de presunta violencia intrafamiliar investigados por el Ministerio Público.

Hombres. Aquel fundado en Ley y razón, este en pasión e intereses. Así esa tentación que tiende a justificar el estado actual de cosas (posposición) parece una respuesta más hombre de hombres políticos que de leyes, quienes además parecen ignorar las máximas de la prudencia republicana que señala que todo hombre con poder se ve tentado a abusar de él. Ahí es donde se receta el principio de legalidad para hacer frente a las desviaciones del funcionario señalando las consecuencias que dicha conducta impropia apareja.

Esta reflexión no es de poca monta, si la correlacionamos por ejemplo, con la ventaja que supone la separación de funciones del sistema acusatorio, respecto de la no muy clara que existe en el sistema inquisitivo mixto.

Dejo hasta acá mis reflexiones señalando que es menester, conforme a derecho retomar cuanto antes la vigencia del sistema acusatorio en las en las provincias de Chiriquí, Bocas del Toro, Panamá, Darién, Colon y Guna-Yala.

Que ello no debiera requerir de una decisión del sistema judicial, sino de una acción *motu proprio del* Ejecutivo y Legislativo, que debieran inmediatamente dotar los recursos financieros y presentar los proyectos de ley requeridos a fin de retomar la implementación del sistema acusatorio en aquellos lugares donde se han pospuesto.

De lo contrario se mantendrían aquellas situaciones que comprometen la responsabilidad del Estado, fijando claramente los contornos de un patrón estatal contrario a los fines y beneficiarios del sistema acusatorio, y en definitiva de la democracia y su principio de igualdad.

Quedarían así abiertas las puertas a la protección que brinda el sistema interamericano de protección de los derechos humanos o el sistema universal.

Veremos.

Ojala así no sea.

ANEXO
DIFERENCIAS

Fuente: Alianza Ciudadana Pro justicia[15]

ANEXO II

Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio
Procedimiento predominantemente escrito. El Juez se fundamenta en el expediente	Procedimiento oral. El Juez tiene contacto directo con el acusado y la víctima.
Trámites judiciales lentos.	Rapidez en los trámites judiciales.
Confusión de funciones y roles	Separación de funciones
Todos los casos van a los tribunales de justicia.	Métodos alternos de resolución de conflictos.
La víctima participa muy poco y no se la toma en cuenta.	Atención integral a la víctima del delito.
No existe un debido control en el cumplimiento de las sentencias.	Un juez se especializa en el proceso de cumplimiento de las sanciones.

VIGENCIA DEL SISTEMA ACUSATORIO (PROGRESION INICIAL)

Fuente: Órgano Judicial[16]

15. Presentación Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Disponible en http://www.alianzaprojusticia.org.pa/imagenes/pdf/nuevo_sistema_acusatorio6474072.pptx

16. Presentación del Órgano Judicial. Implementación del Sistema Penal Acusatorio. Disponible en http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2011/01/Sistema-Penal-Acusatorio-ptacion-gral.pdf

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Jurisdicción Constitucional[1]

Domingo García Belaunde

El vocablo "jurisdicción constitucional" está compuesto de dos voces claramente diferenciadas y que tienen larga data. La "jurisdicción" es un atributo del Estado para decir el derecho, es decir, declararlo, aplicarlo y hacerlo efectivo, referido generalmente a conflictos, diferencias o acciones que buscan la paz social. Así entendida lo ha sido desde Roma, si bien es relativamente nuevo el hecho de que ella esté atribuida o entregada a un cuerpo o ente judicial. Por otro lado, lo "constitucional" también es nuevo, pues las primeras constituciones se dan recién a fines del siglo XVIII con la llamada revolución atlántica y que aparece en dos documentos celebres: la Constitución de los Estados Unidos de 1789, precedida por la declaración de independencia de 1776, y la Constitución francesa de 1791, que siguió a la Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano de 1789. Pero la conjunción de ambas voces solo ocurre después, cuando Europa adopta el modelo jurídico de Constitución y deja de lado el modelo político que lo acompañó en todo el siglo XIX. Aparece así el concepto de "jurisdicción constitucional" primero en Francia y de uso extendido - si bien por poco tiempo - y luego en el mundo germano, por iniciativa y gestión de Kelsen. En efecto, la Quinta Conferencia Alemana de Profesores de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena los días 23-25 de abril de 1928, está dedicada a la "jurisdicción estatal" y es ahí donde Kelsen presenta una larga como meditada ponencia sobre el tema que, curiosamente, no tiene título alguno. Pero el tema central de Kelsen va a ser doble:

a) por un lado llamar la atención de que lo que está en juego es la "jurisdicción constitucional", o sea, la defensa jurídica de la Constitución, y

b) que para ello lo mejor, vistas las circunstancias de la época, es un órgano ad hoc que es un Tribunal Constitucional, del cual

1. Atendiendo el pedido de mi buen amigo Salvador Sánchez, envío este artículo para el homenaje que se prepara a la memoria de César Quintero, a quien tanto conocí y traté durante largos años. Quintero era hombre fino, cordial, culto y con sentido de la realidad. Pese a la diferencia de edades, me sentí siempre a gusto con él y me orientó en mis afanes por conocer cosas nuevas. Lo vi muchas veces y lo visité en Panamá otras tantas. Conservo parte de la correspondencia que cruzamos entonces, que no hace más que recordar la gratísima figura que fue César Quintero, su gran calidad humana e intelectual. Hubiera querido preparar algo especial recordando al amigo entrañable, pero el tiempo me ha vencido. Entrego pues este artículo, una voz dentro de un diccionario en preparación, que trata sobre un tema que le era muy grato (D.G.B.)

el más notable que existía en ese momento era el austriaco, del que era juez y relator en aquel momento y al cual había contribuido a crear.

Este texto de 1928 es, sin lugar a dudas, un clásico que habrá de tener larga influencia, pero no en la versión alemana, que se publica en 1929, sino en la versión francesa que, traducida por su discípulo Charles Eisenmann se publicará en 1928, arreglada y con título especifico:"La garantía jurisdiccional de la Constitución". En su traducción, si bien fidedigna, Eisenmann se tomó, sin embargo, algunas licencias: Kelsen uso en la versión alemana el concepto "jurisdicción constitucional" y Eisenmann, seguramente sin entender mayormente la diferencia, utilizó indistintamente dos vocablos: jurisdicción constitucional y justicia constitucional como si fueran sinónimos. Aquí, pues, se introdujo la primera distorsión, explicable en el contexto francés, en donde se hablaba de administración de justicia, justicia civil y otras por el estilo.

Ahora bien, Kelsen sin lugar a dudas dio un paso audaz y renovador y puso las bases de una futura disciplina que él no alcanzó a diseñar. Así, el concepto de jurisdicción constitucional se sigue usando, pero por influencia de la versión francesa se empleó también lo de "justicia constitucional" como algo equivalente. Y curiosamente, ambas se usaron indistintamente hasta que a mediados de la década del sesenta del siglo pasado, empezó a predominar el de "justicia constitucional" sobre todo en Francia, Italia y España, no así en los países germanos. Por muy explicables motivos esta cuestión pasó a la América Latina, en donde se usaban ambas y también las de "control constitucional", "defensa de la Constitución" y otras parecidas.

Lo que pasó luego es curioso. Un joven pero promisorio profesor de Derecho Procesal, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, conocedor de las grandes corrientes del procesalismo científico, sobre todo el desarrollado en Alemania e Italia – Francia andaba muy atrasada en esto – pergeñó, si bien en forma algo dubitativa, la existencia de una justicia política, justicia constitucional y también de una nueva disciplina llamada "derecho procesal constitucional". Así lo expuso en su Programa del Curso de Derecho Procesal de 1933, que dictaba en la vieja Universidad de Santiago de Compostela. Y más tarde, con motivo de su largo exilio lo terminó de fijar y precisar en publicaciones hechas en Buenos Aires, durante los años 1944-1945. Y lo reiteró en México en 1947, a donde viajó para enseñar en la UNAM y en donde permaneció más de 30 años. El tema, sin embargo, no le atrajo del todo pues no lo vuelve a tocar sino muy esporádicamente, dedicándose más bien a difundir la nueva ciencia del proceso en un medio académico como el mexicano, que lo desconocía.

Fue uno de los discípulos de Alcalá-Zamora y Castillo quien recogió la posta: Héctor Fix-Zamudio. Y quien dedicó al tema su tesis de licenciatura: "La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana" que publica en 1955, en muy corto tiraje y la defiende en 1956. Su difusión se hará en forma parcial hasta que lo recoge íntegramente en un libro que publica en 1964 junto con sus otros ensayos de la época: "Juicio de Amparo". A partir de ahí es que recién se da la consolidación científica del "derecho procesal constitucional" que, como es obvio, envuelve o desarrolla la jurisdicción constitucional, al igual que el derecho procesal civil desarrolla e incluye la jurisdicción civil.

Hoy en día, por lo menos en el Occidente europeo - salvo excepciones - y en nuestra América Latina es pacifico el uso de estos términos, si bien en Europa hay la tendencia - no definitiva - de emplear el de "justicia constitucional". En América Latina hay preferencia por el uso de "jurisdicción constitucional", con tendencia a englobarlo en una disciplina que pertenece al derecho público y además de carácter procesal: derecho procesal constitucional. Si bien la parte teórica y de fundamentos no anda del todo clara ni es pacífica.

En el caso concreto de Italia, la "justicia constitucional" se enseña en las universidades con ese nombre e incluso hay doctorados y cantidad de manuales. Por tal se entiende lo que hace la Corte Constitucional italiana y nada más.

La jurisdicción constitucional nació en un momento para proteger la pirámide jurídica, o sea, la jerarquía normativa, pero luego se amplió a los derechos fundamentales, dependiendo esto también del modelo o sistema que cada país ha creado o adoptado. También esto tiende a ser supranacional, pero entiendo que cuando trasciende las fronteras del país, estamos ya en un derecho distinto, como es el derecho internacional, que puede ser sustantivo o instrumental (procesal). En nuestro caso, son conocidos, en caso de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, con sede en San José, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Existen otro tipo de tribunales supranacionales que afectan o protegen otro tipo de derechos e indirectamente la jerarquía normativa.

En los Estados Unidos, el modelo emblemático en esta materia desde el célebre caso Marbury vs. Madison de 1803, la ruta ha sido diferente. El planteo doctrinario que existe en esa celebre sentencia, y que todavía sigue siendo de enorme interés, está tomado en parte de la tradición constitucional inglesa interrumpida parcialmente a partir de Lord Coke, y en el ejemplo de algunas colonias. Pero en los Estados Unidos lo que se hizo no fue crear un órgano ad hoc ni una temática especial que desembocase en una disciplina, sino la mera aplicación del principio de supremacía constitucional, que por actos reiterados, daba lugar a un cuerpo de doctrina sólida, que

constituía una prerrogativa judicial llamada "judicial review", y que era una técnica de control más que un proceso. Y que se ejercía en cualquier caso o controversia. No existe, pues, en los Estados Unidos nada parecido a una disciplina o temática que pudiera llamarse jurisdicción o justicia constitucional, pues son términos ajenos a su tradición y a su uso. En el caso concreto de "jurisdicción", si bien con orígenes romanistas, tiene en el ámbito sajón un sentido muy laxo que se aplica a todo poder que ejerce cualquier autoridad, incluso policial, y no necesariamente judicial. De lo que se concluye que en los Estados Unidos, existen medios y figuras procesales para defender adecuadamente los derechos humanos y a la supremacía constitucional, pero ello se hace de manera diferente e indistinta en el Poder Judicial. Los Estados Unidos constituyen pues un modelo especial y diferente, fruto de su propia historia jurídica y de la familia del "common law" a la cual pertenece. No obstante lo cual, ha recibido influencias de fuera y a su vez ha influenciado en los sistemas romanistas.

En síntesis, y para solo referirnos a Occidente, tenemos mecanismos e instrumentos de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, pero solo en el área romanista ha sido objeto de atención especial, independiente y con pretensiones de autonomía.

La Nueva Justicia Constitucional. Los Postulados Básicos del Neoconstitucionalismo.

Boris Barrios González

I. La transición del constitucionalismo liberal al constitucionalismo contemporáneo

La transformación del Estado Liberal de Derecho al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, como el constitucionalismo que deviene de la segunda posguerra (1945), se estructuró sobre la base del equilibrio en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la separación de poderes; una reacción contra el constitucionalismo liberal que, entre otros aspectos, proclamó, precisamente, las garantías y la separación de poderes pero que no las hizo efectivas; de allí que una vez el armisticio de la segunda guerra mundial en Europa y América se firman los convenios internacionales de protección de los derechos humanos, civiles, políticos, sociales y culturales.

Entre los instrumentos internacionales que influyentes, directamente, sobre el modelo de justicia constitucional latinoamericana podemos enunciar los siguientes:

a. La "Declaración Universal de los Derechos Humanos", adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

b. La "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

c. "Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos", aprobado en la XXI Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

d. "Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos", adoptado en la XXI Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

e. "Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

f. Otros.

Los primeros instrumentos internacionales de protección de derechos, tanto en Europa como en América, fueron coetáneas con las proclamas constituyentes de las primeras constituciones de la Europa continental, Francia, Italia y Alemania, que dieron forma al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho a partir de 1946 y que evolucionaron del constitucionalismo liberal de la preguerra a una tutela efectiva de los derechos fundamentales y la real y efectiva separación de poderes mediante la instauración de Tribunales y Cortes constitucionales que hacen parte del modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho surgido de la segunda posguerra (1945).

En efecto, ese nuevo constitucionalismo, nacido de la segunda posguerra, trajo aparejado en su instauración, en Europa, el sistema europeo de protección de los derechos humanos como un mecanismo para hacer efectivo el ideario de protección de los derechos fundamentales en su versión de los derechos humanos: Y así se instituyó la Corte Europea de los Derechos Humanos; y lo mismo sucedió, en América, con el establecimiento del "Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos" (Pacto de San José): La Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En ambos continentes esos sistemas de protección de los derechos humanos han venido adquiriendo mayor preeminencia y activismo; y es que desde la estructura legal de las Convenciones que sirvieron de base a esas jurisdicciones internacionales se previó el mandato directo de que los países partes deberían ir adaptando sus estructuras constitucionales a los modelos de protección de los derechos fundamentales en su versión de los derechos humanos, y las Cortes internacionales que sustentan su activismo al amparo de esas legislaciones internacionales han venido haciendo, cada vez, más efectiva la exigencia de adaptación de las estructuras constitucionales internas al texto de las Convenciones bajo el imperativo del "control de convencionalidad"[1]; y en América ese control se refleja, directamente, en las sentencias de condena de la Corte Interamericana contra los Estados Partes por violaciones a los derechos humanos.

El imperativo del "Control de Convencionalidad" no es nuevo en los países latinoamericanos que hacen partes del "Pacto de San José"; empero, no obstante, con la Condena de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos contra México en el caso Rosendo Radilla Pacheco, 2009,

1. Artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969; Artículo 2 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; Artículo 2 del "Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" de 1988. En la Jurisprudencia de la CORIDH, véase los casos: Cinco pensionistas vs Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98; Bulacio vs Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N°100; Instituto de Reeducación del Menor vs Paragua. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112; Gómez palomino vs Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 136; La Cantura vs Perú. Sentencia sobre fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.

se reactiva el debate internacional sobre la aplicación y tutela de la Convención Americana de los Derechos Humanos por parte de los jueces internos de los Estado Partes, mediante el control difuso de convencionalidad.
Es más, si bien el fallo de condena contra México en el caso Radilla Pacheco de 2009 destaca u modelo instructivo de control difuso para los jueces ordinarios, en fallos posteriores, no sólo contra México, sino contra otros países latinoamericanos, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sido reiterativa en cuanto al control difuso de convencionalidad por los jueces ordinarios internos de los Estados Partes.
Por ello, hoy, el operador de la justicia, abogados y Ministerios Públicos, no pueden ignorar ni demeritar el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la tutela de los derechos fundamentales en los modelos de justicia interna de los Estados partes.

Hoy, la justicia contemporánea requiere que las decisiones y su argumentación respondan a una constante revisión del texto constitucional y convencional en cuanto a la protección judicial de los derechos humanos, atendiendo al control difuso de convencionalidad y a los controles objetivos y subjetivos de constitucionalidad.

II. Los postulados del neocustitucionalismo

La nueva justicia constitucional, que evoluciona en aras del neoconstitucionalismo, se caracteriza por la exposición de un mínimo de siete tesis fundamentalistas atinentes a la nueva teoría de la Constitución y a su interpretación y en torno a las cuales hoy gira el debate neconstitucionalista.

El cambio de paradigma neoconstitucional ha implicado, en efecto directo, un cambio de cultura desde la filosofía[2] y sobre la teoría constitucional, sobre la teoría jurídica y ahora sobre la teoría del proceso; ello implica un replanteamiento de conceptos, de teorías e instituciones que habían sido tradicionales, pero que hoy se encuentran en revisión por el imperativo de eficacia en el ejercicio y tutela de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y privados y la separación de poderes[3].

a. El materialismo constitucional.

Dejando atrás la idea de la constitución formal, hoy se entiende que la Constitución está provista de un "denso contenido sustantivo" o "mate-

2. FERRAJOLI, Luigi. Cultura Jurídica y paradigma Constitucional. Traducción de Antonio De Cabo; Lima (Perú): Palestra Editores, 2010, p. 69
3. GUSASTINI, Ricardo. Sobre el Concepto de Constitución. En "Teoría del Neoconstitucionalismo"; Edición de Miguel Carbonell; Madrid (España): Edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Trotta, 2007, p. 26

rial", integrado por normas orientadas no sólo a la determinación de cómo debe organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede organizar e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir.

El materialismo constitucional implica aplicar e interpretar la constitución orientada a la forma de Estado y de gobierno. Como conjunto de normas que se imponen sobre la legislación; o la Constitución como normas de fuentes. Como "decisión política fundamental" del poder constituyente; la cual puede implicar la decisión fundamental relativa a la forma del Estado, o como decisión fundamental relativa al conjunto de los principios supremos que caracterizan el modelo constitucional. Por materialismo constitucional podemos entender el régimen político del Estado; relativo al modelo democrático como conjunto de fines políticos que inspiran la gestión estatal. Finalmente, hablar de la constitución en sentido material implica, también, entender la constitución en su "ductilidad constitucional", esto es como "constitución viviente"; atendiendo a la base material pluralista, los valores y principios se interpreten con carácter no absoluto, compatible con los demás principios con los que debe convivir[4].

b. La Constitución es garantizada.

El carácter garantizado de la Constitución implica que los derechos proclamados en su normativa pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de esos Derechos fundamentales. Es por eso que, también, hoy se diferencian los Derechos de las Garantías[5]; pues las garantías son los mecanismos jurisdiccionales mediante los cuales se hace efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos previstos en el texto constitucional.

La protección de la Constitución hoy se entiende encomendada a los jueces; por ello es que el juez de hoy, tanto el juez constitucional como el juez ordinario que ejerce el control difuso de Constitucionalidad y de convencionalidad, y que actúa en nombre de la República y por autoridad de la Ley, es garante de la normatividad constitucional sobre la eficacia del ejercicio y tutela de los derechos fundamentales frente a los poderes tanto públicos como privados; así como del modelo democrático derivado del texto constitucional y los principios que rigen la gestión pública.

---

4. ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Traducción de Marina Gascón; Madrid (España): Editorial Trota, 1999, p. 14

5. Aún resulta común escuchar la confusión de algunos litigantes y operadores de justicia que hablando de "Garantías" pretenden referirse a "Derechos", a usanza del constitucionalismo liberal que confundía ambos conceptos; el mismo constitucionalismo liberal que introdujo el concepto de "norma programática" para negar el reconocimiento de los "Derechos Fundamentales" a los ciudadanos; hoy, una cosa son los "Derechos" y otra cosa son las "Garantías", y el correcto entendimiento de uno y otro es lo que permite la tutela judicial efectiva.

Uno de los efectos de la transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Constitucional y Social de Derecho, de la segunda posguerra, es que los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen mediante interpretación directa, y esa acceso e interpretación de la Constitución se realiza de modo permanente; porque es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional[6].

c. La omnipresencia de la Constitución.

El sistema jurídico que deriva del neoconstitucionalismo se caracteriza por un constitucionalismo abarcador, por la positivación de un amplio catalogo de derechos fundamentales y por la omnipresencia de la constitución de principios y reglas y por la hermenéutica de la interpretación y la aplicación de normas constitucionales respecto a la aplicación de la ley[7].

Las normas constitucionales deben entenderse como un orden objetivo de valores; de allí que los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el ordenamiento jurídico[8]; razón por la que hoy impera la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos sin distinción de la rama jurídica de que se trate[9].

Como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente la legislación: "El poder legislativo está limitado por la Constitución y por los Tribunales, ordinarios y especiales según los sistemas que velan por las garantías de la constitucionalidad de las leyes"[10]; por lo que Sancís complementa diciendo que "la Constitución ya nbo sólo limita al legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, en ocasiones por cierto de forma no suficientemente unívocas ni concluyentes"[11].

6. PRIETO SANCRÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En Neoconstitucionalismo; Edición de Miguel carbonell; Madrid (España): Editorial Trotta, 2003, p. 130.
7. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis Metateórico. En Neoconstitucionalismo; Edición de Miguel Carbonell; Madrid (España): Editorial Trotta, 2003, p. 83.
8. ALEXEI, Julio Esttrada. La Eficacia de los derechos Fundamentales entre Particulares. Bogotá (Colombia): Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 72.
9. GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. En "Neoconstitucionalismo"; Edición de Miguel Carbonell; Madrid (España): Editorial Trotta, 2003, p. 49
10. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Novena Edición; Madrid (España): Taurus, 1998, p. 21
11. PRIETO SANCRÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En Neoconstitucionalismo; Edición de Miguel carbonell; Madrid (España): Editorial Trotta, 2003, p. 130

d. Desde la Constitución se establece un régimen principialista.

A diferencia del modelo de Estado Decimonónico, basado en el imperio de la regla jurídica, en el modelo de Estado Constitucional contemporáneo impera el principio constitucional[12]; de allí que el operador de justicia hoy deba identificar, sin errores, la distinción normativa entre reglas y principios, porque de ello depende la correcta aplicación de la norma de regla y la correcta interpretación de la norma de principio[13].

En este tipo de regulación "se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado". Por ello, se produce una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles. La Constitución es abierta y "habla con muchas voces", pero legislador y juez escuchan la misma voz.

La pluralidad de los principios y de los valores a los que la Constitución remite es la razón que hace imposible un formalismo de los principios; es por ello que la pluralidad de principio y la ausencia de una jerarquía formal entre ello hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación[14].

e. La Constitución, como régimen principialista, se aplica mediante la ponderación

Si la Constitución establece un régimen principialista, como en efecto así es, entonces el operador de justicia debe atender, adecuadamente, a un mecanismo idóneo para resolver los conflictos que se produzcan en ese régimen principialista, mecanismo que hoy se identifica como el de la "ponderación".

La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

Los principios no tienen un ámbito de aplicación determinado, por lo que la aplicación de principios a un caso concreto suele ser controvertida; aún en los casos en que la aplicación de principios no es controvertida puede no haber una solución univoca o simple; y puede presentarse hasta el caso aparente de la aplicación de principios sin controversia, sin embargo, no se aplica la solución de principio. Todo esto puede ser esclarecido por

12. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. Cit., p. 16
13. PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. Madrid (España): Editorial Trotta, 2003, p. 115.
14. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. Cit., p. 124.

medio del análisis lógico de dos tipos de razonamientos jurídicos: por un lado, los razonamientos que los operadores de justicia hacen para aplicar un principio; y por otro lado, lo que esos mismos operadores de justicia hacen para resolver un conflicto entre principios[15].

f. La interpretación constitucional requiere de la hermenéutica.

Cualquier modelo de justicia constitucional de hoy, que responda a un modelo de justicia constitucional y social, y contestatario del modelo de justicia simplemente positivista, no puede estructurarse sino sobre la base de la hermenéutica.

La conceptualización contemporánea de la Constitución como un orden objetivo de valores implica negar la posibilidad de estructurar un "modelo geográfico" de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por el legislador y otras materias en donde este poder se puede mover con libertad. Por ello mismo, o un caso es legal o es constitucional.

g. La relación entre constitución y legislación se desarrolla en círculos de competencias.

La Constitución como un orden objetivo de valores implica, más bien, la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación.

"No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional". El modelo argumentativo no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional, así como tampoco elimina la libertad legislativa de configuración. Solamente la somete a la prohibición de arbitrariedad, es decir, impone al legislador el deber de fundamentar todas las restricciones a los derechos fundamentales. En este modelo argumentativo, la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias, unas constitucionales y otras legales, sino en "círculos de competencias".

15. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique Y OTROS (Coordinadores). Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales. México, D:F.: Editorial Porrúa, 2010, p. 120.

III. Conclusión

La tutela de los Derecho Fundamentales se sustenta hoy en estas nuevas concepciones ideológicas sobre el derecho y la justicia constitucional y se imponen como contenidos de un "Neoconstitucionalismo" contestatario del modelo liberal, pero también como denominador de un modelo anti-iuspositivista de aproximarse al derecho: un "Neoconstitucionalismo" que renuncia a ser identificado con el iusnaturalismo y el post-positivismo; y que se caracteriza por oponerse de manera paradigmática al positivismo jurídico: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, Constitución vs legislación, judicial vs legislativo.

En este escenario de transición y transformación del constitucionalismo (neoconstitucionalismo transformador) es que hoy podemos hablar de la nueva justicia constitucional al amparo del juicio de ponderación, de la aplicación del principio de proporcionalidad y de la racionalidad procesal; tendencia que hoy lleva no solo a la transformación de la teoría constitucional sino, también, de la teoría jurídica y la teoría del proceso (Neoprocesalismo).

Los Dilemas de la Justicia Constitucional Panameña y sus Posibles Soluciones

Sebastián Rodríguez Robles

I. Introducción

Los problemas que hoy enfrenta la justicia constitucional panameña derivan de las más variadas ***etiologías***. Algunas de estas causas son atribuibles al inexorable paso del tiempo sin que se produzcan modificaciones sustanciales tanto en la Constitución como en los códigos o leyes procesales; además los cambios por vía jurisprudencial o pretoriana, en esta materia, han sido francamente insuficientes y, algunas veces, contradictorios.

En esta línea de pensamiento, desde el surgimiento de la jurisdicción constitucional tal como se conoce en nuestro país, la sociedad panameña ha ido modelándose o transformándose, entre otras, política, cultural, tecnológica y demográficamente. Desde luego, el Estado ha cambiado y en la población surgen nuevas formas vivenciales, valores, expectativas y necesidades que hacen indispensable el surgimiento de nuevos derechos y la actualización de sus correlativas garantías de protección.

Recordemos que la justicia constitucional panameña ***subjetiva y objetivamente considerada*** surgió con la expedición de la Constitución de 1941, hace más de setenta años, lo que evidencia un marcado distanciamiento entre la realidad y la norma, entre el ***efectivismo*** y ***la efectividad jurídica***, esta última tan requerida para la protección o tutela de los derechos fundamentales y humanos.

Hoy por hoy, creemos que nuestro sistema está agotado y la apuntada crisis destaca, como síntomas: **a)** la acentuada dilación en las respuestas jurídicas por parte de la justicia constitucional; **b)** la escasa profundidad de la motivación o argumentación judicial de la sentencia constitucional; **c)** el denominado movimiento pendular del precedente judicial; **d)** la ausencia de procesos constitucionales subjetivos modernos que tutelen violaciones de derechos constitucionales producidas por particulares; **e)** la inexistencia de la acción de inconstitucionalidad por omisiones legislativas; **f)** falta de procesos constitucionales que dimensionen la necesidad de instaurar la prueba en materia constitucional, especialmente por violaciones a la Carta Constitucional por defectos o vicios de forma; **g)** la excesiva rigurosidad o el examen inflexible en el estudio de los presupuestos procesales, especial-

mente en el amparo de derechos constitucionales y **h)** la falta de amplitud de un sistema cautelar necesario para que operen eficazmente los diversos mecanismos de la justicia constitucional subjetiva; entre otros.

Pero no sería justo endosar toda la culpa a la administración de justicia. La mayoría de quienes tramitamos en la justicia constitucional nos limitamos a accionar amparos por violación al debido proceso legal; casi nadie plantea o propone un amparo por violación a ***derechos fundamentales*** como ***libertad de expresión, propiedad privada, derechos del consumidor, libertad de ejercer profesiones liberales, derecho a reunión, dignidad humana, igualdad jurídica, derecho a la personalidad***, entre otros.

Los dilemas, en cambio, los visualizo en plano del diseño estructural; esto es: ***a)*** necesitamos un Tribunal Constitucional ***extra poder*** o una Corte Constitucional ubicada dentro del órgano rama o Poder Judicial; ***b)*** requerimos una jurisdicción constitucional objetiva y subjetiva íntegramente concentrada en el Tribunal Constitucional ***extra poder o intra poder*** o una jurisdicción constitucional objetiva concentrada y, paralelamente, una jurisdicción constitucional subjetiva descentralizada atribuida a jueces constitucionales especializados u ordinarios.

Sobre el tema de los órganos extra poder el constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés enseña

> "***Además, el mismo órgano puede asumir en un país la condición de órgano extra-poder, y en otros no. El caso de un tribunal constitucional es paradigmático: si está fuera de la tríada tradicional de poderes, es indiscutiblemente órgano extra-poder. Algo similar puede ocurrir con el ministerio público o la defensoría del pueblo, un tribunal electoral supremo, un Consejo de Estado (cuando es órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa, al estilo del art. 237 de la constitución de Colombia, v. gr.), una "Corte de Cuentas" (art. 195 de la Constitución de El Salvador), etc. En cambio, si se los sitúa dentro de algún poder (judicial, ejecutivo, legislativo, o el que fuere), no serían, en sentido estricto, órganos extra-poder"***.

Por último, será aconsejable meditar, por los arduos problemas que esto plantea en los ***sistemas puramente concentrados***, como operaría en la República de Panamá el ***control de convencionalidad*** *tanto como mecanismo de desaplicación de la norma nacional contraria al Pacto de San José de Costa Rica como de armonización o reciclaje de la norma nacional respecto a la norma convencional*.

Desde la perspectiva abordada, la jurisdicción constitucional patria requiere de una ***urgente reingeniería*** en el sentido de producir una ***ruptura*** de los paradigmas vigentes de la justicia constitucional panameña. Es por ello que la recreación de las Instituciones de Garantía implica el volver a pensar las instituciones y procesos constitucionales a la luz de ***nuevas ideas, metodologías y experiencias jurídicas de otras latitudes***.

Actualmente el control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Panamá es ***monopolizado*** por la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, el sistema panameño se asemeja al modelo **germano-austriaco** de jurisdicción constitucional que implica la derogación de la norma acusada y la centralización de esa importante función en un tribunal especializado ajeno al Poder Judicial. Sin embargo, existen claras diferencias con dicho modelo, pues ***nuestro ordenamiento no atribuye la justicia constitucional objetiva a un tribunal constitucional especializado, como sucede en Alemania y Austria***. El profesor venezolano Allan Brewer Carías, ha explicado con precisión la naturaleza de la justicia constitucional que impera en nuestro país, así:

> "Ahora bien, el órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional es el sistema concentrado de control de la constitucionalidad puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicado en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Panamá, o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.
>
> Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aun cuando sea generalmente similar al "modelo europeo" de Tribunales constitucionales especiales no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general, son las Cortes Supremas de Justicia las que lo ejercen; y en el caso de que se haya atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, éstos están integrados al Poder Judicial (Guatemala, Colombia, Ecuador y Bolivia) con la sola excepción del caso del Perú, cuya Constitución de 1993 creó al Tribunal Constitucional fuera del poder Judicial."

Con fines académicos o didácticos hemos optado por clasificar a la jurisdicción constitucional panameña en dos grandes sectores. Por una

parte, la jurisdicción constitucional ***objetiva***, que se encarga de asegurar el principio de supremacía de la Carta Fundamental, por medio de la acción popular de inconstitucionalidad, la consulta de constitucionalidad ***- de oficio o a petición de parte-*** y la objeción de inexequibilidad. El conocimiento de estos mecanismos procesales reside exclusivamente en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, corporación integrada por nueve miembros. De otro lado, existe la jurisdicción constitucional ***subjetiva*****,** cuya misión es tutelar o defender los derechos fundamentales de las personas, mediante las acciones de amparo, de *hábeas corpus*, *de hábeas data* y la acción de tutela del derecho a la honra.

En este sector, la competencia está distribuida en diversos tribunales ordinarios, siguiendo el criterio de jerarquización y sectorización de los órganos que la componen.

La manifestación objetiva de la jurisdicción constitucional tiene, esencialmente, un cometido ***nomofiláctico***, al constituir sus instituciones la llamada guarda o control constitucional de normas y actos jurídicos (leyes, decretos, acuerdos y resoluciones). En cambio, la expresión subjetiva de dicha jurisdicción apunta, de manera inmediata, a una finalidad ***homofiláctica***, al asegurar los derechos fundamentales de los asociados cuando éstos resultan violados o amenazados por actos de autoridad estatal.

A fin de proporcionar al lector un panorama general de las características y particularidades de la jurisdicción constitucional objetiva en nuestro país, debemos añadir que la denominada acción de inconstitucionalidad es un caso típico de un mecanismo jurisdiccional de *legitimación procesal amplísima o indiscriminada*, porque puede acceder ante el órgano competente "cualquier persona", en ejercicio de dicha acción. Procede esta vía directa contra toda clase de actos emitidos por autoridad pública que vulneren la Constitución en el *fondo o en la forma*. Lo anterior significa que se pueden demandar leyes formales o materiales vigentes o derogadas, decretos, acuerdos, resueltos, resoluciones, actos administrativos y hasta sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Existe, además, dentro de este sector jurisdiccional, la llamada vía indirecta o incidental de inconstitucionalidad que se reserva para el control de normas legales o reglamentarias con virtualidad de ser aplicadas en un específico o concreto conflicto jurídico. En este caso, el funcionario encargado de impartir justicia, por propia iniciativa o por advertencia de alguna de las partes del proceso, elevará la consulta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, quien decidirá acerca de la constitucionalidad de la disposición de carácter legal o reglamentario.

De igual manera, en este ámbito, tenemos el examen constitucional de proyectos de leyes y de reformas constitucionales, estas últimas, por **defectos formales.** El control constitucional preventivo de normas en vías

de formación lo ejerce, como en las iniciativas previamente explicadas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

El Presidente de la República es el único facultado para objetar la inexequibilidad constitucional de leyes, así como de reformas constitucionales por vicios de forma, cuando ambas se encuentren en fase de elaboración. Una vez activado el mecanismo y luego de cumplidas las correspondientes etapas procesales, la magistratura constitucional debe expedirse, por medio de una decisión que zanje la controversia entre el Órgano Legislativo y el Presidente de la República.

Es importante destacar que tanto la consulta de inconstitucionalidad (vía incidental) como la objeción de inexequibilidad (control previo) son instrumentos jurisdiccionales que requieren de una *legitimación procesal calificada*. El primero de ellos solo puede ser empleado por la autoridad pública que en ejercicio de la función jurisdiccional *dude* acerca de la constitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso concreto y por cualquiera de las partes en ese proceso. El segundo mecanismo, como se afirmó en el párrafo precedente, sólo puede ser activado por el Presidente de la República. Para concluir esta apretada síntesis del funcionamiento del control de constitucionalidad en Panamá, debemos referirnos, aunque muy brevemente, a los efectos de las sentencias de constitucionalidad.

En cuanto a los efectos personales de tales decisiones, podemos indicar que si la pretensión constitucional hace referencia a la inconstitucionalidad de una norma legal o acto administrativo de contenido general o abstracto, el fallo del Pleno de la Corte afectará *erga omnes*. De otra parte, si la solicitud del peticionario se contrae a la inconstitucionalidad de actos individualizados, entiéndase actos administrativos concretos o sentencias, la decisión incidirá únicamente en las partes de la resolución jurisdiccional o acto administrativo atacado.

En relación con los efectos materiales de la sentencia estimativa de la pretensión constitucional, debemos manifestar que éstos generan la derogación o la anulabilidad de la ley o acto demandado. Según expresión del iusfilósofo vienés Hans Kelsen, nuestra Corte Suprema de Justicia actuaría como una suerte de "***legislador negativo***".

Acerca de la temporalidad de la sentencia constitucional, podemos señalar que, cuando el ***thema decidendum*** hace referencia a normas o actos de contenido general o abstracto, la sentencia constitucional tendrá efectos ***ex nunc*** o hacia el futuro. Por tanto, en virtud del principio de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de los actos de autoridad, los efectos cumplidos por la norma o acto -antes del fallo de la Corte permanecen inalterados, pues no son alcanzados por la decisión. De acuerdo con la clasificación que el Derecho Procesal Constitucional hace de este tipo de sentencias pueden considerarse como *constitutivas*.

En el evento de que el acto considerado como inconstitucional sea de contenido concreto o individualizado, la Corte podrá, de manera discrecional, darle efecto retroactivo -***ex tunc***- a su decisión, de conformidad con las circunstancias del caso. Esta interpretación jurisprudencial de la Corte, es sin duda valiosa desde el punto de vista técnico. Este tipo de resoluciones pueden etiquetarse como sentencias constitucionales *declarativas,* pues se refieren a una situación de inconstitucionalidad preexistente. El tema es interesante porque se adentra en el campo de la posible afectación de derechos adquiridos.

II. Síntesis histórica

Panamá surge como nación independiente luego de su separación de Colombia, el 3 de noviembre de 1903, y para el 13 de febrero de 1904, la Asamblea Nacional Constituyente había dictado ya la primera Constitución republicana, siguiendo el modelo de la colombiana de 1886.

El Estatuto Supremo de 1904, únicamente consagró, en su artículo 24, ***la garantía constitucional de la libertad ambulatoria*****, que no denominó *hábeas corpus*** y, en el artículo 105 párrafo 2, ***el control constitucional previo de las leyes parlamentarias***. Por su parte, la Ley Nº 2 de 25 de septiembre de 1908, desarrolló el referido artículo 24 denominando "mandamiento de *hábeas corpus*", a la clásica garantía de la libertad personal.

Durante los primeros tres lustros del siglo veinte, la jurisdicción constitucional panameña contenía, a nivel de su primera carta constitucional, solamente los dos mecanismos o instituciones de garantías a los que nos hemos referido en el párrafo anterior.

A partir de la expedición de los Códigos Civil y Judicial, en 1916 y 1917 respectivamente, se establece en Panamá ***un sistema difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas*** a imagen y semejanza de la ***judicial review of legislation*** angloamericana que tiene su antecedente en el célebre caso **Marbury vs. Madison** dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el año de 1803 y que impera también en la Argentina por influjo del norteamericano.

La adopción de este sistema se fundamentó en los artículos 12, 15 y 35 del Código Civil y en el artículo 4 del Código Judicial. Sin embargo, este modelo en el que cualquier juez podía ***desaplicar*** por inconstitucional una norma jurídica en un proceso sometido a su conocimiento, no produjo los resultados deseados. Para fines de la década del treinta se dictó la Ley Nº 24 de 27 de enero de 1937 que estableció un especialísimo mecanismo: ***la casación en materia constitucional*** que duró apenas cuatro años. El mencionado medio de impugnación se instituyó en la Sección Séptima del

Capítulo Primero de la aludida ley, denominada: "De los conflictos entre la Constitución y las Leyes". A nuestro juicio, este mecanismo tutelar de la primacía constitucional se funda, en nuestro ordenamiento, con la intención de atemperar el sistema difuso de constitucionalidad de las normas jurídicas que regía, en aquella época. Con la creación del recurso de casación constitucional, a la Corte Suprema de Justicia correspondía anular las sentencias y autos jurisdiccionales - (estos últimos cuando decidían un artículo de excepciones) - si se aplicaban, en ellos, preceptos jurídicos de cualquier gradación, que vulneraran la Constitución. Según dicha ley estaban legitimados para interponer la casación constitucional el Ministerio Público y cualquier persona hábil para comparecer en juicio.

Podemos asegurar que este medio impugnativo especial es el único que en la evolución constitucional patria puede llamarse, de acuerdo a una concepción procesal estricta, recurso extraordinario en materia constitucional, pues los que se instituyeron con posterioridad son verdaderas acciones o incidentes de naturaleza constitucional, tal como quedó explicado en el apartado precedente.

La expedición de nuestra primera Constitución de *corte social* en 1941, influida nítidamente por las de **Querétaro y Weimar**, marcó, el inicio de la justicia constitucional Podemos afirmar, sin duda, que "el año grande" de la jurisdicción constitucional panameña hay que fijarlo en 1941.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Panamá de aquella época, se estableció, por vez primera, en el ordenamiento supremo: **a*) un sistema de control constitucional concentrado en la Corte Suprema de Justicia***; **b) *el establecimiento del amparo de garantías constitucionales para la protección de los derechos fundamentales, individuales y sociales***; **c) *la jurisdicción contencioso administrativa que residía en un tribunal especializado, ajeno al Poder u Órgano Judicial***; **d) *la sistematización constitucional de las Instituciones de Garantías como instrumentos de protección judicial***, objeto de estudio del actual Derecho Procesal Constitucional.

Sin embargo, hay que decirlo, desde el dictado de la innovadora carta constitucional de 1941, hace más de setenta años, no han ocurrido cambios profundos en el ámbito normativo -constitucional y legal-, pues ha sido la jurisprudencia, con algunos aciertos y no pocos errores, la que ha desempeñado el tan necesario rol transformador.

Así las cosas, la mencionada Constitución de 1941, estableció, por vez primera, la guarda de la constitucionalidad de las normas y actos jurídicos concentrada en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia e instauró, además, el *hábeas corpus* y el amparo, para salvaguardar la libertad corporal y los demás derechos fundamentales, ahora enriquecidos con la nueva carta social, cuyo conocimiento correspondía a los restantes tribunales del

Poder Judicial. Es importante destacar que esta Constitución estableció una ***sistematización*** de las instituciones de garantía en su título XV, y se hizo necesaria la expedición de la Ley Nº 7 de 6 de febrero de 1941, a fin de detallar los procedimientos que requerían los artículos fundamentales: 188 y 189.

Vale destacar que la Constitución de 1941 designó al *hábeas corpus* y al amparo como recursos. Esta tendencia nominativa, se mantiene en la actualidad para el amparo, tal como se aprecia de la lectura del artículo 54 de nuestra última Constitución.

La Constitución de 1946 eliminó la sistematización de las garantías constitucionales de tipo jurisdiccional y desde ese momento hasta el presente, dichos instrumentos se encuentran completamente dispersos en el texto fundamental.

La Ley Nº 46 de 24 de noviembre de 1956, "Sobre Instituciones de Garantía", rigió durante tres décadas. La precitada legislación, de 79 artículos bien logrados para la época, constaba de tres títulos en los que se desarrollaban el *hábeas corpus*, el amparo de garantías constitucionales y la guarda de la integridad de la Constitución. Este conjunto de preceptos normativos fueron instituidos a escasos treinta y siete días de promulgadas las trascendentes reformas constitucionales de 1956 que sobre este tema efectuaron sustanciales cambios; ambos instrumentos jurídicos entraron a regir durante la presidencia del Dr. Ernesto De La Guardia Jr.

Tiempo después, ese conjunto normativo es reformado por la Ley Nº 1 de 20 de enero de 1959. No obstante, en lo que aquí interesa, las modificaciones no afectaron en absoluto.

Hace aproximadamente veintisiete años, en 1987, entró en vigencia el Código Judicial que subroga el viejo compendio procesal, dictado en 1917. El Libro IV, de esta excerta, derogó la Ley Nº 46 de 24 de noviembre de 1956. Sin embargo, las disposiciones del actual código son, en sustancia, muy semejantes a las que contenía la legislación anterior; por lo que podemos afirmar que nuestra legislación procesal constitucional tiene mucho más de medio siglo sin ser objeto de una revisión que permita ponerla al día, producto del notable desarrollo que el Derecho Procesal Constitucional ha tenido en los últimos años.

Lo cierto es que en la nueva normativa se advierten cambios, simplemente nominales, que se refieren a aspectos doctrinales; los más destacados son, en ese sentido, los que reemplazan el término ***recurso*** por el vocablo ***acción***, en los artículos que regulan el *hábeas corpus*, el amparo y la inconstitucionalidad por vía directa.

Con la vuelta a la democracia se expidió el Decreto de Gabinete Nº 50 de 20 de febrero de 1990, por el cual se modificaron los artículos 2606 y 2611 del Código Judicial con la finalidad de eliminar las restricciones que

impedían ejercer la acción de amparo de derechos fundamentales contra decisiones jurisdiccionales.

La rigidez excesiva de nuestras cartas fundamentales ha ocasionado que las normas que regulan la justicia constitucional permanezcan estáticas por mucho tiempo y haya sido tarea de la legislación formal crear nuevas instituciones. Es el caso del *hábeas data* que fue establecido originalmente en Panamá mediante la Ley Nº 6 de 22 de enero de 2002 "Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *hábeas* data y dicta otras disposiciones" y de la *acción de tutela del derecho a la honra*, instaurada en el artículo 3 de la Ley Nº 22 de 29 de junio de 2005. Este nuevo mecanismo protector de este específico derecho "se tramitará y sustanciará en igual forma que el Amparo de Garantías Constitucionales, sin formalismos excesivos".

Las últimas reformas a la Constitución Política de la República de Panamá datan del 15 de noviembre de 2004. En lo que respecta al Derecho Procesal Constitucional se instauraron las siguientes instituciones y dispositivos: a) reglas para interpretación y aplicación de los derechos y garantías constitucionales (parte final del artículo 17); b) las modalidades preventiva y reparadora del *hábeas corpus* (artículo 23); c) la extensión o aplicación del debido proceso a las causas administrativas (artículo 32) y d) la acción de *hábeas data* (artículo 44).

III. Estado actual de la jurisdicción constitucional panameña

Como expresamos al inicio de este trabajo, la jurisdicción constitucional panameña está sumida, desde hace mucho, en una verdadera crisis producto de variadas etiologías. Destacamos principalmente el marcado ***distanciamiento entre la realidad y la norma constitucional*** producto del extremadamente dificultoso mecanismo de reforma de nuestras Constituciones.

Por ello, las transformaciones que ha sufrido la justicia constitucional en nuestro país han ocurrido, en primer lugar, por modificaciones ***vía pretoriana***. Es decir, ha sido la jurisprudencia la que se impuso la tarea de crear nuevas instituciones, mecanismos y dispositivos. En este sentido, es importante advertir que el rol creativo del juez constitucional panameño había, en la década final del siglo XX, engendrado el *hábeas corpus* preventivo, el *hábeas corpus* correctivo, el amparo contra omisiones o por mora administrativa, la acumulación de pretensiones constitucionales, la eficacia retroactiva de las sentencias constitucionales, el alcance de la inconstitucionalidad por defectos formales, la inconstitucionalidad de normas derogadas, el principio *in favor libertatis,* el principio *in dubio pro libertate,*

la intervención de terceros para coadyuvar u oponerse a la pretensión constitucional dentro de los procesos de amparo, las sentencias constitucionales interpretativas o manipulativas; término éste acuñado por la doctrina constitucional italiana.

Posteriormente, la legislación secundaria -las leyes formales dictadas por el Órgano Legislativo como los decretos con valor de ley- también se han encargado de originar los cambios que se han producido en nuestra jurisdicción constitucional. En esa dirección el Decreto de Gabinete Nº 50 de 20 de febrero de 1990 permitió el regreso del amparo contra decisiones jurisdiccionales, la Ley Nº 6 de 22 de enero de 2002 estableció el *hábeas data* y por virtud de la Ley Nº 22 de 29 de junio de 2005 surgió la *acción de tutela de derecho a la honra*.

En tercer lugar, las últimas reformas al texto constitucional, por fortuna logradas, permitieron la constitucionalización del *hábeas data* y del *ombusman* o defensor del pueblo, lo que puede calificarse como una *creación a la inversa* pues primero se establecieron dichas instituciones en la legislación secundaria.

Podemos mencionar la existencia de otros problemas de importancia como lo son, la relativa eficacia de las garantías constitucionales; los excesivos formalismos procesales; la mora en resolver los procesos constitucionales objetivos y subjetivos y, por último, la dispersión de las normas que regulan esta materia tanto a nivel constitucional como en el marco legal, al no existir una legislación especializada o un código procesal constitucional que se refiera al tema de las instituciones de garantía de una manera *integral y sistemática*.

Debemos señalar que en Panamá se han realizado esfuerzos actualizar la jurisdicción constitucional tanto a nivel de anteproyectos de Constitución como de leyes, ninguno ha fructificado por diversas razones.

Entre los más destacados estudios se encuentra el iniciado en el año de 1993 y concluido en el siguiente cuando importantes juristas vinculados al Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, formaron una comisión que quedó integrada por los doctores César Quintero, Carlos Bolívar Pedreschi, Miguel González Marcos y Jorge Giannareas con la participación de los doctores Dimas Lidio Pitty y Bernardo Fernández, cuyas especialidades, ajenas a la ciencia del derecho, complementaban y enriquecían el debate.

También se contó con los aportes de Adán Arnulfo Arjona, Rafael Murgas Torraza y Sebastián Rodríguez Robles, quienes nos dedicamos a elaborar temas relativos al Derecho Procesal Constitucional. Dichos aspectos incluían un Título VII, denominado Garantías Jurisdiccionales Fundamentales acorde a la técnica procesal constitucional del momento, al igual que la creación de una Corte Constitucional, separada del Poder Judicial.

Sin embargo, con el paso del tiempo el referido anteproyecto debe ser objeto de actualizaciones. En este sentido, el Doctor Miguel González Marcos explicó:

> "Luego de más de ocho años, el anteproyecto del IDEN muestra palmariamente sus deficiencias. Para mencionar algunos ejemplos, el anteproyecto no regula la institución del defensor del pueblo ni el hábeas data ni, claramente, la jerarquía normativa de los tratados y convenios internacionales. La regulación de la Corte Constitucional, aunque separada de la corte, debería quizás ubicarse en otro capítulo distinto de la administración de justicia ordinaria para acentuar su carácter de guardián de los valores de la Constitución... En general, la organización y clasificación de los derechos fundamentales debería también reconsiderarse para adecuarlos mejor al discurso de los derechos humanos."[1]

Es necesario explicar aquí que algunos instrumentos jurídicos que han pretendido reformar la jurisdicción constitucional panameña han sido ***efímeros pues fueron hechos con evidentes intereses políticos más que con intenciones de actualizar o mejorar la jurisdicción constitucional panameña***. Dentro de este contexto surge la Ley Nº 32 de 23 de julio de 1999 mediante la cual se creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantía, se modificaron algunos artículos del código Judicial y se dictaron otras disposiciones. Esta Sala Quinta ***-que resurgió judicialmente y desapareció luego legislativamente por segunda vez-*** ha sido objeto de un estudio reciente al que me remito.

IV. Las experiencias cofigicadoras del derecho procesal constitucional en Latinoamérica

Hemos estudiado con especial interés la creación de un moderno y bien logrado Código de Derecho Procesal Constitucional en el Perú vigente desde el 2004 y conocemos también de la existencia de una Ley Especializada de Jurisdicción Constitucional en Costa Rica, que rige en el vecino país centroamericano desde 1989, que equivaldría a una verdadera compilación o codificación procesal constitucional, pero no lleva tal denominación. En la República de Argentina, la provincia de Tucumán cuenta con Código Procesal Constitucional que estableció un Tribunal Constitucional, que posteriormente fue desactivado y la provincia de Entre Ríos, posee una legisla-

1. **GONZÁLEZ MARCOS** Miguel, *Diseño de Constituciones,* artículo publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXVII Nº 110, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Mayo-Agosto 2004,México D.F.

ción especial sobre esta materia. Actualmente en la provincia de Santa Fe se discute un proyecto de código procesal constitucional.

En ningún país, salvo la feliz experiencia peruana, se encuentra en vigencia un Código de Derecho Procesal Constitucional propiamente tal, sino leyes orgánicas, generales, fundamentales, o especiales.

En otras naciones latinoamericanas se incluyen dentro de los códigos existentes (así muchos países incorporan el *hábeas* corpus en el Código Procesal Penal y el amparo de derechos fundamentales en el Código Procesal Civil o como en el caso de la República de Panamá que dentro de su Código Judicial tiene una sección especial denominada Libro IV "Instituciones de Garantía".

El profesor peruano José Palomino Manchego, nos explica sobre el particular lo siguiente:

> "Cabe deslindar algunos antecedentes. La Provincia Federal de Tucumán en Argentina, ya tenía con anterioridad un Código Procesal Constitucional, de alcance territorial restringido a dicha Provincia; no rige para toda la República Argentina, pues si ello fuera así, no cabe duda que el hito histórico lo tendría este país porteño. De allí que el Código Procesal Constitucional de Tucumán, el mismo que cuenta con una extraordinaria sistemática de IV Títulos y 111 artículos es un Código *strictu sensu,* pero el ámbito de su aplicación y vigencia no es para toda la Argentina. En consecuencia, este país no cuenta con un Código aplicable para todo el Estado Federal, como lo tiene el Perú, a partir de diciembre del 2004. Sí en cambio, Argentina, tiene la Ley de Amparo Nº 16.9868.
>
> En lo que respecta a Costa Rica, esta República centroamericana cuenta desde 1989, no con un Código, sino con una Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional, no obstante ello, es todo un cuerpo unitario, regulador de las garantías constitucionales. Esta Ley Orgánica surge, como se recordará, como consecuencia de las reformas de los artículos 10 y 48 de la Constitución que en mayo de 1989 creó un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional, denominada Sala Constitucional, dentro de la órbita del Poder Judicial. En esta Ley se subsume el desarrollo de la estructura y funciones de la Sala Constitucional, así como articula todos los mecanismos de la defensa de la Constitución en Costa Rica.
>
> Para finalizar estos aspectos, en la República de El Salvador, existe igualmente el Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, cuyo giro sigue la tendencia paulatina, pero imparable, con miras a unificar la desperdigada legislación procesal constitucional en un solo cuerpo orgánico".

V. Estructura procesal de la jurisdicción constitucional panameña

A esta altura de nuestro trabajo haremos una síntesis de los órganos de conocimiento, el contenido, los límites y, por último, los efectos de la jurisdicción constitucional panameña para culminar en el siguiente punto con nuestras propuestas de actualización de dicha jurisdicción.

1. La justicia constitucional, vista en su conjunto, es de naturaleza ***común***. La Constitución establece los diversos procesos que componen esa actividad. En el Código Judicial, que precisamente regula toda la organización y funcionamiento de la ***jurisdicción ordinaria***, están insertadas las normas procesales que permiten el desenvolvimiento de las instituciones de garantía.

2. Sin pretender desvirtuar el concepto de ***unidad de la jurisdicción***; la justicia constitucional la clasificamos, para su mejor comprensión, en ***jurisdicción constitucional objetiva y jurisdicción constitucional subjetiva*** o de los derechos fundamentales. En la primera manifestación, la competencia reside, privativamente, en el Pleno del máximo tribunal de la judicatura ordinaria. En la segunda, la competencia está ***distribuida*** en todos los órganos de la justicia común.

3. La jurisdicción constitucional objetivamente considerada está integrada por la acción de inconstitucionalidad, las advertencias de inconstitucionalidad, por la objeción de inexequibilidad. La jurisdicción constitucional subjetivamente considerada está constituida por la acción de amparo de derechos fundamentales y la acción de *hábeas corpus* por la acción de *hábeas data* y por la acción de tutela del derecho al honor.

4. La jurisdicción constitucional objetiva tiene como fin ***principal*** garantizar la supremacía de la Carta Fundamental y, por ende, preservar la armonía y sistematización del ordenamiento jurídico. La finalidad ***específica*** de la jurisdicción constitucional subjetiva consiste en proteger a la persona humana del virtual o efectivo desconocimiento de sus derechos individuales y sociales. Al reparar o prevenir el daño se logra, ***concomitantemente,*** la integridad del Derecho Objetivo.

5. La justicia constitucional se activa por virtud del ***principio dispositivo***. Una persona es la que debe accionar en interés ***público o personal*** según la clase de legitimación exigida para iniciar el respectivo proceso. La Corte no actúa de oficio. No obstante, trabada la relación procesal constitucional, el impulso corresponde a las partes y al juez.

6. En los procesos que corresponden a la jurisdicción constitucional objetiva, el Procurador General de la Nación o el Procurador de la Administración, emitirán concepto. Desde luego, la intervención del Ministerio Público es una simple función de asesoría que no produce efectos vinculatorios de ninguna especie. La opinión vertida, a efectos de una adecuada división del trabajo entre estos funcionarios, será por turno.

7. Es principio de significativa trascendencia en la jurisdicción constitucional objetiva el que señala que la Corte Suprema de Justicia confrontará las normas o actos acusados de inconstitucionales con la ***totalidad de los preceptos de la Constitución***. Si el juzgador encuentra que las normas o actos sujetos a juicio, transgreden disposiciones constitucionales distintas de las contenidas en la demanda, consulta u objeción o que la violación de éstas, se ha realizado por causa o en forma diferente a la indicada por el peticionario, procederá la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

8. Nota esencial de la jurisdicción constitucional subjetiva, es la ***jerarquización*** de los órganos competentes que la integran. En otras palabras, la jurisdicción de los derechos fundamentales, en nuestro país, está ***organizada verticalmente***. Tal realidad permite el ***principio procesal de la doble instancia*** y propende a reforzar la tutela de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. Corolario de lo anterior es el ***recurso de apelación*** que decide el superior jerárquico. Este medio de impugnación en materia de *hábeas* corpus y amparo está consagrado en los artículos 2608 y 2625 del Código Judicial, respectivamente y es confirmado por los preceptos 128, 160 y 176 del Libro que desarrolla la organización judicial en el referido código.

9. En la justicia constitucional subjetiva rige el principio de la ***sectorización judicial***. Lo dicho implica, de conformidad con las reglas de competencia, que el conocimiento de los procesos de amparo de *hábeas* corpus y de *hábeas data* puede recaer en las autoridades

del Poder Judicial, establecidas en las diversas localidades del espacio territorial de la República. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que ejerce privativamente la jurisdicción constitucional objetiva, tiene su asiento en la capital del país.

10. Las sentencias pronunciadas en la jurisdicción constitucional objetiva pueden vincular ***erga omnes*** (a todos), o solamente poseer consecuencias *inter partes* (individuales). El alcance es generalizado siempre que la norma declarada contraria a la Constitución cumpla un contenido abstracto o impersonal. En cambio, si el acto calificado de inconstitucional es de naturaleza individual o personal, el fallo emitido importará exclusivamente a los titulares de los derechos o intereses en conflicto.

11. Toda sentencia dictada por la jurisdicción constitucional subjetiva afectará específicamente a las partes en conflicto. En esta manifestación jurisdiccional la tutela se reduce a los derechos fundamentales que tienen, como es lógico, un destinatario definido.

12. Los efectos temporales de las decisiones finales de la jurisdicción constitucional objetiva son según la ley hacia el futuro y no retroactivos. Sin embargo, creemos acertada la tesis que confiere consecuencias *ex nunc* a las sentencias que se pronuncian acerca de la regularidad de las normas genéricas subconstitucionales con los postulados de la Ley Suprema del Estado y, ***ex tunc*** a las resoluciones que deciden sobre la constitucionalidad de actos de índole individual.

Con relación a la jurisdicción de los derechos fundamentales, el fallo favorable al actor cambia el estado actual de cosas por la situación inmediatamente anterior a la existencia de la orden lesiva. Por tal razonamiento, su alcance será ***ex tunc***. De otra manera, la garantía se convertiría en una ***mera declaración.***

VI. Propuestas de transformaciones normativas a futuro próximo

La justicia constitucional panameña requiere de un rediseño integral tanto en sus aspectos *formales como de fondo*. En esa dinámica somos partidarios de una urgente reforma o modificación de la Constitución y de la creación de una compilación especializada que integralmente contemple todas las instituciones y mecanismos de nuestro Derecho Procesal Consti-

tucional que, como hemos expresado, tiene *mucho más de cincuenta años de atraso respecto a otras naciones latinoamericanas*. Sería conveniente, pues, seguir el ejemplo de la hermana República del Perú que tiene un extraordinario Código Procesal Constitucional o la de Costa Rica, con su destacada legislación especial.

El motor que encendió el largo trabajo de la comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional Peruano es el mismo que pudiera emplearse por las circunstancias tan parecidas que en este momento se presentan en nuestra república. Para percatarse de ello, basta leer las palabras de Palomino Manchego:

> "De acuerdo a las versiones actuales y que de por sí se explica esta Comisión, al elaborar el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, tenían los siguientes objetivos:
> "a) Sistematizar una legislación que ya para esa época estaba dispersa, y lo siguió estando por varios años; y b) Actualizar la terminología, los conceptos y el enfoque, no sólo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino sobre todo, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años"[2]

El Código Procesal Constitucional o la legislación especializada sobre jurisdicción constitucional que los panameños nos demos debe contener normas tendientes a: 1) La simplificación de procedimientos y a la reducción o flexibilización de formalismos procesales; 2) fijar reglas referentes al modo de interpretación aplicación de los derechos y garantías constitucionales; 3) ampliar los mecanismos o medidas cautelares especialmente en materia de amparo y *hábeas data;* 4) establecer la posibilidad de un mínima oportunidad de producir los medios de prueba en los procesos constitucionales 5) permitir la intervención de terceros para coadyuvar u oponerse a la demanda en materia de amparo y *hábeas data,* 6) hacer efectivas y eficaces las reglas procesales constitucionales, como el principio de la dirección judicial del proceso, la superación del principio dispositivo por el inquisitivo, el impulso procesal oficioso, el principio de inmediación, el principio de economía, el de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales y el principio de socialización del proceso.

VII. ¿Quién debe ser magistrado constitucional?

Un verdadero magistrado constitucional debe ser un ***conocedor profundo e integral del Derecho*** y tener ideas claras sobre otras ciencias afines

2. *Ibidem*.

como la economía, la sociología, la ciencia política, por ejemplo. Además, debe comprobar su especial manejo del **Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional**; en otras palabras, debe ser un jurista ***especializado*** en los temas de su competencia. De igual manera, es necesario que posea una importante experiencia dentro de la judicatura, ***comprobada probidad y un elevado comportamiento ético dentro y fuera de su desempeño judicial***. Para mayor claridad, concluyo citando las siguientes enseñanzas acerca de quién debe ser un magistrado constitucional:

> En principio alguien que además de estar debidamente capacitado desde la perspectiva académica y profesional, sea de una conducta democrática impecable e intachable, con un apego cierto al constitucionalismo, considerado éste como un sentimiento que implica entender la Constitución como una norma superior que plasma el proyecto de una nación y constituye – en palabras del viejo Marshall – un límite al poder.
> Pero no todo queda allí en el plano personal, la exigencia de ser magistrado del Tribunal Constitucional implica además constituirse en un magistrado cuya única razón de ser sea el apego al texto constitucional y a su correcta interpretación, olvidándose del origen de su designación lo que implica dejar atrás e ignorar cualquier consigna política o sometimiento partidario para convertirse sólo en guardián de la Constitución, sin que ello implique – porque no habría modo – que el magistrado elegido no tenga sus propias tendencias ideológicas como es natural". (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, para que un juez constitucional de esa tesitura pueda actuar con total independencia, se requiere el serio compromiso del Órgano Ejecutivo y de los demás ***factores reales de poder***. Además, posibilitar el eficaz funcionamiento de la Sala o Tribunal, dotándolos de un ***adecuado presupuesto que les asigne recursos económicos suficientes*** y un personal calificado, entre otros aspectos. Pero tan importante o fundamental como lo anterior, es que ese compromiso ***incluya el respeto y acatamiento a los fallos que esta nueva institución produzca.***

Problemática del control de constitucionalidad.

Rigoberto González Montenegro

I. Los problemas jurídico-políticos con relación al establecimiento del control de constitucionalidad.

A. Los diversos criterios planteados con respecto a quién debe ser el guardián de la Constitución.

El sistema de control de constitucionalidad surgido en los Estados Unidos de América es de índole judicial, ello es así en la medida en que éste está atribuido a los jueces o tribunales de justicia. Ahora bien, y como lo anota Gabriel Bouzat, no se puede pasar por alto que "el control judicial de la constitucionalidad es solo una de las formas de asegurar la supremacía de la constitución".[1]

En efecto, cuando se ha planteado la interrogante en cuanto a determinar, ¿quién ha de ser el guardián o protector de la Constitución?, ello ha dado lugar a diversas respuestas. Incluso, esto ha traído como resultado, no sólo que se hayan dado más de una respuesta, sino que ha dado lugar a intensos y candentes debates doctrinales. En ese sentido, histórica resultó la polémica surgida, en su momento, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, cuando abordaron el tema en cuestión.

Es por ello por lo que, aún cuando el control de la constitucionalidad que surgió, como producto del establecimiento de la Constitución de los Estados Unidos de América, haya sido de índole judicial, ello no significa que éste haya sido o sea el único modelo o criterio adoptado, para llevar a cabo tan importante labor para el fortalecimiento del Estado constitucional.

En lo que a esto respecta, se ha planteado lo siguiente: o se atribuye esta función a un órgano o autoridad política, como sostienen algunos o, por el contrario, son los tribunales de justicia los que deben conocer del control de constitucionalidad, como es la posición de otros. Con relación a esta opción, la de índole jurisdiccional, también se debate si la misma debe ser de conocimiento de todos los jueces o tribunales de justicia o del máximo tribunal de la organización judicial o de uno especializado e independiente, incluso, del órgano judicial. Como se ve, se trata de un tema y de una

1. Bouzat, Gabriel. El control constitucional. Un estudio comparativo. En la obra, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Cuadernos y Debates No. 29. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, p.85

función que, por su propia naturaleza, se presta a más de una respuesta o alternativa.

Se puede señalar, por tanto, y como bien lo anota Wilberto Therán Lopera, que:

> "a lo largo de la historia constitucional moderna, la pregunta en torno a quién debe ser el defensor de la Constitución, ha preocupado a juristas y politólogos de todas las latitudes, dadas las tremendas implicaciones teóricas y prácticas que el asunto comporta. En tal sentido se han elaborado múltiples respuestas, asignándose la función de guarda, de manera excluyente, a los clásicos órganos de poder público: legislativo, ejecutivo y judicial, o creándose tribunales constitucionales que participan de una doble naturaleza: judicial y legislativa".[2]

Ello amerita, en consecuencia, tener que abordar las distintas respuestas que tan importante como significativo tema ha suscitado en la doctrina constitucional.

1. Criterio que plantea que el control de la constitucionalidad entraña un problema político.

Esta posición parte de un supuesto concreto, el control de la constitucionalidad no es un problema o asunto de carácter judicial. De ahí que si no entraña un problema de índole judicial, su solución no debe ser de competencia de los tribunales de justicia. Por tanto, cuando surja o se planté un conflicto entre una norma jurídica de inferior jerarquía y la Constitución, esto ha de corresponder dilucidarlo a una autoridad política.

Esta idea queda claramente expuesta, en lo sostenido al respecto por Karl Loewenstein. En efecto, este autor afirma, categóricamente, que "el control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política".[3] Desde luego, adoptar esta posición lleva a tener que cuestionar el control de constitucionalidad en manos de los tribunales o jueces. Tal postura es la que asume el citado autor, cuando manifiesta que, "se produce una situación radicalmente diferente cuando existe el derecho de los tribunales –derecho asumido, usurpado o implícitamente otorgado- para comprobar la constitucionalidad de las leyes emitidas conjuntamente por el parlamento y el gobierno, y para anularlas en el caso de que las consideren anticonstitucionales. Este lado de la función judicial sobrepasa ampliamente el campo legítimo

2. Therán Lopera, Wilberto. El debate Schmitt-Kelsen, sobre el guardián de la Constitución Política. www.unisabaneta.edu.co

3. Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Edit. Ariel, España, 1979, p. 309

de la actividad de los tribunales, que no debería ser nada más que la ejecución de la decisión política tomada".[4]

Ahora bien, si el control de constitucionalidad es "esencialmente, control político", y si la atribución de esta facultad implica una distorsión del sistema jurídico-político que "sobrepasa ampliamente el campo legítimo de la actividad de los tribunales", ¿a quién compete dicho control? Esta interrogante plantea, por tanto, tener que dilucidar a cuál autoridad política ha de corresponder tan relevante función.

Una primera respuesta a tal interrogante lleva a atribuir el control de la constitucionalidad al parlamento, es decir, al mismo órgano constitucional que hace la ley. Esto significaría que más que un control de constitucionalidad, para preservar la supremacía de la Constitución, por parte de un controlador independiente de la función legislativa, se estaría ante un autocontrol por parte de la misma autoridad que hace la ley. Es decir, a la vez que se desconfía de los jueces como los encargados de llevar a cabo el control de la constitucionalidad, se considera que debe ser la misma autoridad u órgano que hace la ley, el competente para determinar la constitucionalidad del acto de su propia creación. Esta es, a fin de cuentas, la idea que subyace a esta alternativa del control de la constitucionalidad.

Señala al respecto la profesora española de derecho constitucional, Remedio Sánchez Feriz, que en este supuesto estaríamos ante "un sistema que en realidad obedece a una concepción de la ley como expresión de la razón y del Parlamento monopolizador de la soberanía nacional para la que resulta inconcebible que el juez pueda juzgar o controlar la labor racional de las Cámaras".[5]

Esta posición, como se puede apreciar, responde a una concepción bien definida, la ley no puede quedar sujeta al cuestionamiento de los jueces, los que se deben limitar a aplicarla. Por lo mismo, de surgir una duda sobre la constitucionalidad de la ley, ha de ser su creador quien determine ello. Este criterio doctrinal también ha dado lugar a sostener que la ley, por tener origen en el órgano que representa la voluntad popular, no debe quedar sujeta, con posterioridad a su aprobación, a control alguno. En concreto, el planteamiento de esta idea sobre el control de constitucionalidad, responde a toda una concepción que tiene que ver con la forma como se concibe la organización y el ejercicio mismo del poder. Es decir, no se da porque si o en abstracto.

Esto es lo que explica, por ejemplo, el sistema de control de constitucionalidad adoptado por Francia, en el que se excluye a los jueces poder llevar a cabo éste. En este país, si bien el control de constitucionalidad no está atribuido propiamente tal a su órgano legislativo, si lo está a un órgano político, como lo es el Consejo Constitucional.

4. Ibídem, p. 308-309

5. Sánchez Feriz, Remedio. Introducción al Estado constitucional. Edit. Ariel, España, 1993, pp. 274-275

La explicación de este sistema, distinto al que se originó y terminó adoptando en los Estados Unidos de América, nos la da el ya citado autor, Gabriel Bouzat, cuando expresa que, "el ideal de que los jueces cumplan un papel limitado y pasivo debe ser relacionado con la creencia optimista del Iluminismo de que la totalidad del derecho podía ser contenida en las leyes escritas dictadas por el poder Legislativo, principalmente en los códigos". A lo que adiciona, "si relacionamos las influencias de la fuerte tradición de estado en Francia con la concepción rousseauniana de la democracia podemos ver la coherencia del modelo francés. El tipo de autoridad centralizada y 'racionalista' …sumado a la idea de que el derecho era el producto de una única fuente de soberanía popular encarnada en el poder Legislativo y a la creencia de que la totalidad del derecho estaba contenida en la legislación explican los rasgos fundamentales de la función y el racionamiento judicial. Esto es, que los jueces se limiten a aplicar el texto de la ley de una manera casi deductiva. Toda crítica o juzgamiento de la ley, independientemente de las razones en las que se funde implicarían, en la lógica del sistema una injustificada limitación de la soberanía popular".[6]

De lo que se lleva dicho, con relación a este criterio doctrinal, en cuanto a considerar el control de constitucionalidad como un problema de índole política, y que por ende debe abstraerse del conocimiento de los jueces, se puede precisar que no se trata, necesariamente, que según éste no deba existir ningún control con relación a la ley, sino que, de considerarse que debe regularse algún tipo de mecanismo por medio del cual asegurar la supremacía constitucional con respecto a la ley, el mismo tiene que ser de competencia de un órgano o autoridad política. Dicho de otra manera, si el control de constitucionalidad es un problema político, política debe ser su solución, por lo que la competencia para determinar, la existencia o no de un conflicto constitucional entre normas constitucionales e infra constitucionales, debe recaer sobre un poder de carácter político.

Esa también es la posición de Carl Schmitt, quien aduce y defiende un criterio cónsono con su concepción sobre lo que implica la Constitución o, si se quiere, por la forma como éste entiende el ejercicio del poder en la estructura del Estado. Así, su posición acerca de quién debe ser el defensor de la Constitución, queda claramente establecida en su ya conocida obra, "La defensa de la Constitución", en la que plantea, desarrolla y sostiene que ésta debe ser defendida por un poder neutral que él identifica, en el caso de Alemania, con el cargo de Presidente del Reich.

Expresa Carl Schmitt, en ese sentido, que:

> "el Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema -construido sobre fundamentos plebiscitarios -de neutralidad e in-

6. Bouzat, Gabriel. Ob. cit. p.87

> dependencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar", termina señalando Schmitt, "existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich".[7]

A juicio del citado autor, esta atribución tiene como sustento, "su estabilidad y permanencia relativa", al ser electo para un periodo de siete años, la naturaleza de las funciones que le competen, entre otras, la facultad de disolver el parlamento, el refrendo y promulgación de las leyes, la protección de la Constitución, todo lo cual lo configura como una institución o poder neutral que, como tal, le permite ser "protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich, institución que además se halla dotada, para caso de necesidad, con atribuciones eficaces", que le van a permitir, a juicio de Schmitt, "realizar una defensa activa de la Constitución".[8]

Ahora bien, esta posición que asume Carl Schmitt con relación al defensor o protector de la Constitución, no la adopta porque sí, sin un sustento doctrinal. Por el contrario, y como se indicó, la misma parte de la concepción que éste tiene con respecto a lo que entiende por Constitución y lo que implican para él, por ende, los problemas o conflictos constitucionales. Es por esto por lo que dicho autor sostiene que, "la demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicios de situaciones críticas para la Constitución",[9] criterio que lo lleva, en el desarrollo de su idea acerca del defensor de la Constitución, a negar que ésta sea una función judicial o que deba estar atribuida a los tribunales de justicia.

La posición que adopta Schmitt, en cuanto al defensor de la Constitución, tiene que ver con lo que Lorenzo Córdova Vianello señala como, las diversas visiones que existen referentes a la relación que se da entre los conceptos de derecho y poder. Así, dependiendo de la perspectiva que se adopte, existen dos tipos de concepciones diferentes con relación a dicho problema; "por un lado, las teorías que subordinan el derecho al poder y, por

7. Schmitt, Carl. La defensa de la Constitución. Edit. Tecnos, España, 1983, p. 249
8. Ibídem, pp.249-250
9. Ibídem, p.27

otro lado, las que subordinan el poder al derecho. Las primeras", nos dice Córdova Vianello, "identifican, sustancialmente, al Estado con un sistema de poder o, mejor dicho, de poderes, que son los que toman las decisiones colectivas y establecen, en consecuencia, las normas que regulan la convivencia social, es decir, el derecho". Estas teorías, anota el citado autor, colocan en el vértice del Estado, la existencia de un poder soberano, "que como tal, puede ser considerado como la fuente de todos los poderes y de las normas que de éstos emanan".[10]

Esta concepción se conoce como decisionismo, cuya idea central consiste en sostener que, "es el poder el que crea al derecho y el que, por lo tanto, prevalece sobre éste último".[11] Contrario al decisionismo, encontramos las teorías que responden al denominado normativismo, las "que dan prevalencia al derecho sobre el poder", y conciben al Estado "como un sistema ordenado de normas estructuradas jerárquicamente que derivan, en su conjunto, de una norma superior".[12]

No se trata, en este caso, de entrar a desentrañar toda la controversia o debate que existe alrededor de estas teorías, acerca de la relación entre el poder y el derecho, como de lo que va a implicar, en la práctica, asumir una u otra doctrina. Lo importante a resaltar, para el tema del control de la constitucionalidad, es que según el criterio que se tenga, así será la respuesta que se dé, al momento de afrontar y determinar el problema que conlleva la defensa de la supremacía constitucional, vía el control de constitucionalidad. Es decir, si el control de la constitucionalidad se va a plantear como un problema político o como uno de índole jurídico. Lo que debe quedar claro, en última instancia, es que todo lo que entraña la tutela o defensa de la supremacía constitucional, nos va a colocar ante un problema complejo, con posiciones doctrinales encontradas y, desde luego, controvertibles y con más de una solución.

Abordar el complejo problema del control de constitucionalidad nos va a colocar, siempre, ante la conflictiva relación entre el poder y el derecho. De ahí los diversos criterios que se han adoptado, incluso, al momento de desentrañar toda la problemática de la interpretación constitucional, a fin de dar legitimidad a tan relevante función a la hora de resolver las controversias constitucionales. Ante lo que se viene planteando, la pregunta a formular es, ¿se puede establecer una clara diferencia, y por ende separación, entre lo político y lo jurídico que haga posible, a su vez, resolver, sino todos los problemas, por lo menos los de mayor contenido conflictivo, desde una óptica o estrictamente política o únicamente jurídica, según sea el caso? De

10. Córdova Vianello, Lorenzo. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre, número 015, Universidad Nacional Autónoma de México, p.48
11. Ibídem, p.49
12. Ibídem, p.49

igual manera, cabría preguntarse, ¿los problemas constitucionales son de índole política o jurídica? O mejor dicho, al resolver éstos ¿se podrá hacer una perfecta escisión o estricta separación entre lo político y lo jurídico, de manera que esto último no se vea contaminado de lo político? Dejamos planteadas estas interrogantes para abordarlas con posterioridad.

2. El control de constitucionalidad como un problema de índole jurídico.

Esta posición doctrinal, hoy ampliamente mayoritaria, parte de un supuesto claro y concreto a saber: si la Constitución es una norma jurídica, su defensa, y consiguiente protección frente a normas jurídicas de inferior jerarquía, ha de corresponder a los jueces o tribunales de justicia. Es decir, resolver un conflicto entre normas, en la que una de ellas es la Constitución, debe ser una tarea de competencia de los tribunales de justicia y no de las autoridades de índole política.

Así quedó definido, por lo demás, cuando se estableció el control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América, país en el que surgió el control de constitucionalidad de carácter jurisdiccional. Esta idea era la que planteaba y sustentaba Hamilton, en su ya citado artículo de opinión cuando expresaba que, "si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de sus límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes", afirma categóricamente Hamilton, "es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así deber ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios".[13]

Este criterio, como hubo oportunidad de ver, es el que terminó acogiéndose e imponiéndose, cuando se resolvió la causa planteada ante el Tri-

13. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay. Ob. Cit. p.332

bunal Supremo de los Estados Unidos de América, y que dio lugar al ya analizado fallo *Marbury versus Madison.* En ese sentido y lo importante a resaltar es que, como lo anota Carlos S. Nino, "el control judicial de constitucionalidad nació en su forma moderna con el precedente constituido por el caso 'Marbury vs. Madison' dictado en 1803 en los Estados Unidos. No obstante cierta anticipación de ésta facultad de los jueces en 'El Federalista', aunque no en el texto explícito de la Constitución norteamericana, fue recién con ese fallo, y específicamente con el voto famoso de Marshall…que se sentaron las bases de lo que se conoce como la facultad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas dictadas por órganos democráticos".[14]

La idea en la que se fundamenta el control judicial de constitucionalidad va a implicar, por tanto, confiar esta función a los jueces. Y se entiende que es función de los jueces porque se concibe a la Constitución como una norma jurídica. Ello entraña ubicar la solución de los posibles conflictos de normas que puedan surgir, entre leyes de inferior jerarquía y la Constitución, en un ámbito estrictamente jurídico. Tratándose tales conflictos de índole jurídica, su solución ha de ser, como no puede ser de otra manera, de carácter jurídica. Siendo esto así, es por lo que ello debe ser de competencia de los tribunales de justicia. Es a los jueces, luego entonces, a los que compete la defensa de la supremacía constitucional.

Esto no significa, por lógico que pueda resultar atribuir el control de constitucionalidad a los jueces, que tal posición doctrinal no haya sido, tanto en el momento de su surgimiento como con posterioridad, objeto de debates o discrepancias. Por el contrario, y como lo anota Fernando N. Barrancos y Vedia, "el tema del control judicial de la constitucionalidad de las normas emanadas de los otros poderes es, por cierto, y especialmente en cuanto dicho control es 'difuso', un problema que en los Estados Unidos, país en el cual 'surgió', dio lugar a largas y profundas polémicas, especialmente a mediados del siglo XX. El núcleo central de la discusión", advierte el citado jurista argentino, "estriba en su 'legitimidad''.[15]

Pese a no ser pacífica la aceptación del control judicial de la constitucionalidad, es el modelo que ha terminado prevaleciendo. Distintas serán las posiciones que se van a adoptar, en cuanto a si atribuir esta función a todos los jueces o a un solo tribunal, como distintos criterios existirán en cuanto a si se atribuye el control de constitucionalidad al máximo tribunal de justicia de la organización judicial o a uno creado, de manera independiente y fuera de la organización judicial, con esa finalidad en concreto. En

14. Nino, Carlos S. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. En la obra, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Cuadernos y Debates No. 29. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, pp. 98-99

15. Barrancos y Vedia, Fernando N. Legitimidad del control judicial de constitucionalidad. www.ancmyp.og.ar, p. 3

todo caso, lo cierto es que hoy día lo que impera es el control jurisdiccional de constitucionalidad.

La existencia del control judicial de la constitucionalidad va a dar lugar, al establecimiento de una jurisdicción constitucional, lo que conlleva, como anota Albrecht Weber, un "examen judicial de los litigios bajo la medida de la Constitución", que supone, "la existencia de una Constitución formal (no necesariamente un único texto constitucional) a la que se reconoce primacía (*primacy, primauté)* sobre las leyes y los actos jurídicos".[16]Lo que significa, expresado de otra manera, que no es suficiente con el establecimiento de la Constitución, sino que ésta debe ser concebida como una norma jurídica, que como tal debe ser considerada como la de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, siendo posible, a su vez, poder determinar, por parte de los jueces o tribunales de justicia, la constitucionalidad o conformidad de las leyes y actos jurídicos, con lo previsto en la Constitución. Esto último con la finalidad de hacer prevalecer, y por ende preservar, lo previsto en la norma suprema o fundamental del ordenamiento jurídico, o sea, la Constitución.

Esta idea o criterio doctrinal, es la posición que asume, desarrolla y defiende Hans Kelsen, cuando expone su concepción sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. Expresa dicho autor, en ese sentido, que "defensor de la Constitución' significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una 'garantía' de la Constitución. Dado que ésta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la 'violación' de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión".[17]

Adiciona a ello Hans Kelsen, que "el reclamo *político-jurídico* de garantías de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho".[18]

Ahora bien, planteado el tema, y por tanto el problema, en cuanto a la importancia que implica la garantía de la Constitución, como mecanismo a través del cual hacer efectiva la supremacía de la misma, lo que se impone es abordar la formulación de tal garantía constitucional. No se trata de reconocer solamente, dicho de otra manera, la necesidad de la garantía de la Constitución, de la necesidad de su protección, sino de estructurar el sistema que haga posible su defensa, ante las posibles violaciones de la

16. Weber, Albrecht. Tipos de jurisdicción constitucional. www.cepc.es, p. 584
17. Kelsen, Hans ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Edit. Tecnos, España, 1995, p.3
18. Ibídem, p. 4

Constitución. Esto de por si entraña, por consiguiente, tener que determinar ¿a quién atribuir dicha función?

Frente a esta realidad plantea Hans Kelsen lo siguiente: "no hay supuesto de garantía de la regularidad en el que exista mayor tentación de confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano del que han emanado que el de la garantía de la Constitución. Pero en ningún otro caso estaría más contraindicado este procedimiento. Porque la única forma en la que se podrá ver en cierta medida una garantía eficaz de la constitucionalidad-declaración de la irregularidad por un órgano distinto y obligación para el órgano autor del acto irregular de anularlo-es aquí impracticable, porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de forma eficaz. Sería, además, una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano le haya declarado inconstitucional".

Adiciona a tal reflexión el autor en mención que, "en realidad, el órgano legislativo se considera a sí mismo como libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente, aunque en medida relativamente limitada, lo está. No es, pues, con el propio Parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución".

¿Qué hacer ante tal situación? "Es a un órgano diferente del Parlamento", señala Kelsen, "independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional".[19]

Como es fácil deducir, Hans Kelsen no sólo se plantea el problema de la protección de la Constitución, en cuanto a la importancia o necesidad de su garantía como norma suprema, sino que ofrece una solución en cuanto a cómo debe ser formulada dicha garantía. Ello lo lleva, por ende, a adoptar una posición, la que defiende al justificar el por qué de la misma. Lo fundamental de su idea se puede condensar en lo siguiente: 1) nos viene a recordar lo que representa la garantía de la Constitución, como medio para asegurar la constitucionalidad en la actuación de los órganos del Estado; 2) con lo que se asegura la supremacía de la Constitución; 3) requiriéndose, para la eficacia de la garantía o defensa de la constitucionalidad, la independencia entre el órgano que ejerce control y el controlado; 4) función que debe ser atribuida, a un tribunal constitucional. Con ello ubica el problema del control de constitucionalidad en el ámbito jurídico, lo que significa, en última instancia, sustraerlo de las autoridades políticas.

19. Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). Recopilado en la obra, Escritos sobre democracia y el socialismo. Edit. Debate, España, 1998, p.129

De lo expuesto queda claramente establecida la diferencia de este criterio con el anterior, al venir a afrontar el problema del control de la constitucionalidad desde una óptica jurídica, lo que lleva a dar una respuesta jurisdiccional en la solución de los conflictos entre normas de inferior jerarquía y la Constitución.

Luego de lo expuesto, la pregunta a formular es, ¿se resuelve con esto el problema político que entraña el control de constitucionalidad? O esta otra, ¿Cabe una solución estrictamente jurídica de los conflictos constitucionales? La respuesta a éstas y otras posibles interrogantes exige un análisis detenido del tema, por lo que amerita abordarlo en un punto aparte.

B. El positivismo kelseniano y su separación entre el plano jurídico y el político.

Antes de entrar a dilucidar las interrogantes planteadas, a propósito de la problemática que entraña el control de constitucionalidad, en cuanto a si se está ante un problema de índole político o jurídico, resulta importante referirnos, con más detenimiento, al pensamiento de Hans Kelsen y su incidencia, desde su concepción del Derecho, sobre el control de constitucionalidad. La importancia de reflexionar, sobre la posición kelseniana, se da en función en que fue Hans Kelsen quien, al abordar el tema en cuanto a quién debía ser el guardián de la Constitución, lo hizo respondiendo que éste debía ser, como ya se indicó, un tribunal creado con tal finalidad, idea que lo llevó a proponer la creación de los tribunales constitucionales. Es de importancia, en consecuencia, determinar cómo concebía éste el Derecho y las implicaciones que tal posición iba a tener, al configurar el guardián de la Constitución en manos de un tribunal creado con esa finalidad.

Como resulta lógico pensar, el Tribunal constitucional concebido por Kelsen como el guardián de la Constitución, no podía quedar al margen de la forma como éste entendía debía ser el Derecho. Esto es lo que se deriva de la advertencia que hacía el propio Kelsen, cuando dejaba consignado que, "con todo, no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los 'límites' de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Sólo que dicha pregunta, en este contexto, no debe plantearse acerca del *concepto de jurisdicción*, sino acerca de la mejor configuración de su función de acuerdo a sus fines, y que ambos problemas deben mantenerse claramente separados". Expresado esto manifestaba Kelsen que:

> "si se desea restringir el poder político de los Tribunales, y con ello el carácter político de su función…debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su

aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiados generales, no deben emplear terminología difusa, como 'libertad', 'igualdad', 'justicia', etc. De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él"[20].

Como resulta fácil deducir, el guardián de la Constitución que proponía Kelsen, debía configurarse acorde a una Constitución cuyas normas, en la forma como debían ser previstas, limitaran "lo más posible el espacio de *la libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación", por lo que, a su juicio, las normas constitucionales debían tener un contenido que impidieran emplear "términos demasiados generales". Con ello lo que buscaba y pretendía Kelsen, era restringir el poder político de dicho tribunal así como el carácter político de su función. Debía restringirse lo más posible al Tribunal constitucional, en cuanto al ejercicio de sus funciones, a objeto que no incidiera ni ejerciera un poder político preponderante, al conocer sobre la posible inconstitucionalidad de ley, es lo que nos viene a decir Kelsen con su posición. Lo que venía a significar, de ahí, que la concepción del guardián de la Constitución propuesto por Kelsen, era cónsona con su concepción sobre el Derecho. Al plantear su teoría sobre el Derecho, en efecto, lo hacía sosteniendo que, "como teoría se propone única y exclusivamente conocer su objeto. Intenta responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse. Es ciencia del derecho y no política jurídica", a lo que adicionaba:

"Si se autocalifica como teoría 'pura' del derecho, es debido a que se propone asegurar un conocimiento dirigido exclusivamente al derecho y porque pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no pertenezca al objeto exactamente delimitado como derecho. En otras palabras, se propone liberar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños"[21].

Como su posición consistía en crear una teoría "pura" del Derecho, como él mismo lo manifestaba y reconocía en sus reflexiones sobre la materia, ello implicaba tener que adoptar una actitud frente a las denominadas

20. Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser … p.33
21. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Edit. Trotta, España, 2011, p.41

"tendencias ideológicas", por lo que afirmaba, sin rodeos, que "contra ellas se dirige la teoría pura del derecho", pues con ésta se propone "describir el derecho tal y como es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; se pregunta por el derecho real y posible, no por el derecho correcto". Por ende, sostenía Kelsen, su teoría sobre el derecho:

> "…es una teoría del derecho radicalmente realista. Rehúsa valorar el derecho positivo. Como ciencia que es, no se considera obligada a otra cosa que no sea captar el derecho positivo en su esencia y entenderlo analizando su estructura. Muy especialmente, rechaza servir a intereses políticos de cualquier signo que sean, proporcionándoles las ideologías que les permitan legitimar o descalificar el orden social existente"[22].

¿A cuáles consecuencias llevaba una posición como la asumida por Kelsen, en cuanto a plantearse la posibilidad de cuestionar una norma jurídica por su contenido? Pues a afirmar que las normas jurídicas, "no valen en razón de su contenido. Un contenido cualquiera puede ser derecho. No hay conducta humana que, a causa de su valor intrínseco, quede excluida de la posibilidad de formar parte del contenido de una norma de derecho". Siendo esto así, señalaba dicho autor que:

> "No es posible poner en cuestión la validez de una norma de derecho alegando que su contenido no se adecua a un supuesto valor material, por ejemplo la moral. Una norma es válida como norma jurídica únicamente porque se ha originado de una determinada manera, porque ha sido creada en conformidad con cierta regla, porque ha sido establecida siguiendo un método específico. El derecho vale solo como derecho positivo, esto es, como derecho impuesto. La positividad del derecho consiste en la necesidad de ser impuesto y en la consiguiente independencia de su validez con respecto a la moral y a otros sistemas normativos similares"[23].

Esta posición de Kelsen, sostenida en 1934, cuando se produce la primera edición de su obra en la que expone su teoría sobre el derecho y reside para la época en Ginebra, la reitera y mantiene en 1960, cuando se edita una segunda edición de tal obra y reside, para la ocasión, en California, Estados Unidos de América, edición que, según Gregorio Robles, "puede decirse que es 'otro libro', si bien el espíritu general de la obra se conserva y asimismo sus ideas filosóficas de partida"[24]. Expresaba y, por consiguiente,

22. Ibídem, p.51
23. Ibídem, p.83
24. Robles, Gregorio. En la presentación de la Edición de 2011 de la Editorial Trotta del libro de

afirmaba y mantenía Kelsen que:

> "Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por la norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser contenido de una norma jurídica"[25].

El debate que debía abordarse, de ahí en más, con respecto a la validez de una norma jurídica, tendría que ser en cuanto a su aspecto formal, es decir, si su expedición se ajustó o no a lo previsto en la norma fundante o superior, nunca con relación a si ésta es contraria o no al contenido de la norma fundante. Dicho aspecto no podía entrar a considerarse, de surgir una duda o cuestionamiento sobre la validez de una norma, ya que, desde la óptica kelseniana, como se vio, "cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser contenido de una norma jurídica". El debate sobre la validez de una norma jurídica, por tanto, debía circunscribirse sobre su aspecto formal y no en cuanto a su contenido. Tener que entrar a debatir sobre el contenido de la norma jurídica, implicaría el ejercicio de una función política que no compete ni corresponder asumir al Tribunal constitucional y que queda fuera de la concepción del Derecho defendida por Kelsen. Eso son sería contaminar el ejercicio de la jurisdicción constitucional con consideraciones o valoraciones políticas, lo que no compete ni es de la incumbencia del Tribunal constitucional.

Se sigue, de lo expuesto, que el positivismo kelseniano, so pretexto de la pureza metodológica en el estudio y entendimiento del Derecho, como lo advierten Pablo Lucas Verdu y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, pretende "explicar, interpretar y aplicar el derecho conforme a un estrecho enfoque normativista…teniendo en cuenta, prácticamente, sólo las normas articuladas en textos legales que se interpretan conforme a los principios del positivismo clásico (…), porque el entramado institucional apenas se considera"[26]. Cuestionan, en ese sentido los citados autores españoles, que

---

Teoría pura del derecho de Hans Kelsen, correspondiente a la primera edición de 1934 de ésta, p.28

25. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Universidad Autónoma de México, México, 1983, p.205

26. Lucas Verdu, Pablo y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. Manual de Derecho Político. Volumen I, Edit. Tecnos, España, 1987, p.25

es "inadmisible la tajante separación entre el *sein* y el *sollen*, tanto en Teoría del Estado como en el derecho constitucional. La *geometría* jurídica-estatal kelseniana es excesivamente formalista; conduce a una *Teoría del Estado sin-el-Estado* y a un derecho constitucional que desconoce las realidades constitucionales subyacentes. Puede explicar, unidimensionalmente, el derecho en su vigencia o positividad, pero no acierta cuando intenta aclarar su efectividad o eficiencia"[27].

Lo que debe quedar claro, como se precisara más adelante, que si bien fue un gran paso la creación de un Tribunal constitucional para que, de manera especializada, se encargara de la tutela jurisdiccional del contenido normativo de la Constitución, ello no debía llevar a que se entendiera que, el ejercicio de dicha competencia, debía y podía hacerse con prescindencia de la problemática política que tal función conlleva. La defensa de la Constitución, vía el control de la constitucionalidad, no debe limitarse a un tema meramente de formalidad jurídica, sin entrar a debatir sobre el contenido de la norma cuya validez constitucional se cuestiona. Como bien nos lo recuerda José Ángel Marín, cuando señala que:

> "Sabemos que la Constitución no es sólo un texto normativo, sino que en él se produce la expresión de todo un sistema de valores. Por eso, la justicia constitucional supone la defensa de todos y cada uno de esos valores, lo que implica que la función de la alta instancia no puede –no debe-ser completamente aséptica, sino que tiene que coadyuvar, junto con los demás poderes públicos, al desarrollo de los valores que sirven de fundamento a la Constitución"[28].

Expresado de forma concreta, el control de constitucionalidad no puede quedar circunscrito ni consiste ni puede entenderse, como si de un simple ejercicio académico se tratara, mediante el cual lo que se busca es dilucidar, en abstracto, un conflicto entre normas en el que una de ellas es la norma suprema. El control de constitucionalidad que se ejerce, con la finalidad de preservar los valores previstos en la Constitución, no puede hacerse ni tratarse del ejercicio de un poder neutral y ajeno a dichos valores.

Quizás el propio Kelsen era consciente de lo imposible que resulta escindir o separa el mundo y realidad jurídica del mundo y realidad política, cuando al formularse la pregunta sobre ¿qué es justicia?, terminaba contestándose, luego de reflexionar sobre los distintos aspectos que entraña la misma, que "sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se

27. Ibídem, pp.25-26
28. Marín, José Ángel. Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional. Edit. Ariel, España, 1998, p.18

da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia"[29]. Valores que, para poder hacerlos efectivos, y defenderlos cuando el momento lo amerite, pasan por ser recogidos, previstos y tutelados en el ordenamiento jurídico del Estado de que se trate y, cuando los mismos están regulados o consagrados en la Constitución, deben poder ser protegidos vía el control de constitucionalidad. Lo que significa, sin duda alguna, tener que debatir, desde y en ejercicio de las funciones del Tribunal Constitucional, sobre el contenido de la norma jurídica que contenga una propuesta legislativa que desconozca o vaya en contra de dichos valores.

C. El problema jurídico – político del control de constitucionalidad: una visión integral.

Este aparte del trabajo puede iniciarse planteándose una interrogante en concreto, ¿por qué el control judicial de constitucionalidad implica un problema jurídico-político? Esta pregunta puede llevarnos a esta otra, consistente en preguntarse sobre, ¿puede existir un control judicial sobre la ley, que implique un juicio de validez constitucional estrictamente jurídico? O si se quiere, ¿deben existir mecanismos de control jurisdiccional con respecto a las normas jurídicas que emita el órgano legislativo? En fin, ¿por qué la Constitución requiere ser tutelada vía el control de constitucionalidad?

Estas y otras posibles interrogantes como distintos cuestionamientos, es lo que genera un tema tan relevante como de significativa importancia para la consolidación del Estado constitucional de Derecho. Dicho claramente, el control de constitucionalidad en general, y el control de constitucionalidad judicial en particular, han sido y siguen siendo un tema polémico. Por lo que éste entraña en la concepción del Estado constitucional de Derecho, no puede ser comprendido, ni abordado, de otra manera. Sea la forma como se termine configurando o estructurando, siempre generara polémica, controversia. Ello por lo siguiente: el control de constitucionalidad es un mecanismo de control del poder político, lo que como tal exige su justificación y su delimitación.

Cuando Javier Pérez Royo, aborda la problemática del control de constitucionalidad, señala que, aún cuando "la manifestación del problema varía…si el sistema de control de constitucionalidad es *difuso*, ejercido por el poder judicial, o *concentrado,* ejercido exclusivamente por un Tribunal Constitucional…los motivos por los que el control de constitucionalidad de la ley *es objetivamente un problema* para el Estado Constitucional *democrático* son los mismos en ambos", manifestando, en ese sentido, que "en

29. Kelsen, Hans. ¿Qué es Justicia? Edit. Ariel, España, 1982, p.63

último extremo, lo que está en juego son las tres siguientes cuestiones: 1. Las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado Constitucional…2. La legitimidad del control de un órgano democráticamente constituido por otro que no lo está o, al menos, no lo está de manera tan inmediata y directa, además de no ser responsable política y jurídicamente ante nadie. 3. La posibilidad misma de que la decisión del órgano que ejerce el control de constitucionalidad pueda ser tomada en muchas ocasiones jurídica y no políticamente". Es esto, termina advirtiendo Pérez Royo, "lo que convierte a la Justicia constitucional, independientemente de su forma de manifestarse, en algo problemático y no de forma ocasional, sino de manera necesaria y permanente".[30]

Resume básicamente, Javier Pérez Royo, los aspectos más relevantes que surgen cuando se aborda lo que implica el control de constitucionalidad y a los que, en una forma u otra, nos hemos referido, aunque de manera sucinta. En ese sentido, aún cuando el control de constitucionalidad sea de competencia de todos los tribunales de justicia, como sucede en el sistema difuso de justicia constitucional, o esté atribuido a un tribunal en específico, sea éste o no un tribunal especializado, como en el modelo concentrado de control de constitucionalidad, ello no va a eliminar el problema político que siempre va a entrañar el control judicial de verificación de validez constitucional de la ley con respecto a la Constitución. En efecto, y en relación a este aspecto, el debate político que surge y se genera en el entorno legislativo, al discutirse sobre la aprobación de una ley con un contenido polémico, por el tema o materia sobre el que se pretende legislar, y que conlleva toda una controversia política entre los distintos grupos representados en el parlamento, ¿desaparece totalmente cuando, ya aprobada la ley, se cuestiona su constitucionalidad ante el tribunal competente para dilucidar su conformidad con la Constitución?

Aún cuando la labor que se va a llevar a cabo, en procura de determinar o establecer la validez constitucional de la ley, aprobada en tal contexto político, y cuya constitucionalidad se pone en entredicho, se desenvolverá en un ámbito judicial, conforme a criterios y juicios de valor de índole jurídico, ello no elimina, por lo menos no del todo, el componente y carga política del ejercicio del control judicial de constitucionalidad de la ley. Pensar o sostener lo contrario, es desconocer la relación que existe entre el derecho y la política. En otras palabras, la elaboración, y en su momento, la aplicación del Derecho no es ni conlleva el ejercicio de una actividad que se realiza en abstracto, al margen de intereses económicos, políticos o prescindiendo del contexto cultural en el que el Derecho se produce. Como bien lo anota Allan Brewer – Carias, cuando señala que, "si las cuestiones

30. Pérez Royo, Javier. Tribunal Constitucional y división de poderes. Edit. Tecnos, España, 1988, p.p.14-15

jurídicas tienen su propia lógica y su propio tratamiento, al que por supuesto no se debe renunciar, el marco en que se sitúan esas cuestiones es siempre un marco político y social, al que necesariamente también hay que apelar, siempre y cuando no se quiera desvitalizar al máximo la propia teoría jurídica"[31]. Y, desde luego, el control de constitucionalidad no es ajeno a esta realidad, de ahí su problemática.

Nos advierte Néstor Pedro Sagües, con respecto a la relación existente entre derecho y política, que "en su origen y contexto, la norma jurídica se presenta como un acto político. Su politicidad subsiste aún desaparecido el legislador formal o real que la sancionó, por cuanto queda insertada dentro del régimen programativo de la vida comunitaria. La realidad de ese encaje está dada por la vigencia de la norma; esto es, porque alguien la cumple y porque alguien la exige y aplica, fenómeno que también conlleva su enorme cuota de politicidad. También, como vimos, la norma es un acto jurídico".[32] A ello adiciona el citado autor argentino, que "la interpretación judicial principia dentro de un ámbito político: el estatal, dado que el magistrado integra uno de los poderes u órganos estatales. Su función no es privada, sino pública, y actúa como miembro del Estado (…). En diversos Estados republicanos contemporáneos, su *status* político es tan caracterizado, que el magistrado deja de ser un mero apéndice de los otros órganos (Ejecutivo y Legislativo), para constituirse, precisamente, en un ente a cargo del control de la constitucionalidad y legalidad de la actividad de aquéllos. Puede, a mérito de ello, no aplicar la norma proveniente del Parlamento o de otro centro político, cuando esa disposición legal vulnere cláusulas constitucionales. Así se convierte, de manera cierta (y no figurada)", termina señalando Sagües, "en guardián de la Constitución; 'y si bien no es *autor* de la ley, actúa, sí, como institución indispensable para que la norma cobre vida y se encarne en conductas".[33]

Como se ve, no sólo existe una estrecha relación entre el mundo jurídico y el mundo político, sino que la misma se manifiesta, con toda su problemática, cuando del control de la constitucionalidad de la ley se trata. Declarar inconstitucional una ley, emitida por el Parlamento, entraña, sin lugar a dudas, cuestionar su decisión, y cuando tal declaratoria conlleva la derogatoria constitucional de ésta, implica dejar sin efecto la norma jurídica que, en su momento, se debatió y aprobó en base a consideraciones políticas. El juicio de valor o argumentación jurídica que se profiere, al declarar inconstitucional la ley, no hace desaparecer ni elimina, de manera alguna, esa realidad.

31. Brewer – Carias, Allan R. Los retos de la reforma constitucional. http://enj.org/portal//biblioteca/principios_fundamentales p. 15
32. Sagües, Néstor Pedro. Mundo jurídico y mundo político. Edit. Depalma, Argentina, 1978, p.193
33. Ibídem, p. 196

No se trata, al exponer y reflexionar sobre este aspecto del control de constitucionalidad, de restarle valor o importancia jurídica a esta función del Estado constitucional de Derecho. Por el contrario, lo que se busca es, por una parte, analizar la totalidad de los problemas a los que debe hacerle frente, no sólo el establecimiento de este mecanismo, esto en cuanto a determinar quién debe ser el guardián de la Constitución, sino también en cuanto al ejercicio y finalidad del mismo, lo que va a permitir una mejor comprensión en cuanto a la naturaleza o índole del control de constitucionalidad. En última instancia, comprender el control de constitucionalidad, como instrumento jurídico de control del poder político, específicamente de los límites establecidos al poder legislativo, exige comprender que como tal, no se trata del ejercicio de una simple función judicial, mediante la cual se resuelven posibles conflictos entre normas, en las que una de ellas es la Constitución, sino que conlleva, a su vez, el ejercicio de un poder político, ya que mediante el mismo no solo va a cuestionarse la ley como producto del poder legislativo, sino que se va a estar en capacidad de no aplicarla a un caso concreto o derogarla, según el modelo de justicia constitucional adoptado. Y esto, desde luego, no trata ni implica un problema estrictamente jurídico, por más que se recurra a razonamientos o criterios juridícos.

No cabe duda que este es uno de los temas que genera mayor polémica, con respecto al control de constitucionalidad. Esto lleva, de paso, al otro problema que plantea el control judicial de constitucionalidad, específicamente en cuanto a lo que tiene que ver con su legitimidad, la que se contrasta con la que goza el órgano sobre la cual recae su función, en este caso, el poder legislativo. Se cuestiona, en ese sentido, que un órgano, autoridad o poder, cuyos miembros o integrantes no son elegidos democráticamente mediante votación popular, no sólo estén facultados para verificar la validez constitucional de la ley, sino que a su vez tienen y poseen competencia para invalidarla y, de paso, derogarla cuando consideren que ésta resulta contraria a la Constitución, todo ello pese a que los miembros del Parlamento hayan sido elegidos por votación popular.

Diversas serán las posiciones en la doctrina que se asumirán ante los aspectos aludidos, a objeto de dar una respuesta lo más cónsona posible con lo que implica el control de constitucionalidad. Una de éstas es la adoptada por el propio Kelsen quien, a pesar de proponer y defender la creación de un tribunal que en especial se le atribuya el control de constitucionalidad, es consciente del cuestionamiento que se hace en cuanto a la facultad que va a tener dicho tribunal, una vez establezca la inconstitucionalidad de la norma que se señalaba como infractora de la Constitución, al resultar cuestionada la norma proveniente del Parlamento.

Reconocía Kelsen, en cuanto a esto, que "se dirigen, de ordinario, ciertas objeciones a este sistema. La primera es, naturalmente, que una ins-

titución tal sería incompatible con la soberanía del Parlamento", a lo que contestaba que, "no cabe hablar de la soberanía de un determinado órgano estatal, pues la soberanía pertenece, todo los más, al ordenamiento estatal como tal", enfatizando que, "no se puede dejar de reconocer que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo de la misma forma que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas, que la legislación está subordinada a la Constitución exactamente igual que la justicia y la administración lo están a la legislación y que, por consiguiente, el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, tanto teórica como técnicamente, absolutamente idéntico al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración".[34]

En cuanto a la polémica que plantea la facultad atribuida al tribunal competente para conocer del control de constitucionalidad, en el sentido de poder anular las leyes consideradas como contrarias a la Constitución, si bien reconoce que "la anulación de las leyes constituye una función legislativa", el autor en mención manifiesta que la facultad del tribunal constitucional pudiera entenderse como de un "legislador negativo", por lo que termina señalando, "la organización de la jurisdicción constitucional habrá de adaptarse a las particularidades de cada una"[35] de las Constituciones.

Como se puede apreciar, Kelsen no solamente hace alusión a los cuestionamientos que se hacen con respecto a crear un tribunal al que se le va atribuir el control de constitucionalidad en especial, sino que rebate tales cuestionamientos al defender su posición con una argumentación cónsona con la concepción que plantea el control de constitucionalidad como un problema a resolver jurídicamente. Ello queda patente cuando sostiene que, así como la función jurisdiccional y la administrativa están subordinadas a la ley, de igual forma lo va a estar la de hacer las leyes, la que también está supeditada a la Constitución. La única concesión que hace Kelsen, si cabe decirlo, aunque matizada, es cuando señala que la función que compete al tribunal constitucional, de anular la ley considerada inconstitucional, se produce cuando alude a ésta como si de un "legislador negativo" se tratara, esto al manifestar y reconocer, que la anulación de la ley es una función legislativa. Lo complejo y problemático de la declaratoria de inconstitucionalidad, y consiguiente derogatoria de la ley, lo lleva a tener que adoptar dicha posición.

Más directo en su posición es Luis Carlos Sáchica, cuando al referirse, en primer lugar a la interpretación constitucional, sostiene que ésta "es una interpretación política, por el empleo de teorías y conceptos no estrictamente jurídicos. Toda Constitución contiene y expresa, bajo formulaciones declarativas o prescriptivas, una ideología. Pura y sistemáticamente, o en

34. Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la… p.129
35. Ibídem, p. 131

amalgama confusa, a veces, pero siempre como manifestación de una corriente de pensamiento político impulsora de una cierta tendencia de acción política", lo que lo lleva a sostener, al abordar en concreto la naturaleza del control de constitucionalidad, que éste "tiene un aspecto técnico y otro político. El primero determina una cuestión jurídica: ¿Qué norma debe regir? ¿Se excluyen los contenidos prescriptivos de las normas que se confrontan? ¿Hay violación de la norma constitucional?, son las preguntas que debe resolver el juez. Pero ¿es posible divorciar de esa operación técnico-jurídica, la evaluación subjetiva de los contenidos de justicia y de relevancia política que están implicados en toda norma jurídica, más evidente si aquella es constitucional? ¿Cumple el juez, al juzgar la ley, una función política? ¿La Constitución es lo que define el juez? ¿Hay prevalencia judicial sobre las otras ramas del poder? ¿El control judicial de la Constitución instaura *un gobierno de los jueces* que borra la separación y equilibrio de poderes?" Planteado todo esto concluye que, si bien el proceso que se establece a fin de determinar la infracción o no de la Constitución es un proceso jurisdiccional, nos encontramos ante el "ejercicio" de un "poder político, en el sentido montesquiano de freno y contrapeso de las otras ramas del poder".[36]

Como se aprecia, Luis Carlos Sáchica, centra su posición con respecto al control de constitucionalidad reconociendo que éste implica un problema tanto jurídico como político, sin que ello signifique, a nuestro juicio, la adopción de una visión ecléctica. Lo que plantea dicho autor, de forma clara, es que el control de constitucionalidad entraña, a la vez, un aspecto jurídico, ya que al momento de determinar la existencia o no de la inconstitucionalidad de la ley que se considera infractora de la Constitución, quien tiene que dilucidar este conflicto de normas, tiene que desarrollar y poner en práctica, juicios de valor de índole jurídicos, lo que constituye, a decir de Sáchica, el aspecto técnico del problema. Esto no elimina, sino que comprende, el otro aspecto implícito en el control de constitucionalidad, como es el de tipo político. Ahora bien, ¿por qué se da o existe éste? Es decir, ¿por qué se produce el aspecto político del control de constitucionalidad? Una respuesta a esto se infiere de la razón de ser del mismo, al constituir un mecanismo de control a los límites impuestos al ejercicio del poder político regulado en la Constitución. Desde luego, esta respuesta requiere mayor explicación o sustento.

Como bien expresa Luis Carlos Sáchica, el aspecto político del control de constitucionalidad se da en la medida en que su ejercicio entraña, hacer efectivos los límites que en la Constitución se establecen a los otros poderes u órganos constitucionales del Estado, es decir que al ejercerse el control de constitucionalidad, el mismo va a implicar el ejercicio de un poder que sirve de "freno y contrapeso de las otras ramas del poder", por

36. Sáchica, Luis Carlos. El control de constitucionalidad. Edit. Temis, Colombia, 1988, p.p. 5-33-35

decirlo con palabras del autor citado. Dicho de otra forma, así como el constitucionalismo tiene como una de sus características propias, la limitación del poder político, lo que explica el establecimiento de la Constitución, tal y como en su momento se expresó, uno de los mecanismos a través de los cuales se hace efectivo tal finalidad, es por medio del control de constitucionalidad. Por tanto, la existencia de éste, así como su funcionamiento, significará, cuando se plantea un conflicto entre la ley y la Constitución, la solución no de un simple problema jurídico, sino de un problema de delimitación del ejercicio del poder político atribuido al órgano competente para legislar. ¿Qué entraña está delimitación? Es decir, determinar si se ha infringido o no el marco constitucional vía el control de constitucionalidad, ¿qué significa?

Significa, en última instancia, tutelar, defender o proteger los valores, los principios, la concepción sobre la fórmula política del Estado, en fin, más que un simple conflicto normativo, de lo que se trata es determinar hasta donde pueden los poderes constituidos, concretamente el legislativo, ejercer sus funciones sin desconocer, infringir o desbordar el ámbito constitucional que le ha fijado el constituyente al regular sus funciones. Dilucidar esto exige, sin lugar a dudas, hacer, además de un razonamiento jurídico, juicios de valor con un gran contenido político. Como bien lo anota Antonio Carlos Pereira Menaut, cuando aborda la problemática del tema en debate, que "no hay forma de emitir un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad sin hacer, en alguna medida, un juicio político, pues la naturaleza de la Constitución es tan política como jurídica".[37] Esto es así en la medida en que, por una parte y como ya se ha indicado, la Constitución es la norma a través de la cual lo que se busca o pretende, en última instancia, es limitar el ejercicio del poder político y, por la otra, en ésta se establecen los valores y principios fundamentales en base a los cuales se va a desenvolver tanto la actividad de las autoridades como las de los particulares. Y quien debe dilucidar si se ha desconocido o infringido un de los valores superiores previstos en la Constitución debe y tiene que asumir una posición cónsona con dicho valor constitucionalmente regulado. No se trata ni puede ser, el ejercicio del control de constitucionalidad en tales casos, un poder ni indiferente ni neutral en la defensa del valor cuya protección y preservación le compete.

Preservar, vía el control de la constitucionalidad, el contenido de lo establecido en la Constitución, va a exigir, por ende, no una simple labor jurídica sino también política. Mal se podrá tutelar o defender la Constitución, en ejercicio del control de constitucionalidad, haciendo abstracción de toda la problemática de lo que significa, el establecimiento de tal norma jurídica,

37. Pereira Menaut, Antonio Carlos. Lecciones de teoría constitucional. Edit. Revista de Derecho Privado, España, 1987, p. 271

considerada por lo demás, como la suprema del ordenamiento jurídico del Estado constitucional de Derecho. No hay que olvidar, en efecto, que el control de constitucionalidad constituye una garantía de tutela del principio de supremacía constitucional por lo que, como lo indica Antonio Manuel Peña Freire, "la garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir -ni siquiera para su estudio- de los bienes y valores garantizados".[38] Y proteger los bienes y valores que contiene la Constitución, en ejercicio del control de constitucionalidad, conlleva, como se ha indicado, además de un problema jurídico, también uno de índole político, aún cuando dicha defensa se lleve a cabo, ya sea por parte de un tribunal en especial o por parte de todos.

II. A manera de recapitulación.

No cabe duda alguna que, pese a que el control de constitucionalidad trata de un tema ampliamente debatido, que ha sido abordado desde distintas posiciones, y que ha llevado a la adopción de diversos criterios, sobre el mismo no se puede sostener que se haya dicho la última palabra. Es decir, sigue generando polémica. Como bien lo anota Jurgen Habermas, cuando de manera concreta se refiere a la existencia de los tribunales constitucionales, pero que bien puede aplicarse en general al control jurisdiccional de constitucionalidad, "la existencia de tribunales constitucionales es algo que no se entiende sin más", a lo que adiciona, "tales instituciones están ausentes en muchos Estados de derecho. Y allí donde existen...su posición en el edificio de competencias del orden constitucional, y la legitimidad de sus decisiones, son asunto controvertido".[39]

Una de las razones que aduce el citado autor alemán, con respecto a los cuestionamientos que se formulan al control de constitucionalidad, tiene que ver con la distribución de competencias entre el poder legislativo y el judicial, conforme al principio de división de poderes. Señala Habermas, en cuanto a esto, que "la crítica de la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional se efectúa siempre en lo que respecta a la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia; es siempre, por tanto, una disputa en torno al principio de la división de poderes".[40]

En última instancia, en lo que respecta a este cuestionamiento o crítica del control de constitucionalidad, lo cierto es que desde el momento en el que exista la posibilidad, por parte de uno o varios tribunales de justicia, de poder verificar la conformidad o no de la ley a la Constitución, lo que en-

38. Peña Freire, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Edit. Trotta, España, 1997, p. 25
39. Habermas, Jurgen. Facticidad y validez. Edit. Trotta, España, 2010, p.312
40. Ibídem, p.312

traña tener que adoptar una decisión jurisdiccional con relación a una actuación política expresada mediante la ley, tal función va a implicar, siempre, tener que romper con el esquema tradicional de la concepción del principio de división de poderes. Ello porque, según la concepción tradicional del principio de división de poderes, el juez debe limitarse a aplicar la ley con el único propósito de resolver la controversia sometida a su conocimiento. El papel del juez, según la concepción tradicional de la división de poderes, expresado de forma distinta, no es juzgar o cuestionar la ley, sino aplicar ésta. Lo que significa, de ahí, que al juez no le es permitido entrar a cuestionar la validez de la ley.

Se da así, con el control judicial de constitucionalidad, una ruptura con respecto al paradigma como se entendía el principio de división de poderes y la nueva concepción del Estado constitucional de derecho. No se trata que desaparezca o se elimine el principio de separación de poderes, sino que éste toma otra dimensión. Esto es lo que viene a implicar, por ende, el surgimiento y consiguiente establecimiento del control de constitucionalidad. Es esto lo que lo convierte en un problema que hay que abordar, teniendo presente tanto su ámbito jurídico como político. Así, el control de constitucionalidad, al ser el producto del establecimiento de la Constitución, trajo como resultado, al ser considerada ésta como la norma de superior jerarquía del ordenamiento jurídico, la existencia no sólo de la división de poderes, sino a su vez la de éstos, en su condición de poderes constituidos, y el poder constituyente.

Como bien lo anota, con relación a este aspecto, Manuel García Pelayo, el Estado constitucional "tiene como supuesto esencial de su existencia la división primaria y fundamental entre poder constituyente y los poderes constituidos, establecida en su día por Sieyes como supuesto del sistema constitucional y según la cual los poderes constituidos no pueden invadir la esfera reservada al constituyente". Adiciona a ello el jurista español que:

> "el Estado constitucional de Derecho parte del supuesto de que el poder constituyente no sólo fundó en su día los poderes constituidos con sus respectivas competencias y límites de acción, sino que los fundamenta permanentemente, pues la voluntad y racionalidad subjetivas del constituyente se objetivaron en su día en la voluntad y racionalidad objetivas de la Constitución y, por consiguiente, la custodia de ésta es la garantía de la custodia de la Constitución entre ambos poderes".[41]

41. García Pelayo, Manuel. Estado legal y Estado constitucional de Derecho. Obras Completas, vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, p.p. 3033-3034

Por consiguiente, la distinción entre poderes constituidos y el poder constituyente, de igual manera, la existencia de la Constitución erigida sobre la base del principio de supremacía constitucional, va implicar, en el caso específico del poder legislativo, al estar supeditado también a la Constitución, la posibilidad de someter al control de constitucionalidad a la ley por él expedida. No escapa la ley, por ende, y con ella el poder legislativo, a ser sometida a un control que permita verificar su conformidad a la Constitución. Lo polémico de dicho control no está tanto en que exista, sino en cuanto a quién se le debe atribuir esta competencia. Esto es lo que ha generado, como se ha visto, toda una serie de debates y posiciones, teniendo prevalencia las que sostienen que el control de constitucionalidad debe ser de competencia o de todos los tribunales de justicia o de un solo tribunal en especial.

No hay que olvidar, en todo caso, y es lo que se pretende resaltar, que con el establecimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad, al atribuir éste a los tribunales de justicia o a un tribunal en especial, no se resuelve el problema que entraña el control de constitucionalidad, sobre todo en cuanto a su legitimidad, sino que se mantiene. Esto es lo que sigue caracterizándolo como un tema polémico y de continuo debate. No obstante, y a pesar de ello, en la actualidad es el que ha tenido mayor desarrollo y el que ha permitido, por una parte, la protección, de manera eficaz, de la concepción de la Constitución como norma de superior jerarquía del ordenamiento jurídico y, por la otra, la consolidación del Estado constitucional de derecho.

INSTRUMENTOS PROCESALES

Tendencias Jurisprudenciales del amparo Panameño[1]

Por: Jerónimo Mejía Edward

I. Introducción

El Código Judicial regula el amparo en el Libro IV como una de las Instituciones de garantías que se consagran en el mismo[2]. Se trata de una acción que fue incorporada por primera vez en el ordenamiento constitucional panameño a través de la Constitución de 1941, y reiterada en las siguientes constituciones: la de 1946 y la de 1972 con todas sus modificaciones.

Existe consenso en atribuirle al Doctor José Dolores Moscote la iniciativa y gestión de su primer texto, el cual ha sido prácticamente replicado en las posteriores constituciones. El tenor del artículo 189 de la Constitución de 1941 es el siguiente:

"Artículo 189. Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier funcionario público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. La Ley determinará la forma de este procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales.

El recurso a que este artículo se refiere será siempre de competencia del Poder Judicial."

Moscote, al comentar la norma anterior en su Libro El Derecho Constitucional Panameño, señalaba que "No hay en las constituciones modernas antecedentes precisos de este artículo, que da forma y contenido a un recurso estrechamente emparentado con el que contempla el [artículo] 188 en salvaguarda de la integridad de la constitución, con el juicio de amparo mejicano y con el *habeas corpus* cuyos orígenes son bien conocidos".
Agrega que:

---

1. Ponencia dictada por el Magistrado Jerónimo Mejía Edward el 7 de junio de 2013, en las XIX Jornadas de Derecho Constitucional del Centro de Estudios y Formación Constitucional de Centroamérica y el Caribe (CEFCCA), efectuadas en el Salón de Audiencias del Segundo Tribunal de Justicia del Palacio de Justicia Gil Ponce de la Ciudad de Panamá.
2. Junto al amparo de garantías fundamentales, el referido libro también disciplina la guarda de la integridad de la constitución y el habeas corpus.

El punto de enlace ideológico de las tres instituciones [se refiere al control de constitucionalidad de las leyes, al juicio de amparo y al habeas corpus] está en la supremacía que todos acuerdan a la constitución, al considerarla como suprema amparadora de los derechos ciudadanos, en cuanto éstos puedan ser vulnerados por leyes emanadas del órgano legislativo o por actos u órdenes de las autoridades públicas que no se ajusten a las normas de aquélla. Punto éste muy significativo en el que se destaca nítidamente un rasgo característico de nuestro derecho público en el cual, a la vez que adquiere singular importancia, el principio de la constitucionalidad de las leyes queda prácticamente asegurado por medio de diversos recursos instituidos por la misma constitución. Estos recursos, si bien convergen a idéntico fin, se diferencian, no obstante, por los campos de acción o las ocasiones en que pueden ser interpuestos.

El artículo 188 encomienda a la corte suprema de justicia la guarda de la integridad de la constitución cuando sean denunciados ante ella leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones por inconstitucionalidad o cuando por igual causa le consulten los funcionarios judiciales. No obstante la amplitud de este recurso, no presta margen alguno para hacerlo servir a fines diferentes de los que contempla el artículo que lo crea. La competencia que así se establece por ministerio de la propia constitución, es, por limitativa, excluyente de toda otra competencia en virtud del principio de la separación de funciones. Pero sucede que los preceptos constitucionales no solo pueden ser violados por disposiciones de la ley, o del reglamento, sino que pueden serlo también, y frecuentemente lo son, por disposiciones u órdenes de las autoridades o funcionarios públicos, atentatorias de la libertad de las personas, garantizada de diversos modos en el estatuto de los derechos individuales. Para reparar en tales casos la ofensa que pueda inferirse al ciudadano se ha instituido el recurso de *habeas corpus* (artículo 28), remedio jurídico eficacísimo para su objeto, que no porque algunas veces no produzca los resultados que de él se esperan, deja de ser una verdadera espada de Damocles que amenaza caer sobre las voluntades tocadas de arbitrariedad. Pero, sucede que, también en éste dominio, creada virtualmente por la constitución, existe una competencia como la que se desprende de los términos del artículo 188, limitativa y excluyente, que dejaría sin sanción inmediata y apropiada otros modos de violar el estatuto fundamental, que si no van directamente contra el derecho que garantiza el recurso de *habeas corpus*, sí pueden afectarlo indirectamente y aún causar grave injuria a otros derechos de la personalidad, igualmente garantizados en la constitución.

> Estos modos consisten en 'órdenes de hacer o de no hacer' algo, debe entenderse, preciso y concreto, susceptible de producir situaciones opuestas a los derechos y garantías constitucionales. Para contrarrestar los efectos injurídicos de tales situaciones, para cerrarle la puerta a toda posible arbitrariedad, bajo una de sus formas que, ni implícita ni explícitamente está contemplada en los artículos 188 y 28 de la constitución, es para lo que existe el procedimiento sumario de amparo que establece el artículo 189.[3]

Moscote deja expresamente consignado de dónde provino la influencia del amparo panameño, la cual queda radicada en el juicio de amparo constitucional mejicano, el que, según Moscote, "tiene tal carácter de generalidad que no hay, ley, acto, disposición federal o de los estados que dé lugar a una controversia que no quede sujeto al conocimiento de la corte suprema de justicia o de los tribunales, según los casos".

Pero ese rasgo característico –el de la generalidad de los actos susceptibles de impugnación- no fue tenido en cuenta por el constituyente panameño. Por el contrario, conforme señala Moscote, "Dado que ya eran patrimonio nuestro la del *habeas corpus* y la que asegura la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, en condiciones adecuadas a los fines previstos en la constitución, no había mucho que espigar en el campo que ofrecía el juicio de amparo mejicano y he aquí, seguramente, por qué el artículo 189 bajo una forma general que, por un lado, comprende 'a toda persona' y a 'cualquier funcionario público' y, por otro, 'los derechos y garantías constitucionales' (todos) sólo considera como motivo que hace procedente el recurso una simple orden que puede ser de 'hacer o de no hacer'. Lo que ya es bien indicativo de la intención del constituyente: ampara al ciudadano o habitante de la república contra una clase limitada de posibles violaciones de la ley constitucional. Cualquier otro propósito habría sido crear la confusión en donde sólo debía reinar el orden y la armonía."[4]

Ahora, si el amparo, tal como figura en el artículo 189 de la Constitución de 1941, estaba indicado para revocar órdenes de hacer o de no hacer, es decir, en palabras del propio Moscote: "una clase limitada de posibles violaciones de la ley constitucional", lo lógico y procedente era determinar qué es una orden de hacer o de no hacer?, interrogante a la que Moscote le da respuesta en los siguientes términos: "Si las palabras se toman en su recto, lógico y natural sentido, no puede ser otra cosa que el mandato emanado de una voluntad *arbitraria,* dirigido a procurar de parte de aquélla [a] quien se impone, la ejecución o la no ejecución de un acto del cual resulte disminuido con el goce de algún derecho que la constitución le reconoce y garan-

3. Moscote, José D. El Derecho Constitucional Panameño, Universidad de Panamá, 1960, pp.590-591.

4. Ibidem pp.593-594.

tiza. Tal orden o tal mandato, en último análisis, sólo puede ser atentatorio contra la libertad propiamente dicha, contra los derechos fundamentales del ciudadano de que trata el título III de la constitución, ya que los demás que ésta le asegura, tienen suficientes garantías orgánicas que pueden hacerse efectivas por otros medios."[5]

Se trata de un mandato, en sentido estricto, que no deja espacio para incluir en ese concepto a aquellas situaciones que no revistan las características de una orden, aunque estemos ante un evento en el que se aprecie la violación de un derecho o garantía fundamental.[6] Esta conceptualización de lo que es una orden de hacer o de no hacer (aunque con algunas implicaciones un tanto diferentes[7]), ha desempeñado una influencia mayúscula en el entendimiento jurisprudencial de los artículos constitucionales que consagraron el amparo en las constituciones de 1946 y 1972 (con sus modificaciones), pues durante mucho tiempo, y a pesar de la existencia de épocas en las que se amplió un poco el criterio de lo que es una orden de hacer o de no hacer, ha persistido la aplicación del concepto de Moscote, dejándose de tutelar una serie de violaciones a los derechos y garantías fundamentales de las personas, por la única razón de no revestir el acto de que se trate la característica de una orden de hacer o de no hacer. Sin embargo, he de confesar que, afortunadamente, esa tentación por limitar el concepto del acto impugnable a través de un amparo mediante la utilización del criterio cerrado de Moscote sobre lo que es una orden de hacer o de no hacer, se puede afirmar, que en la actualidad, ha sido superada, mediante criterios jurisprudenciales que no están en la categoría de tendencia, sino que se encuentran consolidados. Hoy día se aprecia en la jurisprudencia de la Corte Suprema la utilización del concepto de acto, como suceso que abre las puertas para la promoción de un amparo. Con todo, esporádicamente, se advierte algún proyecto de decisión e, incluso, alguna que otra decisión que apela al concepto de orden de hacer o de no hacer en sentido estricto, lo que evoca la sensación de que el espíritu de la restricción parece resistir los aires y espacios de libertad garantizada, tan necesarios en una sociedad democrática y en un Estado Constitucional de Derecho que precise ser llamado e identificado como tal.

5. Ibidem p.594.

6. Ibidem p. 596-597.

7. El concepto de orden de hacer o de no hacer manejado por Moscote lo llevaba al extremo de no hacer viable la promoción de un amparo por la violación al debido proceso que haya tenido lugar, por ejemplo, cuando se ha impuesto una multa sin haber sido escuchada la persona en el respectivo procedimiento, porque esa grave omisión no constituye una orden de hacer o de no hacer en sentido estricto (Cfr. Op. Cit. pp. 596-597, en la que cita jurisprudencia del Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de 22 de septiembre de 1941). Esa no es la manera como con posterioridad se usó el concepto de orden de hacer o de no hacer, pues aunque en ese tipo de violaciones no se aprecie expresamente una orden, la jurisprudencia ha tutelado la garantía del debido proceso cuando no se ha citado a la persona.

Ahora bien, el diseño del amparo contemplado en el artículo 189 de la Constitución de 1941 permitía la procedencia del mismo contra órdenes de hacer o de no hacer que fuesen expedidas por funcionarios judiciales, pues la fórmula conforme a la cual "Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, *por cualquier* funcionario público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta constitución consagra...", así lo sugiere. Moscote no sólo estaba consciente de ello sino que la fórmula misma que utilizó tenía el propósito de hacer viable el amparo contra órdenes de hacer o de no hacer dictadas por funcionarios judiciales, pues "También ellos pueden caer en la tentación de apartarse de las pautas que le señala su grave ministerio; pero en este caso débese andar con mucho cuidado al calificar las órdenes que pueden impartir"[8]. En efecto, decía Moscote:

> Muchas de éstas son 'órdenes de hacer o de no hacer' en sentido lato, de modo que apenas habrá algunas que no estén incluídas en la de esta clase. En realidad, la mayor parte de las decisiones judiciales son verdaderas órdenes, explícitas o implícitas. Basta, sin embargo, que ellas sean dadas en virtud de las leyes que regulan los procesos para que ya por esta sola razón se considere que no las comprende el artículo 189. Esas leyes determinan una competencia, regulan ramas enteras del derecho y proveen o deben proveer los remedios legales aplicables para corregir, para subsanar, los errores de cualquier clase en que los jueces incurran con motivo de su aplicación. Solamente cuando éstos se aparten del orden jurídico al que se hayan vinculados dictando 'órdenes de hacer o de no hacer' en sentido estricto, violatorias directamente de los derechos y garantías constitucionales que salvaguarda la constitución, es cuando procede contra ellos el recurso sumario de amparo de que habla el artículo 189 comentado. En cualquier otro caso o situación su uso es incorrecto, inoperante.[9]

De todo lo que hemos señalado con anterioridad se puede inferir lo siguiente:

1. El amparo fue pensado por Moscote como una garantía constitucional dirigida a tutelar los derechos y garantías fundamentales individuales y sociales previstos en el título III de la Constitución de 1941;

2. Cuando cualquier funcionario público (entre los cuales estaban los jueces, las autoridades del ejecutivo y del legislativo) expidiera contra cualquier persona una orden de hacer o de no hacer, entendida como un mandato emanado de una voluntad arbitraria dirigido a procurar un hacer o un no hacer de parte de una persona;

8. Ibidem. p.594.
9. Ibidem. p.595.

3. Que viole *directamente* los derechos y garantías que la constitución consagra.

Dicha acción, tratándose de órdenes proferidas por los jueces, sólo procedería "cuando éstos *se aparten* del orden jurídico al que se hayan vinculados dictando órdenes de hacer o de no hacer en sentido estricto, violatorias directamente de los derechos y garantías constitucionales", porque basta que las órdenes "sean dadas en virtud de las leyes que regulan los procesos para que ya por esta sola razón se considere que no las comprende el artículo 189", aunque sea errada, pues para esto sirven los recursos.

He querido presentar, grosso modo, el pensamiento del maestro Moscote, porque el mismo ha tenido influencia, consciente o inconscientemente, durante la evolución jurisprudencial del amparo, y porque parte del mismo fue el que hubo de ser superado para poder ampliar el concepto de orden de hacer o de no hacer por el de acto, que es un criterio mucho más abarcador y que permite la tutela en mejor forma de los derechos y garantías fundamentales. En efecto, uno de los principales obstáculos para el establecimiento de las bases de una adecuada protección de tales derechos y garantías, tiene lugar cuando las personas no pueden encontrar tutela por violación a sus derechos o garantías en los eventos que tienen el potencial o la efectividad para infringirlos, cuando se limita esa tutela a órdenes de hacer o de no hacer, en sentido estricto, porque quedan por fuera todas aquellas situaciones en las que no ha mediado un mandato contra alguno.

Una aclaración es indispensable. No se mal interpreten mis palabras cuando me refiero a las implicaciones del pensamiento de Moscote en la actualidad, pues no queda la menor duda que fue un hombre excepcional y visionario. Con su mediación, se incorporaron una serie de instituciones jurídicas de gran impacto en nuestro ordenamiento jurídico, de las que el amparo es sólo una de ellas, institución que en varios países no existía para la época en que fue consagrado en la Constitución de 1941. Por ejemplo, en su obra, La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, Mauro Cappelletti, tras añorar la existencia de un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales en Italia y reconocer que la ausencia de ese medio de protección no era exclusiva de su país, señalaba que en otros lugares esa omisión "ha sido, o está en vías de serlo, radicalmente transformada, mediante la creación de un medio de tutela jurisdiccional, no solamente *general*, es decir, para la defensa de *todas* las 'situaciones activas fundamentales' del sujeto privado frente al Estado, sino también *eficaz o reforzado*, todo lo cual se obtiene conformando tanto la estructura del procedimiento como la composición, la autoridad y los poderes del tribunal, sobre las peculiaridades de la función ejercitada"[10].

10. Cappelletti, Mauro, La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, traducción de Héctor Fix Zamudio, Imprenta Universitaria, México, 1961, p. 15.

Y concluía que la falta en Italia de una "institución capaz *de realizar en forma efectiva* los derechos fundamentales... [de] Un modo, diríamos, *diferenciado, reforzado,* diferente por su estructura, y fundamentalmente por sus efectos, del que se persigue en los juicios ordinario", determina, en el mayor número de casos, la inadecuación de la tutela y, consiguientemente, provoca la ineficacia del derecho, o más precisamente, de la 'situación' contenida en la Constitución[11]

Por ello, si me he ocupado del pensamiento de Moscote, no es para criticar en forma destructiva al maestro, sino para poner de manifiesto que la concepción de orden de hacer o de no hacer que en su momento brindó, determinó durante mucho tiempo, al ser seguido por la jurisprudencia, el tipo de acto que se podía impugnar a través de un amparo, restringió la posibilidad de una apropiada tutela, y tardó en ser superada, para adecuarla a las exigencias constitucionales que la misma constitución reclama y que la sociedad en general requiere. Afortunadamente, la situación cambió en el año 2008 y en la actualidad procede el amparo contra cualquier acto –ya no solo por órdenes de hacer o de no hacer- que sea potencialmente idóneo para infringir o que efectivamente haya infringido un derecho o garantía fundamental.

Pero la concepción que del amparo tenía Moscote también tuvo una influencia positiva en la jurisprudencia. Basta recordar su pretensión de que el amparo fuese viable contra las órdenes de hacer o de no hacer expedidas por los jueces, para reconocer en ella una argumentación que sería utilizada cuando en los años 70 y 80 se discutía en Panamá si el amparo procedía contra órdenes emanadas de los jueces. En ese período, el pensamiento de Moscote sirvió para sustentar lo que una adecuada interpretación del texto constitucional revelaba: que las órdenes proferidas por los jueces podían y debían ser impugnadas mediante un amparo, tal y como finalmente fue establecido normativamente en el año 1990 mediante el Decreto de Gabinete No. 50.

Otro aspecto positivo de la norma que gestionó Moscote y que pasó a ser el artículo 189 de la Constitución de 1941, corresponde al hecho de que el amparo no sólo puede ser interpuesto por la persona directamente afectada en sus derechos o garantías, por la orden proferida por un servidor público, sino que lo puede promover cualquier persona. Aquí se aprecia la vocación de tutela efectiva que se le pretendía asignar al amparo.

Si Moscote nos sirvió para poner en contexto la evolución del amparo, en un aspecto tan trascendental como lo es el tipo de acto que puede ser impugnado mediante un amparo, y para poner en perspectiva el diseño constitucional que desde el año 1941 ha tenido el amparo, en esta ponencia destacaremos algunas tendencias jurisprudenciales que ya se aprecian en

11. Ibidem p. 5.

los fallos de la Corte en otros ámbitos igualmente importantes, vinculados al amparo. Así, veremos cómo una serie de criterios jurisprudenciales que se aplicaban sobre todo en la fase de admisibilidad, que hacían del amparo una acción con poca efectividad en la tutela de los derechos y garantías fundamentales y que en todo caso, cuando funcionaba, era para atender asuntos vinculados a violaciones del debido proceso, comienzan a superarse poco a poco –aunque al paso de comparsa: dos pasos hacia delante, uno hacia atrás, y a veces dos hacia atrás- y a delinear y configurar una acción de tutela que, constitucionalmente, está llamada a desempeñar un papel primordial en la protección y defensa de los derechos y garantías fundamentales y no sólo del debido proceso, como alguna jurisprudencia, incluso, se ha atrevido a afirmar.

Los criterios obsoletos que, unidos al concepto de orden de hacer y de no hacer, hacían inoperante el amparo, han venido sucumbiendo poco a poco y empieza a observarse una tendencia que se va consolidando, conforme a la cual la exigencia para admitir un amparo, ya no radica en la existencia de una orden de hacer o de no hacer, sino en la lesividad a los derechos y garantías fundamentales que se pueda apreciar en el acto de que se trate. Y ese criterio de lesividad funciona algunas veces, incluso, con total independencia de si, tratándose de una decisión judicial, se haya agotado la vía de impugnación. No se trata de un discurso consolidado. Pero representa un avance trascendental, si se tiene en cuenta el estado anterior de la jurisprudencia. Todavía falta que ese discurso penetre la conciencia y dé los frutos esperados. La nueva posición no descansa, sino en una correcta lectura de la Constitución.

En efecto, la Constitución consagra dos preceptos fundamentales para la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos y garantías fundamentales. Uno aparece en el artículo 17 y el otro en el artículo 215.2. Desde siempre, nuestra Carta Magna ha tenido un artículo con un texto casi idéntico como el del primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Nacional, conforme al cual "Las autoridades de la República *están instituidas para proteger* en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; *asegurar la efectividad* de los derechos y deberes individuales y sociales, y *cumplir y hacer cumplir* la Constitución y la Ley…." Dicho artículo en el pasado fue visto como una verdadera norma jurídica, portadora de eficacia jurídica. Así lo revelan las decisiones de 23 de diciembre de 1977 y de 18 de junio de 1980. Sin embargo, en algún momento, por razones que aún no he terminado de comprender, se perdió la brújula y se comenzó a señalar que esa disposición no era preceptiva. Se trataba de un artículo sin contenido normativo, de una norma programática. Pero, ¿cómo puede ser programático aquel precepto que describe en mejor forma una de las principales razones de ser del Esta-

do y una de las obligaciones cardinales de las autoridades –sino las principales razones de ser y las principales obligaciones-?

Cuando se le da al artículo 17 constitucional el sitio normativo que reclama, se está en capacidad de entender que existe un *deber constitucional de proteger* la vida, honra y bienes de las personas, que la razón de ser de las autoridades es la de *asegurar la efectividad* de los derechos y deberes individuales y sociales, así como la de *cumplir y hacer cumplir* la Constitución y la Ley. Si a esto le añadimos que, conforme el artículo 215.2, "El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial", fácilmente se concluye que el criterio que preside el discurso constitucional, es el de tutela de los derechos y garantías constitucionales, y que con tal sensatez han de interpretarse las normas del ordenamiento jurídico patrio, lo que ha de traducirse en una interpretación que haga viable el reconocimiento, promoción y tutela de los derechos y garantías fundamentales, mas no una exégesis que haga nugatorio la efectividad de los mismos. Los dos preceptos constitucionales a los que he hecho referencia, unido al hecho de la ampliación, por vía normativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad -haciendo que el mismo quede integrado, ya no como en antaño, por algunos derechos de algunos tratados de derechos humanos que a la Corte le placiera integrar, sino por la totalidad de las convenciones sobre derechos humanos vigentes en Panamá- establecen el fundamento normativo para una efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuya eficacia dependerá de que exista vocación, actitud y compromiso de tomarse en serio la vigencia de los derechos fundamentales.

II. Consideraciones generales sobre el amparo

El recurso de amparo de garantías constitucionales, como es denominado por el artículo 54 de la Constitución, no tiene un antecedente normativo específico como reconoció Moscote en la cita que hicimos de su libro con anterioridad, pero fue influenciado por el amparo mexicano según vimos con anterioridad.

Mientras la Constitución lo denomina como un *recurso* que "se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales", el Código Judicial se refiere al mismo en el artículo 2615 como una *acción* que "puede ejercerse contra toda clase de acto que vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución que revistan la forma de una orden de hacer o de no hacer, cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata", estableciendo tanto la Constitución como el Código Judicial que el amparo puede ser promovido por la persona directamente

afectada con el acto recurrido o por cualquier otra, ante el tribunal que la ley determine en razón de la jerarquía del servidor público que dictó el acto (el amparo no es de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema). Ha sido la jurisprudencia, ante el vacío normativo en materia de amparo, la que ha permitido que, además de quienes tienen legitimación para presentar la demanda y del funcionario demandado, participen los terceros que puedan verse afectados con la decisión que profiera el tribunal de amparo.

Mediante el amparo se pueden tutelar, dice el artículo 54 de la Constitución, "los derechos y garantías que esta Constitución consagra". La jurisprudencia ha estimado en algunos casos que los derechos y garantías a los que se refiere este artículo corresponden a aquellos que se encuentran consignados en el Título III de la Carta Magna, que regula los "Derechos y Deberes Individuales y Sociales", particularmente los que figuran en el Capítulo I que trata sobre "Garantías Fundamentales". En otras ocasiones se ha considerado que se trata de todos los derechos individuales y algunos o todos los sociales que consagra el aludido Título III de la Constitución. Existe jurisprudencia que revela la concesión de amparos por violación a derechos constitucionales que no figuran en el Título III de la Constitución.

En lo concerniente al acto impugnable, tanto la Constitución como el Código Judicial se refieren a órdenes de hacer o de no hacer, pero desde el año 2008, particularmente a partir de la sentencia de 21 de agosto (que tuve el honor de redactar como ponente), se ha venido consolidado una jurisprudencia conforme a la cual el amparo es viable contra cualquier acto que sea susceptible de infringir, lesionar, alterar, violar, desconocer derechos y garantías fundamentales, previstos no sólo en la Constitución sino en los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá. El acto debe emanar de un servidor público, condición que tienen, de acuerdo al artículo 299 de la Constitución, "las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general las que perciban remuneración del Estado", pero la jurisprudencia ha permitido y concedido la promoción de amparos contra empresas privadas que prestan servicios públicos. En cambio ha negado la posibilidad de que se presenten amparos contra particulares.

En la actualidad, y desde el año 1990[12], el amparo procede sin discusión contra resoluciones judiciales, siendo en este aspecto una acción o recurso subsidiario, que sólo puede interponerse cuando se hayan agotado

12. Antes de haberse proferido el Decreto de Gabinete No.50 de 1990 mediante el cual se estableció que procedía el amparo contra resoluciones judiciales, existía toda una discusión jurisprudencial sobre la procedencia o no del amparo contra este tipo de actos, apreciándose jurisprudencia a favor y en contra de su viabilidad. Desde el año de 1990 esa discusión ha cesado y cabe sin lugar a dudas un amparo contra resoluciones judiciales, siempre que con anterioridad se hubiese agotado la via impugnativa, existiendo jurisprudencia encontrada respecto a si se trata de la via ordinaria o extraordinaria de impugnación la que habría que agotarse.

previamente "los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate", conforme queda expresamente establecido en el numeral 2 del artículo 2615 del Código Judicial.

La regulación normativa no refleja el carácter subsidiario del amparo respecto de los actos no judiciales que pueden ser impugnados a través del mismo. En efecto, ni el artículo 54 de la Constitución ni los artículos del Código Judicial imponen que en estos casos haya que agotarse previamente la vía impugnativa o los trámites de impugnación. Sin embargo, durante un tiempo la jurisprudencia exigió el carácter subsidiario del amparo en todos los casos, lo cual ha venido mermando debido a una tendencia jurisprudencial que evidencia que la subsidiariedad sólo opera cuando se impugnan resoluciones judiciales.

Vale la pena destacar que el Código Judicial establece los requisitos que debe reunir la demanda de amparo así como el procedimiento que ha de seguirse, pero no fijó un plazo para la promoción del amparo, el cual ha sido precisado por la jurisprudencia en tres meses, contados a partir del día en que se notificó el acto de que se trate o desde el momento en que el afectado tuvo conocimiento del mismo. El cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales por parte del recurrente conduce a la admisión del amparo, siempre que el mismo "no fuere manifiestamente improcedente". Se tiene, entre otros, como casos en los que no procede el amparo, aquellos en los que se pretende demandar leyes o actos generales, "decisiones jurisdiccionales expedidas por el Tribunal Electoral" –no así contra actos administrativos del mismo- o cuando se impugnan decisiones del Pleno de la Corte o de sus Salas, según lo normado en el numeral 3 del artículo 2615 del Código Judicial.

Ha sido la fase de admisibilidad en la que encontramos el mayor desarrollo jurisprudencial del amparo y en la que se puede advertir una jurisprudencia mas bien restrictiva de los fines del amparo, pues se han ensayado interpretaciones que en la mayoría de las veces constituyen obstáculos a la admisibilidad del mismo. Por ejemplo, el concepto de orden de hacer o de no hacer que se venía utilizando, ha desempeñado un papel importante para declarar inadmisibles amparos en los que se impugnaban actos que no tuviesen las características de una orden de hacer, salvo aquellos casos en los que se violaba el debido proceso. Otro ejemplo de jurisprudencia restrictiva tiene lugar cuando se le exige al demandante que aporte la orden original o copia autenticada de la misma y que en caso de que no la haya conseguido, se le demuestre a la Corte las diligencias que evidencien el esfuerzo del demandante para obtener el original o la copia autenticada, a pesar de que el artículo 2619 del Código Judicial solamente exige que "Con la demanda se presentará la prueba de la orden impartida, si fuere posible; o manifestación expresa de no haberla podido obtener". Más adelante veremos los casos

que estimo demuestran que existe una tendencia jurisprudencial de dejar atrás varias de las posturas restrictivas que desnaturalizan los propósitos del amparo.

Superado el filtro de la admisibilidad, el juez o el magistrado sustanciador, según corresponda el conocimiento a un juzgado o a un tribunal colegiado, respectivamente, le requiere a la autoridad demandada el envío de la actuación o, en su defecto, un informe acerca de los hechos materia del recurso, quien debe contestar en un plazo de dos horas, siendo palpable que es en la fase de admisión de la demanda en donde la Corte puede dictar una medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto, cuando se impugna una resolución judicial, pues en estos casos la admisión a trámite del amparo no suspende el acto impugnado, "salvo que el tribunal a quien se dirija la demanda considere indispensable suspender la tramitación o la ejecución para evitar que el demandante sufra perjuicios graves, evidentes y de difícil reparación", de acuerdo a lo previsto por el numeral 1 del artículo 2615 del Código Judicial.

Al no existir una disposición parecida que regule la medida cautelar de suspensión respecto de los otros tipos de actos no judiciales que pueden ser impugnados, alguna jurisprudencia ha estimado, con fundamento en el artículo 2621 del Código Judicial, que con la simple admisión y posterior comunicación de este acto a la autoridad demandada, procede automáticamente la suspensión inmediata de la ejecución del acto –si se estuviere llevando a cabo- o la abstención del funcionario demandado para realizarlo. Pero hay jurisprudencia que sostiene una postura contraria.

No contempla la regulación del amparo la posibilidad de aplicar la medida cautelar de suspensión en una fase distinta a la de la admisibilidad ni existe ningún otro tipo de medida cautelar que pueda adoptarse durante la admisión o tramitación de un amparo. Tampoco consagra la legislación un período para practicar pruebas, pues el artículo 2624 del Código Judicial dispone que tan pronto el funcionario o corporación haya cumplido con el requerimiento de enviar la actuación o un informe acerca de los hechos materia del recurso de amparo, "el tribunal fallará dentro de los dos días siguientes denegando o concediendo el amparo, de acuerdo con las constancias de autos".

A pesar de que fuera de la fase de admisibilidad no se puede aplicar una medida cautelar de suspensión, y pese a que no existe un período probatorio en el que se puedan practicar pruebas a petición de las partes, el artículo 2623 del Código Judicial autoriza a que "Si el funcionario o corporación demandados no atendieren la orden que se les haya comunicado o no la cumplieren dentro del término legal, el tribunal procederá a suspender provisionalmente la orden acusada y a practicar las pruebas que considere conducentes para aclarar los hechos y con vista de ellas fallará prescin-

diendo de la actuación o del informe" que se le ha requerido a la autoridad demandada.

La decisión que profiera el tribunal que conoce el amparo, ya sea denegándolo o concediéndolo, será notificada por edicto y contra ésta puede tanto el demandante como el funcionario demandado apelar dentro del plazo de un día a partir de la notificación, y el tribunal de segunda instancia resolverá, sin más trámite, dentro del término de tres días, con vista de lo actuado. Expresa el artículo 2627 del Código Judicial que "Si la orden impugnada es revocada como consecuencia del amparo, quedan a salvo los derechos del demandante para exigir al funcionario demandado, por la vía ordinaria, indemnización por daños y perjuicios". La sentencia genera excepción de cosa juzgada y anula los efectos que haya podido producir el acto impugnado.

Vale la pena destacar que en el proceso de amparo las providencias que se dicten son inimpugnables, salvo la resolución que no admite la demanda y aquella que decide el fondo de la misma. Por otro lado, está prohibido la promoción de amparos sucesivos contra el mismo funcionario y contra la misma orden dictada por él, aunque se propongan antes tribunales competentes distintos. Finalmente, existe la posibilidad de presentar incidencias de desacato, de recusación y para sancionar la contumacia del demandante que contravenga la prohibición de presentar amparos sucesivos y para sancionar al funcionario que, después de haberse cerciorado de la contumacia del demandante, admita o tramite juicios de amparos que contravengan la expresada prohibición.

Hemos descrito en esta sección brevemente las características del amparo panameño y de su tramitación. En la sección que sigue se abordarán temas específicos que han sido tratados aquí de manera general, para poder apreciar la tendencia jurisprudencial dirigida a dejar atrás aquellos criterios que reducen la eficacia del amparo.

III. Aspectos jurisprudenciales

A. Derechos susceptibles de ser tutelados

El artículo 54 de la Constitución Nacional dispone que "Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole *los derechos y garantías que esta Constitución consagra*, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona".

Como se ha visto, la jurisprudencia ha considerado algunas veces que los derechos y garantías fundamentales a los que alude el referido ar-

tículo, son los que figuran en el Capítulo I (Garantías Fundamentales) del Título III (Derechos y Deberes Individuales y Sociales). Otras veces ha estimado que son los derechos individuales y algunos o todos los sociales que se encuentran en el aludido Título III de la Constitución. Y también ha concedido amparos en los que se han planteado violaciones a derechos constitucionales que no están previstos en el Título III.

Quizá lo importante en la reciente jurisprudencia estribe en la ampliación de los derechos y garantías fundamentales tutelables mediante el amparo, que ha tenido lugar con la ampliación del bloque de constitucionalidad, el cual estaba integrado por algunos artículos de algunos convenios sobre derechos humanos, que la Corte estimare que eran dignos de formar parte del bloque. Por ello, hasta el año 2004, los derechos y garantías constitucionales susceptibles de protección mediante el amparo eran los previstos en el texto constitucional y en aquellas normas de tratados internacionales sobre derechos humanos, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete supremo de la Constitución, había integrado al bloque de constitucionalidad.

A raíz de la reforma constitucional del año 2004, que introdujo un segundo párrafo en el artículo 17 constitucional –conforme al cual "Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona"-, la situación varió, tal y como lo expresó la Corte Suprema en la mencionada sentencia de 21 de agosto de 2008, en la que señaló que "los derechos fundamentales tutelables a través de un amparo pueden estar reconocidos en la Constitución, [y] en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá…".

En efecto, luego de brindar una serie de argumentos que no son del caso transcribir, la Corte concluyó que el artículo 54 de la Constitución Nacional debe ser interpretado de manera sistemática con los artículos 4 y 17 de la Constitución y con los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque esta última amplía el catálogo de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución como mínimos.

A partir del aludido fallo se fue consolidando una jurisprudencia en la Corte, según la cual se pueden invocar como infringidos derechos previstos en los convenios internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte demuestra que en su gran mayoría los pocos amparos que se fallan en el fondo y que se conceden tienen que ver con violaciones al debido proceso. En consecuencia, los derechos fundamentales, por regla general, no encuentran tutela en el amparo,

pues la Corte se excusa o remitiendo el asunto a lo Contencioso Administrativo –una actitud que debo reconocer ha venido decayendo- o expresando que el amparo no constituye una tercera instancia en la que se pueda entrar a valorar pruebas, con lo cual se dejan de tutelar los derechos fundamentales.

Con todo, se observa en la jurisprudencia una tendencia a tutelar los derechos fundamentales distintos de la garantía del debido proceso. Así, la Corte ha decidido casos sobre la libertad de tránsito (que es su más reciente decisión), sobre la libertad de expresión (caso Sabrina Bacal), derecho a la salud, a la maternidad, al medio ambiente, al trabajo, a la libertad sindical, derechos del consumidor, de los menores, de los discapacitados, inviolabilidad de la correspondencia y documentos de los comerciantes, derecho de propiedad, igualdad, entre otros. Pero estos casos representan un porcentaje muy ínfimo frente a los casos vinculados a la infracción al debido proceso.

B. Actos Impugnables

Tradicionalmente, la determinación de los actos impugnables en sede de amparo se efectuaba atendiendo al concepto de orden de hacer o de no hacer.

En ese orden de ideas, y en atención a los criterios imperantes en el momento, el Dr. Edgardo Molino Molina manifestó en la primera edición de su obra "La Jurisdicción Constitucional en Panamá" publicada en 1998 que, para que un acto pudiera ser examinado en sede de amparo, se requería que cumpliera con los siguientes requisitos:

1. Revestir la forma de orden de hacer o de no hacer.
2. Vulnerar derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución.
3. Que por la gravedad e inminencia del daño que representa, requiera una revocación inmediata.
4. Que se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación del acto de que se trate.
5. Que el acto haya sido dictado por un funcionario público que tenga mando y jurisdicción. [13]

El mismo autor refiere una serie de actos que, a juicio de la jurisprudencia, no podían ser revisados en sede de amparo de derechos fundamentales por no revestir la forma de "orden de hacer o de no hacer ". Entre ellos menciona:

13. MOLINO MOLA, Edgardo, "La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado", Biblioteca Jurídica DIKE, Primera Edición, 1998, p. 568.

1. Los actos del Tribunal Electoral así como las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y sus Salas.
2. La Resolución que ordena recibir indagatoria.
3. La orden verbal, salvo que el afectado presente dos testigos hábiles de que la misma fue dictada.
4. La fianza de excarcelación.
5. Los autos que ordenan la ampliación del sumario.
6. Los autos de proceder.
7. Los oficios.
8. Autos Cabeza del Procesos.
9. Sentencias que deciden un amparo, porque no cabe amparo contra amparo.
10. Medidas cautelares.
11. Autos de embargo y venta judicial.
12. Proveídos de mero obedecimiento.
13. Avisos de licitación por ser un acto administrativo de mero trámite.
14. Leyes o actos reglamentarios.
15. Actos administrativos (debe agostarse primeramente la vía contencioso administrativa).
16. No se puede valorar pruebas en amparo (Amparo como tercera instancia).
17. Debe ser contra órdenes vigentes.
18. No cabe contra actos del Presidente de la República.
19. No cabe amparo contra actos de particulares.
20. No cabe contra Autos que admiten acusación particular.
21. No cabe contra la entrega de un pliego de peticiones que hace un Sindicato a una empresa, a través del Director General de Trabajo.
22. No cabe contra las decisiones inhibitorias de las Juntas de Conciliación y Decisión.[14]

La ampliación del concepto de "orden de hacer o de no hacer" por el de "acto" impugnado, ha permitido que en los últimos años se haya ampliado el catálogo de actos susceptibles de ser revisados en sede constitucional subjetiva. Conforme a esta nueva visión del amparo, la jurisprudencia ha comenzado a reducir las cortapisas formales que imperaban en décadas pasadas.

De este modo, se ha podido examinar un importante número de actos que en el pasado estaban excluidos de la posibilidad de ser objeto de control, pese a que dichos actos pudieran potencialmente o efectivamente "...

14. MOLINO MOLA, Edgardo "La Jurisdicción..." pp. 571-590.

lesionar, afectar, alterar, restringir, o menoscabar un Derecho Fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en la CADH y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Panamá y en la ley" (Cfr. Sentencia de 21 de agosto de 2008). Por ello, la gran mayoría de los actos que figuraban en la lista anterior se pueden impugnar.

Junto a la jurisprudencia que apela al concepto de acto, se observa la aparición de otra que ha venido teniendo lugar. Es la relacionada con la posibilidad de impugnar actos que no proceden de servidores públicos y actos generales con efectos particulares. En efecto, la Corte negaba la posibilidad de recurrir actos que no emanaran de servidores públicos y actos generales. Si bien la regla continúa siendo la de impugnar actos expedidos por servidores públicos, la Corte ha conocido de amparos propuestos contra empresas que prestan servicios públicos o contra particulares que realicen servicios de esa naturaleza.

En ese sentido, en la Resolución de 29 de abril de 2010, que decidió la acción de amparo propuesta por la firma **BERMÚDEZ, MORA & ASOCIADOS EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE MAJOLI SERVICES, S. A.**, contra la **RESOLUCIÓN NO. 22 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2009, DICTADA POR LA EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A. (ETESA)**, la Corte Suprema de Justicia expresó lo siguiente:

> "...En el presente caso *sub lite*, el acto demandado en amparo lo constituye la Resolución No. 22 de diciembre de 2009, emitida por ETESA mediante la cual se invalida el contrato administrativo celebrado para la prestación del servicio de vigilancia, custodia y control de acceso de las instalaciones y bienes de la empresa en las provincias de Panamá y Colón.
> ... En cuanto a la naturaleza de la entidad demandada se advierte que **ETESA es una empresa dedicada a la prestación del servicio público de transmisión de electricidad** en alta tensión, instituida como sociedad anónima con capital accionario 100% del Estado panameño sometida al régimen de derecho privado (Véase artículo 25 de la Ley No. 06 de 03 de febrero de 1997, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad". Publicada en Gaceta Oficial No. 23,220 del miércoles 05 de febrero de 1997).
> ... el acto refutado de inconstitucional "*prima facie"* no reviste la característica de provenir de una autoridad pública; no obstante, al efectuarse un estudio detallado del acto mismo, el Tribunal Constitucional observa que se trata de un acto de contratación pública que está regulado por las normas de Derecho Público, lo que conlleva a que sea revisable en amparo, siempre que se alegue la vulneración

de derechos fundamentales. Lo anterior encuentra sustento en La Ley No. 22 de 27 de julio de 2006, por medio de la cual se regula la Contratación Pública en Panamá, la cual dispone que será aplicable a los contratos públicos que realice el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones. De esta manera, al ser ETESA una empresa eléctrica con 100% capital accionario perteneciente al Estado panameño, evidentemente, se encuentra sometida, únicamente, en cuanto a la contratación de materiales, bienes, obras y servicios, a lo dispuesto en la ley referida. Entonces, la Resolución No. 22 de diciembre de 2009, por la cual se rescinde el contrato celebrado por ETESA y MAJOLI **SERVICES, S.A., es susceptible de ser impugnada en amparo, tanto por la entidad prestataria del servicio público de electricidad**, así como, **por la naturaleza del acto "*per se*", es decir, por tratarse de una resolución rescisoria de un contrato administrativo...**" (Las subrayas y negritas son mías).

En lo concerniente a la posibilidad de impugnar actos generales individualizados, la Corte señaló en la sentencia de 17 de noviembre de 2010 (amparo presentado por la Licda. Celma Moncada en su propio nombre y representación contra la orden de hacer contenida en la Resolución No. 02 ADM/ARAP de 29 de enero de 2007 emitida por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá, "Por la Cual se Norma la Recolección de Mamíferos Marinos en las Aguas Jurisdiccionales de la República de Panamá para Cautiverio"), que los mismos pueden ser impugnados mediante amparo.

Otro aspecto que se aprecia en la jurisprudencia es el relacionado con amparo contra tribunales arbitrales y contra la secretaría administrativa de dichos tribunales. La regla ha sido que no proceden amparos contra tribunales arbitrales, pero se observa jurisprudencia en la que la Corte admite a trámite amparos contra de esa naturaleza y los ha fallado en el fondo. Este es el caso de sentencia de 5 de enero de 2010 (amparo promovido contra la Resolución de 10 de febrero de 2010 proferida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá –CeCAP).

También se advierten amparos que fueron admitidos contra la Secretaría Administrativa del Centro de Conciliación y Arbritraje de Panamá pero que no se deciden en el fondo, sino con una resolución en la que la Corte declara que no es viable el amparo, fórmula que utiliza el Pleno para decidir casos que, por alguna u otra razón, han sido admitidos cuando, a juicio de la Corte, no debieron ser

admitidos por improcedentes.

De especial relevancia para la tutela de los derechos fundamentales, es la jurisprudencia que permite tutelar intereses difusos o colectivos.

En la **Sentencia de 17 de noviembre de 2010,** al conocer la mencionada acción de amparo promovida por la licenciada Celma Moncada, actuando en nombre y representación de la Fundación Humanitas, contra la Resolución No. 02 ADM/ARAP de 29 de enero de 2007 dictada por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá, "Por la Cual se Norma la Recolección de Mamíferos Marinos en las Aguas Jurisdiccionales de la República de Panamá para Cautiverio", el Pleno los describió como "...intereses que pertenecen a todos los miembros de un grupo, más o menos amplio, determinado o determinable, que se encuentran vinculados por una relación jurídica (intereses colectivos) o que pertenecen a un conjunto indefinido, pero determinable, de sujetos vinculados por circunstancias de hecho (intereses difusos). En ambos casos, se trata de intereses que se encuentran revestidos de características de indivisibilidad e inapropiabilidad, ya que cualquiera de los miembros puede reclamar su tutela y la solución jurídica que se brinde a un sujeto afecta a todos, y se caracterizan por la no titularidad exclusiva del interés en su totalidad a una persona natural o jurídica concreta, por lo que tampoco pueden ser objeto de apropiación particular por ningún miembro de la colectividad".

De la cita jurisprudencial bajo examen se desprende que la tutela de los intereses o derechos colectivos puede ser reclamada legítimamente por cualquiera de los miembros del grupo al que pertenecen, y en el caso de los derechos difusos, "Es evidente que los intereses difusos afectan al individuo como miembro de la sociedad, en donde no existe un particular ligamen jurídico y, por tal razón, se permite que cualquiera gestione para hacer valer una tutela general o preventiva, pues estamos en presencia de bienes no susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto o colectividad cuyo goce, disfrute y ejercicio es concurrente con el de otros miembros de la sociedad..." (Sentencia del Pleno de **17 de noviembre de 2010)**.

El criterio fue reiterado en la sentencia de 12 de julio de 2011 (amparo presentado por Donaldo Sousa y la Licda. Susana Serracín en nombre y representación de Ismael Quintero Bonilla y otros contra la Resolución AG-0163-2007 de 29 de marzo de 2007 dictada por la Administradora General de la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM).

Finalmente debemos decir que la Corte ha sido constante en negar la posibilidad de presentar amparos contra particulares, pero esta es una postura que, a mi juicio, debe revaluarse, pues la lectura del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del bloque de constitucionalidad y que sirvió precisamente para ampliar tanto el concepto de acto impugnable como los derechos tutelables, permite concluir que el amparo procede contra particulares.

C. Aspectos sobre la admisión del recurso

Para que se pueda admitir una demanda de amparo es necesario que concurra lo siguiente:

a. La persona afectada con el acto, u otra que actúe en su nombre, debe otorgarle poder a un abogado para que presente el amparo.
b. La demanda debe confeccionarse de conformidad con las exigencias previstas por el artículo 2619 del Código Judicial, es decir, debe contener los requisitos comunes a toda demanda, así como: mención expresa del acto impugnado; nombre del servidor público, funcionario, institución o corporación que la impartió; los hechos en que se funda su pretensión; y las garantías fundamentales que se estimen infringidas y el concepto en que lo han sido, acompañando la demanda con la orden impartida, si fuere posible, o manifestación expresa de no haberla podido obtener.
c. La persona ha de poseer y comprobar su legitimación.
d. El amparo debe promoverse dentro del plazo de tres meses.
e. Tratándose de amparo contra decisiones judiciales, debe haberse agotado los medios ordinarios de impugnación previstos por las normas para el caso concreto dentro de la vía judicial.
f. La violación al derecho o a la garantía fundamental ha de ser imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión de un servidor público o de una persona a la que la Corte le haya concedido legitimación pasiva.
g. La demanda no debe ser manifiestamente improcedente.

Veamos alguna jurisprudencia relacionada con aspectos de admisibilidad que demuestran una tendencia hacia el acceso del amparo.

Un argumento frecuente que usa la Corte para no admitir los amparos consiste en señalar que el asunto de que se trata se encuentra en el plano de la legalidad y no de la constitucionalidad. Sin embargo, existe una tendencia cada más marcada de reemplazar ese criterio por el de lesividad.

Así, lo trascendente para la admisión del amparo no es si lo que se discute se encuentra en el plano de la legalidad, sino si el acto impugnado es susceptible de "...lesionar, afectar, alterar, restringir, o menoscabar un Derecho Fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en la CADH y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Panamá y en la ley" (Cfr. Sentencia de 21 de agosto de 2008).

Por ende, es el criterio de lesividad el que se comienza a configurar con cierta fuerza para la determinación de la admisibilidad. Es un criterio que le permite a la Corte sortear impedimentos para una adecuada tutela de los derechos y garantías fundamentales. Con base en el mismo, la Corte ha podido:

1. establecer que el plazo jurisprudencial de tres meses para presentar un amparo no es absoluto, pues si se advierte una grave afectación de un derecho o de una garantía, unido a una convincente explicación de algún motivo trascendente que le haya efectivamente impedido a la persona afectada presentar en tiempo oportuno el amparo, la Corte lo admite, si cumple con los restantes requisitos legales.
2. tratándose de amparo contra resolución judicial, la Corte no ha exigido el agotamiento de la vía, cuando los medios de impugnación no son idóneos para tutelar el derecho o garantía fundamental de que se trate.
3. La jurisprudencia también revela que existe una tendencia de ir dejando atrás el criterio conforme al cual, cuando se impugnan actos administrativos, era necesario acudir a la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, pues si se advierte que el acto recurrido puede infringir un derecho o garantía fundamental, se admite el amparo.

Con anterioridad, la Corte no declinaba competencia ante el juez o tribunal que tuviese competencia para conocer la demanda de amparo. Ahora, sí lo hace. Finalmente, otra causa frecuente de inadmisibilidad consiste en que no se pueden valorar pruebas en amparo porque éste no es una tercera instancia. Sin embargo, comienza a reiterarse una jurisprudencia que, si bien no desconoce ese principio, sí lo matiza. En estos términos se ha pronunciado recientemente la Corte:

El amparo de derechos fundamentales, regulado en el artículo 54 de la Constitución, tiene como propósito tutelar los derechos y garantías previstos en la parte dogmática de la Constitución. El referido artículo dispone que "Toda persona contra la cual se expida

o se ejecute por cualquier servidor publico, una orden de hacer o no hacer, **que viole** los derechos y garantías que esta Constitución consagra, **tendrá derecho** a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona" (El énfasis es del Pleno).

Como se aprecia, el amparo pretende garantizar los derechos y garantías fundamentales de las personas. La jurisprudencia de esta Corporación de Justicia ha venido sosteniendo desde la sentencia de 21 de agosto de 2008, que el amparo no sólo procede contra órdenes de hacer o de no hacer, sino contra todo tipo de acto que sea susceptible de violar o que efectivamente viole derechos fundamentales. Sólo así el amparo puede ser una verdadera acción de tutela.

Ahora, para evitar que ante cualquier acto que podría violar un derecho fundamental se acuda directamente al ejercicio de esa acción constitucional, y siendo que existe una jurisdicción ordinaria establecida para atender los conflictos sociales, el Código Judicial dispuso que el amparo no fuese la primera acción a ejercerse sino, más bien, una institución de garantía subsidiaria, existiendo por tanto la obligación de derivar ante la jurisdicción ordinaria las respectivas pretensiones, a efectos de que sean los jueces comunes los que tutelen los derechos de las personas, quedando relegado, en principio, el amparo como una acción que sólo ha de ejercitarse luego de que se haya agotado la vía ordinaria de impugnación.

Que la jurisdicción ordinaria sea la que en primer lugar tenga que conocer los reclamos o pretensiones que se plantean ante ella y que el proceso que surge culmine regularmente con una sentencia, sea de primera o segunda instancia, no trae como consecuencia que no se pueda promover un amparo de derechos fundamentales contra dicha sentencia, si el interesado estima que en la misma o durante la tramitación del proceso, **se ha infringido un derecho o garantía fundamental**, pues precisamente el diseño del amparo permite que esa acción sea ejercitada "cuando se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate", según claramente dispone el numeral 2 del artículo 2615 del Código Judicial.

Nada de lo que se ha expuesto significa que siempre que se hayan agotado los medios ordinarios de impugnación se puede promover, sin razón o así porque sí, un amparo. En efecto, el hecho de que el amparo esté condicionado al agotamiento de los medios ordinarios de impugnación, no trae como consecuencia que siempre que se haya agotado la vía ordinaria de impugnación sea viable, por ese sólo hecho, la admisión de un amparo. Para evitar que sean admi-

tidos todos los amparos que cumplan con la condición de haber agotado la vía ordinaria de impugnación, se ha erigido y consolidado una jurisprudencia, conforme a la cual el amparo no es una tercera instancia ni un recurso más dentro del proceso mediante el cual se puede entrar a considerar las valoraciones probatorias o la manera en que se aplicó la ley o la forma como se realizó la interpretación por parte de los tribunales ordinarios. Por supuesto, una afirmación de esta magnitud, sin matizaciones, sería absoluta y con ella se corre el riesgo de **no poderse tutelar aquellas violaciones** que se dan a los **derechos fundamentales** cuando, por ejemplo, un juez o tribunal, arbitrariamente o con una muy pobre argumentación, dicta una sentencia contra alguno.

Por ello, la jurisprudencia ha hecho una excepción a la regla conforme a la cual el amparo no está indicado para que se vuelva a efectuar una valoración probatoria o para verificar que la aplicación o interpretación de la ley por parte del juez ordinario haya sido correcta. Esa excepción tiene lugar en aquellos casos **en los que se ha violado un derecho o garantía fundamental** por razón de una sentencia arbitraria o por una sentencia que está *falta de motivación* o que se haya realizado una *motivación insuficiente* o deficiente argumentación (Cfr. Sentencia de 21 de noviembre de 2011) o cuando se trate de una sentencia en la que se aprecie una *evidente mala valoración o no apreciación de algún medio probatorio* trascendental para la decisión (Cfr. Sentencia de 4 de julio de 2012) o cuando se trate de una sentencia en la que se ha cometido un grave error al interpretar o aplicar la ley, **siempre que, se reitera, se afecte con una de dichas sentencias un derecho o garantía fundamental** (Cfr. Sentencia de 5 de septiembre de 2012). Si no se hace ese tipo de salvedades, sería letra muerta tanto el amparo como la subsidiariedad del mismo, que en modo alguno implica hacer de dicha acción una institución de garantía inoperante.

D. Jurisprudencia sobre otras materias

Ya hemos visto que la regulación del amparo no tiene establecido un período probatorio, pues la Corte debe decidir con base en las pruebas que presente el demandante y con la actuación que remita la autoridad demandada. Sin embargo, existen dos casos excepcionales en los que la Corte practicó pruebas de oficio. Corresponden a procesos de discapacitados.

Mediante auto de 17 de mayo de 2010, la Corte ordenó practicar una prueba de oficio, con el propósito de acreditar o descartar la discapacidad. A

continuación la parte pertinente de la argumentación:

"...Una revisión cuidadosa de las disposiciones que regulan la tramitación del Amparo de Derechos Fundamentales permite constatar que el legislador no estableció expresamente la posibilidad de que el Tribunal de Amparo pueda practicar pruebas de oficio. Tan sólo previó el caso regulado en el artículo 2623 del Código Judicial, conforme al cual:

Artículo 2623. "Si el funcionario o corporación demandados no atendieren la orden que se les haya comunicado dentro del término legal, el tribunal procederá a suspender provisionalmente la orden acusada **y a practicar las pruebas que considere conducentes para aclarar los hechos** y con vista de ellas fallará prescindiendo de la actuación o del informe de que trata esta Sección". (El destacado es de la Sala).

Como se aprecia, el precepto anterior faculta al Tribunal de Amparo para que en los casos en que el funcionario demandado no rinda el informe correspondiente dentro del término de Ley, pueda practicar las pruebas que considere conducentes para aclarar los hechos. Sin embargo, las disposiciones relativas al Amparo nada indican acerca de cómo se debe proceder en los casos en que, no se ha podido comprobar o descartar la vulneración del derecho o garantía fundamental que se invoca como fundamento del Amparo. Es decir, existe un vacío legal acerca de cómo debe proceder el Tribunal de Amparo en caso de dudas sobre la infracción de un derecho o garantía fundamental ¿Significa esto que está proscrito practicar pruebas de oficio o que dicho vacío puede ser integrado?

...

Ahora bien, en materia de Derechos Fundamentales rige el principio constitucional *pro homine*, conforme al cual siempre, y no sólo en caso de dudas, debe optarse por una interpretación que procure la mejor tutela, satisfacción, promoción y reconocimiento de los derechos y Garantías Fundamentales.

Desde ese punto de vista y teniendo en cuenta que es regla general en nuestro ordenamiento jurídico que el juez deba practicar pruebas de oficio (Ver artículos 793, 1280 del Código Judicial, 969 del Código de Trabajo, 147 y 182 de la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo, entre otros) y que en materia de *habeas corpus* (que es otra institución de garantía, pero dirigida a tutelar el derecho fundamental de la libertad personal en sus diversas manifestaciones) es común la práctica de pruebas de oficio, se llega a la conclusión que el Tribunal de Amparo puede practicar

pruebas de oficio en caso de dudas, máxime cuando la tutela es exigida por una persona que alega estar en un ***estado de vulnerabilidad***, como es el caso de los discapacitados.

Precisamente, esta condición, la de la discapacidad, que fue alegada por el amparista, es el objeto de la prueba sobre la cual recaerá la práctica de prueba, ante la duda que existe. De allí que proceda, con la finalidad de aclarar los puntos dudosos u obscuros de la controversia, la expedición de este auto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 55 de Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, según el cual:

Artículo 55. "La discapacidad, capacidad residual y contraindicaciones laborales del trabajador o empleado público, será **diagnosticada** por el Ministerio de salud o la Caja de Seguro Social, quienes deberán, además, **determinar** el grado de dicha discapacidad. Este diagnóstico servirá de base para establecer, de acuerdo al grado de discapacidad, la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo o la reubicación del mismo dentro de la empresa, en concordancia a sus posibilidades y potencialidades o su ingreso a los programas de readaptación profesional u ocupacional...". (Lo destacado es nuestro).

Igual criterio se repite en el Auto de 19 de mayo de 2010 (Exp. 181-10) que ordena la práctica de pruebas de oficio dentro de la Acción de Amparo de Derechos Fundamentales presentada por la firma forense **BERRIOS & BERRIOS,** en nombre y representación de **MARIA DE LOS ANGELES FENTON**, contra el **Decreto N° 104 de 18 de julio de 2008,** del **MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES,** que dejó sin efecto su nombramiento como **AGREGADA CULTURAL DE LA EMBAJADA DE PANAMA EN SUECIA**, pese a encontrarse amparada por la Ley 42 de 27 de agosto de 1999 y el Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, por ser **discapacitada**.

IV. Conclusiones

Durante mucho tiempo el amparo ha sido una acción que no ha desplegado la eficacia esperada.

El concepto restringido de orden de hacer y de no hacer que durante mucho tiempo imperó, unido a las trabas jurisprudenciales que la Corte y los tribunales desarrollaron en la fase de admisibilidad, limitó grandemente el ejercicio efectivo de esta acción.

Existe en la actualidad una tendencia jurisprudencial dirigida a colocar al amparo en su posición natural y esencial, de tutela efectiva de los derechos y garantías fundamentales.

Para que esta tendencia se consolide, requiere de la vocación, de la convicción y del compromiso de todos los administradores de justicia. La gente se lo merece!

La Acción de Amparo de Garantías Constitucionales: La Renovación de su Jurisprudencia

Kenia Porcell

Conforme a los criterios tradicionales contenidos en la jurisprudencia hasta 2008, a la doctrina interna, sustentada en la referencia del Texto Constitucional, la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales protegía la reclamación de derechos contenidos en el Título III relativo a Los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, entre los que se encuentran: GARANTIAS FUNDAMENTALES, LA FAMILIA, EL TRABAJO, LA CULTURA NACIONAL, LA EDUCACIÓN, SALUD, SEGURIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL, REGIMEN ECOLÓGICO, REGIMEN AGRARIO y DEFENSORÍA DEL PUEBLO; de estos capítulos aprendimos la importancia fundamental del Capítulo I, como aqué**l** en donde se encuentran fundamentalmente los derechos individuales, entre los que se destacan: el no ser discriminado, igualdad ante la ley, prohibición de extradición a nacionales, a no declarar contra uno mismo, a la intimidad, inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones telefónicas, al tránsito, expresión, pensamiento, reunión, profesión, religión, asociación, a no ser sometido a tortura, a la prohibición de la pena de muerte, ni a la expatriación, ni a la confiscación de bienes, al debido proceso, a recibir indemnización, a presentar peticiones y quejas, a la no retroactividad salvo excepción, derecho a la propiedad, a reserva legal de los impuestos, derecho de autor, al trabajo, a la educación, a la vivienda, a la alimentación de los menores, al ambiente sano, a la familia, a la cultura, a la seguridad y asistencia social y fuero de maternidad.

Luego entonces todo estaba dicho y el reconocimiento de los derechos fundamentales transitaba por una corriente tranquila, pausada y aceptada por todos, en la medida en que la jurisprudencia de ese momento indicada con alguna certeza ¿cómo, cuándo, y frente a qué derechos era viable el amparo?

Sin embargo, esto ha cambiado, a mi juicio radicalmente a nivel del Pleno y lentamente a nivel de los tribunales superiores y jueces de circuito, dado el carácter difuso de esta jurisdicción. Aspectos relativos a la Admisibilidad del Amparo han variado jurisprudencialmente, de los cuales me permitiré comentar algunos de estos cambios, haciendo énfasis en lo relativo a la RENOVACIÓN DE SU JURISPRUDENCIA, de allí que

incorporemos nuestras inquietudes sobre lo que ocurre con esta acción de tutela constitucional subjetiva, para lo considero importante definir, primeramente dos conceptos: DERECHOS FUNDAMENTALES y DERECHOS HUMANOS.

Los Derechos Fundamentales son de obligatorio cumplimiento y son los derechos garantizados por la ley de cada país, de manera especial por la Constitución Política, mientras que Los Derechos Humanos, son aquellos derechos que exceden las fronteras de cada país y se encuentran recogidos a nivel internacional por las convenciones y tratados en materia de Derechos Humanos, de allí que estos últimos se hacen de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados a raíz de doctrinas, como las del Bloque de Constitucionalidad y por referencia constitucional de determinadas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental.

Nuestra Constitución regula los Derechos Fundamentales, mientras que los Derechos Humanos se tutelan por mandato del artículo 4: "Panamá acata las normas de Derecho Internacional" y segundo párrafo del artículo 17, cuyo texto establece:

> *"Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona".*

También debemos considerar, que de acuerdo a la doctrina del Bloque de Constitucionalidad afirmada a partir del 1990, cuando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia decidió elevar a rango constitucional algunas disposiciones legales y convencionales por contener en su estructura derechos fundamentales.

Luego entonces, nos preguntamos: ¿Qué DERECHOS TUTELA EL AMPARO? Se Tutelan los Derechos contenidos en la Carta Fundamental y aquellos contenidos en las Convenciones y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Estos derechos están contenidos entre otros en:

-La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,
-La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948
-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 13 de 27 de octubre de 1976)
-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 15 de 28 de octubre de 1976)
-Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977)

-Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Ley 5 de 16 de junio de 1987)
-Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (Ley 32 de 28 de junio de 1995)
-Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ley 5 de 26 de octubre de 1977)
-Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 49 de2 de febrero de 1967)
-Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 15 de 6 de noviembre de 1990)
-Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 4 de 22 de mayo de 1981)
-Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para" (Ley 12 de 20 abril de 1995)
-Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (Ley 9 de 27 de octubre de 1976)
-Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 3 de 10 de enero de 2001)
-Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional (Ley 7 de 29 de octubre de 1979)

Ahora bien, considero que la base o soporte de la integración categórica de los derechos fundamentales y humanos radica en la Dignidad Humana, concepto que consigna el valor del hombre por su naturaleza de ser hombre, independientemente de su posición social, origen o filiación política.

La Dignidad Humana es un principio que establece, que la persona por el sólo hecho de serlo tiene y debe ser respetada. En él se fundamentan los derechos humanos, luego entonces no es un derecho, es el fundamento de los derechos del hombre y como valor supremo es reconocido por nuestro constituyente en el Preámbulo.

Señala nuestro Preámbulo que:

> *"**Con el fin supremo de** fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, **exaltar la dignidad humana**, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional e invocando la protección de Dios, **decretamos la Constitución Política de la República de Panamá**"* (lo resaltado es nuestro)

Reitero la dignidad humana no es un derecho, es el valor superior del hombre que no necesita ser reconocido por ley, sino respetado por El Estado.

Y correlativamente a esto, el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución establece que:

> *"Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona."*

Ahora nos surge la una interrogante: ¿el Preámbulo como parte de la Constitución tiene valor normativo? A mi criterio sí.

Incorporo al análisis otra interrogante: ¿Debe interpretarse el artículo 17, en especial su segundo párrafo, en correlación con Preámbulo? El artículo 17 es la piedra angular de los nuevos criterios emitidos por la Corte Suprema de Justicia al establecer la procedencia de los derechos que pueden ser tutelados a través del amparo, al señalar en su primer párrafo que las autoridades de la República tienen que "asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.

Expresando además, que los derechos y garantías que consagra la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. Siendo así, estos derechos no se cobijan a través de la reglas de numerus clausus, pues en la medida en que se regulen derechos que tenga como norte u objeto exaltar y proteger el valor supremo de la dignidad humana podrán ser reclamados a través de esta acción constitucional que tutela derechos subjetivos.

Surge ahora un tercer concepto: GARANTIA, la que en sentido simple debe ser entendida como el mecanismo a través del cual se resguardan los derechos constitucionales. Las garantías son los mecanismos que permiten, en caso de infracción, que el derecho fundamental sea reestablecido o reparado. En esta oportunidad y dando seguimiento a mis expresiones llego a la conclusión que: todos los derechos originados a consecuencia del valor supremo de la dignidad humana pueden ser tutelados o reclamados a través del amparo. Estos derechos se encuentran en el Texto Constitucional, y en las convenciones internacionales que tutelan derechos humanos.

Ahora, identificado el derecho humano/fundamental debemos determinar, si la reclamación se origina únicamente por la emisión de la orden de hacer o no hacer de un servidor público, o bien, si bajo el prisma de la tutela de derechos, la reclamación puede extenderse a otras actuaciones.

Expresa el artículo 54 de la Constitución que:

"Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.
El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales."

La norma constitucional es expresa: Orden de hacer o no hacer. El Código Judicial por su parte en el artículo 2615 consigna que:

"Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y las garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.
La acción de Amparo de Garantías Constitucionales puede ejercerse contra toda clase de acto que vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución que revistan la forma de una orden de hacer o no hacer, cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata…"

Si confrontamos la norma constitucional con el desarrollo legal resalto dos aspectos: el primero, que para la Constitución es un recurso mientras que para el legislador es una acción; el segundo, que para la Constitución es una orden de hacer o no hacer, mientras que para el legislador también debe incluirse el Acto.

Siendo así podemos concluir en que: Los derechos reclamados a través del amparo se extienden a su vulneración a través del acto arbitrario.

Explico: la Corte Suprema de Justicia a través de la jurisprudencia estableció y definió el concepto de orden de hacer o no hacer, expresando que es todo mandato imperativo emitido por un servidor público que viole los derechos fundamentales del afectado, indicando reiteradamente que no constituyen órdenes de hacer o no hacer las resoluciones que ordenan recibir indagatoria, fianzas de excarcelación, ampliación del sumario, auto de proceder, los oficios, autos cabeza de proceso, sentencias que deciden amparo, medidas cautelares, auto de embargo y venta judicial, proveído de mero obedecimiento, avisos de licitación (por ser actos administrativos de mero trámite), actos administrativos porque primero debe recurrirse a la Sala III, despidos administrativos**,** laudos arbitrales y resoluciones de admisión de querellas.

Pero al ampliar el marco a "acto", este se entiende "como toda manifestación de voluntad expedida por el servidor público en contra del individuo que le viole, lesione, infrinja y/o coarte los derechos y garantías que la Constitución consagra"; y si consideramos que tales derechos son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, el abanico de tutela es amplio, muy amplio.

En este sentido, el artículo 2615 fue modificado en el año 1999, lo que significa que la vulneración por un "Acto" existe legalmente desde hace 14 años, pero es a partir de la incorporación del segundo párrafo incluido Mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004, que dispuso que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, es que se aplica con mayor fortaleza el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que Panamá (Pacto de San José), cuyo texto expresa:

> "Artículo 25. Protección Judicial.
> *1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes,* ***que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución,*** *la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales." (las negrillas y subrayas son nuestras).*

Al respecto debo indicar, que en el año 2008, a partir de la sentencia de Amparo de 21 de agosto, bajo la ponencia del magistrado JERÓNIMO MEJIA y con los salvamento de voto de los ex magistrados ANIBAL SALAS y JACINTO CARDENAS, la Corte Suprema de Justicia transita por criterios sumamente garantistas y protectores en materia de DERECHOS SUBJETIVOS QUE PUEDEN SER TUTELADOS A TRAVÉS DEL AMPARO EN OCASIÓN DE ÓRDENES Y ACTOS ARBITRARIOS.

CUADRO COMPARATIVO

ARTÍCULO 54 DE LA CONSTITUCIÓN	ARTÍCULO 2615 DEL CÓDIGO JUDICIAL	PACTO DE SAN JOSÉ
Orden de hacer o no hacer que viole derechos de la constitución	Acto: vulnere o lesione derechos de la Constitución. Jurisprudencia: lesione, afecte, altere, restrinja, amenace o menoscabe un derecho fundamental. (Corte Interamericana de Derechos Humanos)	Actos: que violen los derechos de la Constitución, Ley o Convención

Salvo otro criterio sostengo que la sentencia de 21 de agosto de 2008 es la pauta de los nuevos criterios jurisprudenciales.

En esta sentencia se resaltan aspectos puntuales tales como:

-lo interpone un tercero interesado, en nombre del afectado con la orden de hacer expedida por el servidor público.

-el amparo no está sujeto a la forma que reviste el acto, sino a que ese acto lesione, afecte, altere, restrinja, amenace o menoscabe un derecho fundamental previsto en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá.

-la acción de amparo sistemáticamente debe ser interpretada en relación con los artículos 4 y 17 de la Constitución; y con los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

-cada demanda de amparo debe ser evaluada individualmente y si el acto acusado lesiona, altera, restringe, amenaza o menoscaba el derecho fundamental debe prosperar.

- Que exista gravedad e inminencia del daño. Esto implica que, por regla general, no deben haber transcurrido más de tres meses entre el momento en que se le notificó o tuvo conocimiento el amparista del acto impugnado y la presentación del amparo.

-que sea manifiestamente improcedente, lo que significa que el acto debe presentar, al menos la apariencia de vulnerar o lesionar derechos fundamentales. Resulta totalmente improcedente discutir algún tema de legalidad.

-que para el caso de resoluciones judiciales se haya agotado los recursos ordinarios.

Este último aspecto nos lleva a la diferencia con resoluciones administrativas, contenidas en el denominado ACTO ADMINISTRATIVO.

El numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, regula el Procedimiento Administrativo General y se nos suministra una definición legal que lo reconoce como:

"declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo…"

La definición continúa expresando que para que el acto administrativo exista conforme a derecho requiere de:

-competencia (salvo que sea delegable)
-objeto (lícito y físicamente posible)
-finalidad (el acto debe emitirse acorde a la legislación vigente)
-causa (los antecedentes facticos)
-motivación (explicación de las razones que motivan la decisión)
-procedimiento (cumplimiento de los tramites de ley para la emisión)
-forma (constar por escrito, debiendo expresarse el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite).

Me pregunto: ¿Los elementos de legalidad del acto administrativo, son los mismos que garantizan el cumplimiento del debido proceso? Considero que SÍ.

Luego entonces, que impide al agraviado recurrir a la Corte Suprema de Justicia para la tutela de su derecho producto de un acto administrativo.

El artículo 32 de la Constitución establece que el debido proceso se caracteriza por la obligación a "ser juzgado por autoridad competente, conforme a los trámites legales y no más de una vez por la misma causa penal,

administrativa, policiva o disciplinaria."

Y el artículo 8 del Pacto de San José define las Garantías Judiciales y en el numeral 1 consigna que:

> *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, Laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*

Ahora, veamos estos dos artículos confrontándolos con la Ley 135 de 1943 y 33 de 1946, específicamente el artículo 26 que identifica como MOTIVOS DE ILEGALIDAD: la infracción literal de los preceptos legales como la falta de competencia o de jurisdicción del funcionario o de la entidad que haya dictado el acto administrativo o el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse y la desviación de poder."

Así mismo el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución establece que la competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa se aplica a las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate.

Por su parte, las referidas leyes (135 de 1943 y 33 de 1946) establecen la preferencia de esta vía. Siendo así considero, que si la jurisdicción contencioso administrativa fuese ágil, eficaz y eficiente el agraviado no insistiría en recurrir al Pleno para que se revoque un acto administrativo, aunado a que, desde la admisión del amparo por ser contra actos administrativos procede por mandato legal la suspensión del acto, mientras que a nivel legal es discrecional y no es necesario agotar la vía. Siendo así, aunque nada impide que un agraviado recurra a la jurisdicción constitucional para reparar el agravio contenido en una resolución administrativa, existe preferencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la Constitucional ante la vulneración de derechos contenidas en actos administrativos.

No obstante, considero que la sentencia de 21 de agosto de 2008 abre una posibilidad real para que en un futuro sean examinados, con mayor frecuencia, los actos administrativos a través del amparo, por varias razones:

-la naturaleza de la acción del amparo es tutelar los derechos fundamentales/humanos, vulnerados por un servidor público (y los miembros del Órgano Ejecutivo no se encuentran exentos de esta calidad),

-resulta suficiente que el acto administrativo lesione, afecte, altere, restrinja, amenace o menoscabe un derecho fundamental previsto en la Constitución / Tratados en materia de derechos humanos, lo que sabemos se da con alguna frecuencia por parte de los operadores administrativos.
-el análisis de admisibilidad es en atención a cada caso en particular, luego entonces, las reglas generales de no admisión pueden variar en atención a la composición del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
-para lograr la revocación del acto administrativo no debe exigirse el agotamiento de la vía, porque esto sólo está dispuesto para las resoluciones judiciales.

Principios que tutelan los derechos reclamados a través del amparo de garantías constitucionales

Conforme al Derecho Constitucional, los principios son especiales, entre los que destacamos los de evidencia, presunción de constitucionalidad de la ley, universalidad o interpretación integral de la constitución.

También conocemos que para verificar la constitucionalidad de los actos, existen otros principios, tales como: definitividad o subsidiariedad, preferencia, sumariedad y urgencia. Pero han cobrado relevancia otros dos principios que antes pasaban desapercibidos (así lo pienso) y estos son: PRO HOMINE Y CONVENCIONALIDAD.

-Principio Pro Homine: rige al abordar el instituto de los derechos fundamentales y en palabras llanas significa que, siempre (aun frente a dudas) debe optarse por una interpretación que procure la efectiva tutela, satisfacción, promoción y reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales. (expresiones del Magistrado Jerónimo Mejía)

-Control de Convencionalidad: los jueces y magistrados tienen el deber de velar por la vigencia y efectividad de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos en la que el Estado Panameño esté comprometido a fin de evitar la anulación de los derechos fundamentales por la aplicación de leyes y actuaciones contrarias a éstas.

Estos principios en correlación con la consideración del carácter normativo del Preámbulo y de los artículos 4 y 17 de la Constitución Po-

lítica permiten, sin lugar a dudas, resguardar los derechos del amparista y proveerle de una revocación rápida y pronta reparación de las facultades conculcadas.

Ahora bien, pero, cuáles son los ASPECTOS ADJETIVOS A CONSIDERAR PARA LOGRAR LA REPARACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL/HUMANO CONCULCADO.

- debemos tener un acto que vulnere o lesione nuestros derechos o garantías fundamentales,
-que ese acto revisa la forma de orden de hacer o no hacer, (¿pueden aplicarse los otros verbos que contiene la sentencia de 21 de agosto de 2008?)
-que el daño sea grave e inminente,
-que requiera su revocación inmediata,
-la jurisdicción es difusa (CSJ servidores públicos con mando y jurisdicción en toda la república o 2 o + provincias; TSJ en una provincia; JC en un distrito o parte de él)
-aplicación del artículo 101 del Código Judicial,
-requiere de abogado/a
-cumplir con los requisitos del artículo 665 además de:
    1. mención expresa de la orden,
    2. nombre del servidor público que impartió la orden,
    3. los hechos de la pretensión,
    4. las garantías fundamentales que se estiman infringidas y el concepto en que lo han sido,
    5. prueba de la orden impartida o manifestación expresa de no haberla podido obtener. Atendidos los requisitos de forma, el tribunal de amparo procede a:
-admitir la demanda, (si está correctamente formulada)
-al mismo tiempo se requiere a la autoridad acusada que remita la actuación o un informe de los hechos, en un término de dos (2) horas siguientes al recibo en su oficina de la nota requisoria (ojo: no dice notificación personal del servidor público a diferencia del Hábeas Corpus),
-el servidor público debe inmediatamente suspender el acto (oficiosamente para actos de la administración),
-el tribunal de amparo puede suspender el acto, si el servidor público no atiende la orden o no cumplan dentro del término legal.
-el tribunal puede practicar pruebas, si lo considera pertinente para aclarar los hechos,
-el Tribunal de Amparo tiene dos días para fallar,
-la notificación es por edicto (por lo que deben cumplirse las reglas

ordinarias de notificación)
-vencido el término de notificación, admite el recurso de apelación (se sustenta al día siguiente)
-la apelación se resuelve en 3 días.
-si la acción de amparo es concedida el amparista puede exigir por la vía ordinaria indemnización por daños y perjuicios. (a mi criterio nada impide la interposición de un proceso penal por abuso de autoridad.)

Teniendo presente este panorama, comparto algunos criterios jurisprudenciales en torno a este instituto de tutela constitucional.

-RE EVALUACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE DMISIBILIDAD: es una práctica instaurada por la jurisprudencia constitucional en segunda instancia con el único propósito de no saturar a los tribunales de amparo de asuntos sin contenido, ni relevancia constitucional; sin embargo, se advierte que el examen posterior de los requisitos de admisibilidad debe darse de manera excepcional, es decir, sólo ante la existencia de errores manifiestamente formales que no pueden detectarse "*prima facie"* por el juzgador constitucional al ejercer el control de admisión. (Sentencia de 21 de agosto de 2011)

-FALTA DE PRECISIÓN EN EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN. La falta de indicación del concepto de la infracción constitucional (violación directa, interpretación errónea o indebida aplicación de la ley), pese a que no fue consignado literalmente en la demanda de amparo, se desglosa claramente de los argumentos expuestos en particular cuando se alega que: "(...) se pretende obligar a negociar a una persona natural la cual no es parte (...) en consecuencia, se ha llevado un trámite contrario a lo normado en el Código de Trabajo." (Sentencia de 21 de agosto de 2011)

-A LA ORDEN DE HACER O NO HACER SE AGREGA EL ACTO: susceptible de lesionar, afectar, alterar, restringir o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley". (Sentencia de 21 de agosto de 2008)

-GRAVEDAD E INMINENCIA DEL DAÑO: "Al respecto debe anotarse que esta Superioridad ha establecido que la urgencia en la

protección del derecho constitucional que se estima conculcado es un elemento fundamental del Amparo y en tal sentido ha determinado que el término razonable para la interposición del Amparo, es de tres meses contados a partir de la fecha de notificación del acto impugnado o de la resolución que lo confirma o desde la fecha en que el amparista tuvo conocimiento del mismo. (Sentencia de 22 de junio de 2011)

-TERMINO NO ABSOLUTO DE LA GRAVEDAD E INMINENCIA DEL DAÑO: el término no es absoluto, ya que este Pleno ha admitido Amparos de Derechos Fundamentales en casos donde han transcurrido más de tres meses, contados a partir de la fecha de notificación o desde que el afectado tuvo conocimiento del acto impugnado, cuando la inacción obedece a motivos que seriamente pueda determinarse que son ajenos al control del recurrente, o se demuestre que persiste la afectación, lesión, alteración, amenaza o restricción de algún derecho fundamental. (Sentencia de 28 de abril de 2010)

-LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA – AGOTAMIENTO DE LA VÍA: Es cierto que la jurisprudencia ha señalado con claridad que contra actos administrativos es procedente el amparo sin necesidad de que se agoten los medios y trámites ordinarios para la impugnación del acto administrativo de que se trate, siempre y cuando la resolución que se *impugna pueda lesionar un derecho fundamental, que no pueda ser tutelado efectivamente en el plano de la legalidad*.

En el caso que nos ocupa, la Corte estima que el tema a debatir tiene que ver con una discusión sobre el cumplimiento de un contrato en el que se alega por parte del amparista que se trata de una especie de acto no imputable a su persona, lo cual se encuentra más bien vinculado a un tema de la legalidad que de la constitucionalidad. (Sentencia de 29 de diciembre de 2011)

-ADMISIÓN DE AMPARO CONTRA NOTAS / CIRCULARES: "La jurisprudencia de la Corte ha venido ampliando el concepto de orden de hacer o no hacer, permitiendo la admisión del amparo contra notas, circulares, entre otros, ya fuese por violación del debido proceso, o transgresión a los derechos fundamentales. De esa manera, ha sido superada la vieja corriente de inadmitir los amparos contra estas medidas. De igual forma, procederemos al

estudio del amparo únicamente en cuanto a la posible transgresión de derechos fundamentales y no aspectos de mera legalidad. (Sentencia de 10 de julio de 2012)

-CARÁCTER DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN: "Antes de las reformas constitucionales de 2004, el artículo 17 de la Constitución Política era considerado una norma de carácter programático y por ende, no susceptible de ser invocada de forma autónoma en una demanda de inconstitucionalidad. Sin embargo, en virtud de tales reformas (Acto Legislativo N°1 de 2004 que adicionó el segundo párrafo del Artículo 17, incorporó el principio pro libertatis, conllevando una protección extensiva de los derechos fundamentales previstos en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos). Esta Corporación de Justicia, ha considerado que la misma puede ser invocada y aplicada directamente con independencia de cualquier otra norma de la Constitución". (Sentencia de 2 de febrero de 2012)

-ARTICULO 17 TIENE CARÁCTER NORMATIVO: En este sentido, ha indicado la Corte que la norma establece la obligación que tienen las autoridades de proteger en su vida, honra y bienes a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, sino el deber que tienen las autoridades de sujetarse al orden jurídico (constitucional y lega) y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales. Se trata de un precepto de contenido normativo y, por ende, no requiere de un desarrollo ulterior para tener eficacia, tal y como lo corrobora el hecho de que en el texto no se aprecia ninguna cláusula de reserva legal." (Sentencia de 19 de enero de 2009).

Iguales consideraciones fueron reiteradas por la Corte en fallos de 11 de mayo y 29 de diciembre de 2009.

-OBLIGACIÓN DE ACATAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES: En el caso particular, la infracción del texto constitucional citado, se produce desde el momento en que la Asamblea Nacional, emite una ley que, como se ha visto en la sección anterior, conlleva el incumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, al celebrar tratados internacionales. Concretamente, la iniciativa de expedir la Ley 78 de 11 de diciembre de 2009, "que deroga las leyes que aprueban los instrumentos internacionales relativos al Parlamento Centroamericano", constituyó una fórmula apartada de las normas y principios del derecho

internacional de los tratados (Convención de Viena), que Panamá se comprometió a acatar, en virtud del artículo 4 de la Carta Magna.

Por tanto, concluye la Corte que el artículo 17 de la Constitución Política ha sido violentado de forma derivada, específicamente la frase "cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley", que mandata una obligación de las autoridades en sus actuaciones.(Sentencia de Constitucionalidad de 29 de diciembre de 2009)

-ARTÍCULO 18 NO ES PROGRAMÁTICO: "Vale la pena aclarar que, tal como en su momento reconoció el Doctor QUINTERO es intrascendente si los artículo 17 y 18 de la Constitución constituyen o no normas programáticas, puesto que "dichas disposiciones, a pesar de su índole, han de tener nominalmente la misma jerarquía normativa que los demás preceptos de la Constitución" (QUINTERO CORREA, César A. "Método y Técnica de la Interpretación Constitucional," en ASOCIACIÓNPANAMEÑA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (APADEC). Interpretación Constitucional, Edit. Mizrachi & Pujol, Panamá, 1999, p. 43.)" (Sentencia de 16 de noviembre de 2009)

-AMPARO CONTRA ACTOS DE AUTORIDAD: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que el recurso de amparo es adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos; siendo este idóneo para proteger la situación jurídica infringida por ser aplicable a los actos de autoridad que implican amenaza, restricción o violación de derechos protegidos (Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. Párrafo 121).

En Panamá, está regulado a nivel constitucional y legal requiriéndose para su procedencia que el acto de autoridad pública haya infringido algún derecho fundamental previsto en la Constitución o Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el país.

Siendo así, el primer requisito formal es que el acto restrictivo de un derecho fundamental haya sido dictado por un servidor público y, excepcionalmente, por quien administre una institución que preste un servicio público en un régimen de derecho privado.

Es importante que ese acto limitativo del derecho fundamental emane, por excelencia, de un servidor público con mando y jurisdicción.

Para identificar quién debe ser considerado servidor público, el artículo 299 constitucional nos indica que "s*on servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado.*" (Sentencia de 29 de abril de 2010)

-SUBSIDIARIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: En lo que corresponde a la subsidiariedad de la acción de amparo, el Tribunal Constitucional recuerda que ante la existencia de medios de defensa de orden legal útiles y efectivos que puedan restituir el goce del derecho violentado no podrá formalizarse acción de amparo.

En el caso *in examine*, el acto puede ser recurrible, eficazmente, ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas; en consecuencia, el pretensor debió presentar su reclamación ante este Tribunal por ser la autoridad jurisdiccional competente para dirimir la disputa legal anunciada. (Sentencia de 29 de abril de 2010)

–PARA INTERPONER UN AMPARO NO ES NECESARIO AGOTAR LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: Como quiera que las normas constitucionales y legales que rigen la materia de amparo de garantía constitucional no hacen referencia a las resoluciones administrativas por lo que no es viable, cuando se vulnera una garantía constitucional, exigir requisitos adicionales a los no contemplados en el ordenamiento jurídico, como lo es el agotamiento de la vía contencioso administrativa". (Sentencia de 4 de septiembre de 2008).

-URGENCIA DEL DAÑO:"... el Pleno observa que para que se examinen, en sede de amparo, las posibles vulneraciones de los derechos constitucionales, es necesario que: 1. Que exista gravedad e inminencia del daño. Esto implica que, por regla general, no deben haber transcurrido más de tres meses entre el momento en que se le notificó o tuvo conocimiento el amparista del acto impugnado y la presentación del amparo". (Sentencia de 21 de julio de 2010).

- EN CUANTO A QUE EL ACTO ATACADO NO CONSTITUYE UNA ORDEN DE HACER O DE NO HACER: El criterio planteado por el Tribunal Superior a foja 42 de expediente contraría lo manifestado por esta Corporación de Justicia mediante la Sen-

tencia de 21 de agosto de 2008, que deja claro que la admisibilidad del Amparo no está determinada por el hecho de que el acto impugnado contenga una orden de hacer o de no hacer, sino porque dicho acto sea capaz de "...lesionar, afectar, alterar, restringir, amenazar o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley". Por ende, se encuentra ya superado el viejo concepto de orden de hacer o de no hacer, pues lo que va a determinar la admisión o no de un amparo es la posibilidad de que se vulnere un derecho fundamental previsto, como ya se ha dicho, en la Constitución Nacional, en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley. (Sentencia de 9 de junio de 2011)

-APORTAR LA COPIA AUTENTICADA DEL ACTO IMPUGNADO: Con relación al criterio del a-quo relativo a que con la acción de amparo debe acompañarse copia auténtica del acto impugnado o la *prueba* de no haberlo podido obtener, debe indicarse que, en la reunión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia celebrada el 12 de junio de 2008, se adoptaron los siguientes criterios con relación a la aportación del acto impugnado en sede de Amparo: (1) Que con la demanda de amparo se debe aportar por escrito el acto recurrido y si no fuese posible obtenerla, manifestación expresa de no haber podido hacerlo; (2) Si se trata de una orden o acto verbal no se requerirá, como la jurisprudencia lo ha venido estableciendo, la declaración de dos testigos; bastará con la manifestación expresa de no haberlo podido obtener. De allí, que esta Superioridad se aparte del criterio del Tribunal Superior, por considerar que la manifestación de no haber podido obtener la prueba del acto impugnado que hace el amparista en la parte final de su escrito, visible a foja 19 del expediente, satisface el requisito que establece el último párrafo del artículo 2619 del Código Judicial. (Sentencia de 9 de junio de 2011).

-MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD NEGATIVA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: Según la jurisprudencia de esta Corporación de Justicia, es una "manifestación de voluntad negativa de la Administración", que a su vez impide la interposición de la acción de Amparo de Garantías Constitucionales, ya que estas actuaciones deben dirimirse en la esfera Contenciosa Administrativa porque no es posible, por ejemplo, articular un amparo de garantías constitucionales contra la falta de decisión de un recurso en

sede administrativa pues, de acuerdo con reiterados fallos de la Sala Tercera de la Corte, el silencio, como manifestación de voluntad negativa de la Administración, se debe entender como una desestimación tácita de la pretensión (Cf. Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 24 de julio de 1992). En ese sentido, el efecto procesal más importante de este fenómeno jurídico es que permite al afectado ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa, con la finalidad de interponer las acciones que correspondan, según la naturaleza del acto administrativo de que se trate Resulta evidente por tanto, que el acto atacado a través de la acción de Amparo de Garantías Constitucionales, constituye un acto susceptible de ser impugnado por la vía administrativa, es decir que antes de utilizar la presente iniciativa constitucional, se requería recurrir ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

DEL ACTO ADMINISTRATIVO: De acuerdo con el citado principio de definitividad, para objetar en amparo con éxito una resolución de tipo administrativo, como es la naturaleza de la que se impugna, es menester que previo a la interposición de la acción constitucional referida se haya agotado la vía gubernativa, incluso, la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto el proceso de amparo no constituye una vía idónea para atacar actos emitidos por servidor público, contra los cuales tenga previsto la ley medios procesales para impugnarles efectivamente (sobre el particular pueden consultarse las resoluciones del Pleno de 10 de septiembre de 1993, 25 de junio de 1993, 1 de abril de 1998 y 3 de diciembre de 2002, por citar sólo algunas).

De otra parte, de los hechos de la demanda se concluye, que nos encontramos frente a una pretensión cuyo estudio y análisis es propio del ámbito de la legalidad, puesto que el amparista manifiesta su desacuerdo con la decisión de dejar sin efecto un nombramiento, que a su juicio se ha llevado a cabo con la pretermisión de una resolución administrativa, que conforme indica debe reposar en el expediente de su representada.*"...El Pleno ha determinado que las resoluciones definitivas causadas dentro de un proceso administrativo, tienen a su alcance la vía contencioso administrativa para reparar el agravio que se les haya inferido y por tanto el amparo de garantías constitucionales no es la vía correcta para atacarlas. Este criterio se ha sostenido en virtud de que a través de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se garantizan mayores oportunidades procesales de participación y defensa que preserven los mejores intereses del accionante, toda vez que en aquella instancia se pueden practicar las pruebas pertinentes y*

examinarse con mayor profundidad la actuación del funcionario acusado, ya que cuando se sigue una vía procesal que no es la pertinente, para el caso que se juzga, se puede colocar una de las partes en una situación desfavorable..." (Sentencia de. 6 de junio de 2006).

-LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: la Corte Suprema de Justicia ha señalado innumerables veces que la Acción de Amparo de derechos fundamentales tiene como propósito proteger las garantías constitucionales que se estimen infringidas, por lo que aspectos legales, escapan a la tutela de esta acción. Así en Sentencia del Pleno de la Corte Suprema, explicó: *" sabido es que los errores de juicio cometidos por un funcionario en la interpretación de las disposiciones legales aplicables no son susceptibles de reparo mediante el ejercicio de esta especial acción de amparo de garantías constitucionales pues ello convertiría el tribunal de amparo en una instancia más del proceso de que se trate. El proceso de amparo, ha dicho con reiteración este Pleno, no consiste en un proceso que, alternativamente a los medios de defensa, arbitra el legislador, sino, por el contrario, un proceso constitucional que, lejos de constituir la secuencia procesal de los procesos ordinarios, constituye una cauce extraordinario encaminado a tutelar los derechos fundamentales que sufre un particular como consecuencia de las actuaciones de una autoridad pública, con el alcance que se ha dejado expuesto (Sentencia de 6 de junio de 2011*).

-ACTO ADMINISTRATIVO: El fundamento utilizado se da en virtud del informe de auditoría que arroja irregularidades en la entrega del programa de bonos escolares, lo cual puede derivarse en un perjuicio económico de fondos que afectan la administración pública, en razón de mil doscientos noventa y cuatro (1,294) bonos faltantes. El análisis de la demanda permite advertir que la misma, tiene como finalidad la revocación de un acto administrativo que es parte de un proceso disciplinario que no ha culminado y de un posible proceso penal por faltas a la administración pública; lo que determina que la vía constitucional de amparo, no es la instancia idónea para atender dicha petición.

En este orden, cuando el acto administrativo demandado se enmarca en el ámbito de la legalidad, como violatorio de las leyes, decretos, etc., sin que se desarrolle una explicación jurídica que demuestre que existe una infracción de un artículo constitucional, la competencia se encuentra adscrita a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en atención al numeral

1 del artículo 97 del Código Judicial y el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución.

En caso contrario, cuando el acto administrativo constituye un acto u orden de hacer o no hacer arbitraria y que en forma manifiesta acusa la supuesta violación de derechos y las garantías fundamentales consagradas en la constitución, la vía correcta para recurrir es el Pleno de la Corte, a través del amparo de garantías constitucionales, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos para esta acción, con independencia de la vía contencioso administrativo." (Sentencia del 24 de febrero de 2011).

> **-ACTO ADMINISTRATIVO:** No se trata de una escogencia o selección para demandar el derecho constitucional supuestamente vulnerado, pues no hay esa posibilidad de poder escoger entre una u otra jurisdicción, toda vez que la competencia está determinada, tomando en cuenta dos aspectos esenciales: 1: el tipo de acto que se impugna, 2: los motivos o fundamentos por los cuales se ataca el acto, su legalidad o su constitucionalidad, junto a los demás requisitos formales y de fondo, como ya se indicara.

Un acto administrativo relacionado a la separación de un funcionario; situación que al tenor de los pronunciamientos inveterados y recientes de esta Colegiatura, debe ser tratado en la vía judicial establecida para dirimir disputas de índole administrativo y legal. Lo antes indicado no debe ser entendido como una pretensión de negar la procedencia de esta acción en base única y exclusivamente de lo que se conoce como el principio de preferencia, sino que en este caso en particular, resulta evidente que la connotación y esencia del tema que se pretende ventilar en esta acción (separación provisional del cargo), escapa de aquellos asuntos atribuidos al Amparo de Garantías Constitucionales.

Es necesario tener presente, que con lo anterior se busca impedir que se desvirtúe el propósito y esencia de la acción autónoma y extraordinaria de Amparo de Garantías Constitucionales, que tal como lo dispone el artículo 54 de la Constitución Nacional (vigente y por tanto que rige), solo puede ser promovida cuando se trate de la vulneración de garantías constitucionales, y no sobre situaciones o disposiciones del ámbito de la legalidad, como ocurre en esta causa. Es más, en este caso tampoco sobreviene alguna situación que de forma excepcional permita soslayar la anterior deficiencia, y de lugar a tramitar de forma directa esta acción constitucional". (Sentencia de 3 de septiembre de 2010)

> **-ACTO ADMINISTRATIVO**: En el campo de la legalidad, este Tribunal Constitucional no es la esfera competente para valorar el

tema de estricta legalidad, y así lo ha señalado con anterioridad el Pleno, pese al esfuerzo desplegado por el amparista de elaborar un planteamiento de rango constitucional contra la orden impugnada, en base a la supuesta infracción de los artículos 31, 32, 74, 300, 302, 305 de la Constitución Nacional, resulta que en el detalle del argumento central, surge la ineludible discusión sobre la posible indebida aplicación de normas legales relativas a la destitución de una funcionaria pública, llevando el debate al campo de la legalidad sustantiva, tema que tampoco puede ser abordado en sede de amparo. (Sentencia de 09 de marzo de 2010)

-ACTO ADMINISTRATIVO: Al revisar la actuación venida en alzada, este Tribunal se percata que la censura en este negocio descansa en el hecho de la aplicación de una sanción administrativa de traslado a un educador, situación que claramente cae en el ámbito de la mera legalidad. Siendo esa la situación, entonces el amparista y ahora recurrente debió acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en preferencia de la vía constitucional de la acción de amparo. En ese sentido, el Pleno de la Corte Suprema ha manifestado que: "A juicio del Pleno, los planteamientos de la acción demuestran que no se trata de una violación flagrante y ostensible al ordenamiento constitucional, por lo que no debe activarse la vía constitucional para discutir asuntos de mera legalidad. Así podemos inferir que no se trata de una preferencia o selección para demandar el derecho constitucional supuestamente vulnerado, pues no hay posibilidad de poder escoger entre una u otra jurisdicción, toda vez que la competencia está determinada, tomando en cuenta dos aspectos esenciales: 1: el tipo de acto que se impugna, 2: los motivos o fundamentos por lo cuales se ataca el acto, su legalidad o su constitucionalidad, atendiendo el resto de requisitos formales previstos, como se advierte en el presente caso.

En esta oportunidad por ser un acto administrativo, si bien la ley no prevé la exigencia de agotar los medios impugnativos previstos para demandar un derecho fundamental vía amparo, al consultar el artículo 15 de la Ley No. 1 de 1999, que es del siguiente tenor: "Las decisiones que dicta la Comisión en Pleno admitirán en la vía gubernativa, únicamente el recurso de reconsideración ante la Propia Comisión: El afectado podrá hacer uso de dicho recurso dentro de un término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de aquél en que se la haya notificado la decisión de que se trate".

Tratándose de un tema discutido en el ámbito de legalidad, se advierte que la recurrente no impugnó la actuación amparada a través del recurso que tiene a su alcance en la vía que corresponde. Por ello esta Superioridad considera que no debe ser admitida la presente acción, toda vez que no alcanza la afectación de un derecho fundamental en los términos expuestos.

> **-REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN SALA III:** Siendo entonces esa la situación, la demanda de amparo sería inadmisible en vista que no se acudió a la esfera jurisdiccional correspondiente y no porque no se agotó la vía gubernativa, toda vez que, como se indicó "al tribunal de amparo no compete, como regla general, revocar un acto administrativo por cuanto la competencia sobre el particular corresponde a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a la cual podrá ocurrir el interesado por la vía contenciosa administrativa, después de agotar la vía gubernativa" (Sentencia de 24 de julio de 2008)

Como se observará, los distintos pronunciamientos jurisprudenciales corren del año 2008 en adelante y si los comparamos con otros que desarrollan similares temas (de fecha anterior al 2008), encontraremos diferencias notables que aumentan el respeto por los derechos fundamentales/humanos de los amparistas.

La Consulta Legislativa de Constitucionalidad en Costa Rica: Apuntes para la toma de decisión

Bernal Arias Ramírez

Introducción

Este trabajo pretende estudiar la dinámica de las Consultas Legislativas de Constitucionalidad que realiza la Asamblea Legislativa a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo la idea de servir de aporte objetivo a la discusión judicial y parlamentaria sobre este instrumento, para ello se utilizan datos empíricos y análisis deductivo de su aplicación. Ahora, ¿Por qué el autor ha tenido interés de aportar a la discusión? En primer término porque ha venido observando el desarrollo de los hechos a lo largo de varios años en su vinculo como funcionario legislativo, y, en segundo lugar, a falta de un documento que vertebrara de mejor forma lo acontecido en la relación Legislativo-Judicial, y que sirviera como insumo, tanto a los diputados, como a los jueces en esta inacabada cuestión.

El documento está estructurado en cinco partes, la primera ubica al interesado en una visión general, de suyo, un rigor de tipo introductorio, útil para quienes no hayan tenido contacto con el tema; la segunda parte es en realidad un avance de esta investigación puesto que se pretende culminar todo el período constitucional 2010-2014, no obstante, como espacio temporal podemos adelantar el período que va del 1º de mayo de 2010 al 30 de noviembre de 2012, es decir, abarca básicamente las legislaturas 2010-2011, 2011-2012, y siete meses de la legislatura 2012-2013.

En la tercera parte del ensayo, se rescata la discusión actual sobre la figura de las consultas legislativas de constitucionalidad en las voces de expertos abogados, exmagistrados y magistrados de la Sala Constitucional, exdiputados y diputados de la Asamblea Legislativa, actores de primer orden en este tema, así como el enfoque de la Procuraduría General de la República y de la Defensoría de los Habitantes de la República.

La cuarta parte toca cuatro temas particulares que son importantes en el análisis pues en todos se ha generado fricción entre los poderes de la República, se trata de la originalmente imprevista práctica de consultar dos o más veces el mismo expediente sin que hubiese cambios o modificaciones en su contenido; la procedencia de la consulta legislativa facultativa cuando las y los diputados hayan dado votación positiva al proyecto de ley que luego consultan; la necesidad de un mecanismo automático de envío

de notificación o comunicación cuando se presente una consulta legislativa facultativa a propósito del Proyecto de Ley sobre Regulación del Tabaco; y la admisión o rechazo de varios escritos de consulta legislativa en que se repiten firmas sobre un mismo Proyecto de Ley sin que ese parámetro esté en norma alguna.

La quinta y última parte se dedica al funcionamiento del control de constitucionalidad en la producción parlamentaria comparada, con especial interés en Argentina, Chile, Brasil, España, Francia, Italia y Portugal a la luz de lo que ha desarrollado nuestro país.

Al final se aportará una conclusión general, en ese caso de apreciación subjetiva de las alternativas y de la viabilidad de la reforma.

I. Habilitación normativa, procedimiento y enfoque general en el empleo de consultas legislativas.

Para empezar, se tiene que la Asamblea Legislativa realiza, de acuerdo a la Constitución Política (art. 10), el Reglamento Legislativo (143 y ss), y la Ley de la Jurisdicción Constitucional (96 y ss) dos tipos de consulta legislativa, por un lado la preceptiva para Proyectos de ley de reforma constitucional, convenios o tratados internacionales, y cuando se reforme la ley de jurisdicción constitucional; mientras que la facultativa para cualquier tipo de Proyecto de Ley concerniente a legislación ordinaria, apoyada con al menos la firma de diez legisladores. Desde la creación del instrumento en 1989 el órgano judicial competente ha evacuado mediante Resoluciones 649 consultas legislativas.[1]

La Sala Constitucional en su carácter de órgano asesor-consultivo (no como tribunal o jurisdicción) tiene hasta treinta días naturales para resolver la consulta. Si tuviese reparos sobre la constitucionalidad del trámite (procedimiento de formación de la ley) es vinculante para los parlamentarios, y, si fuesen reproches sobre fondo, se asume como un criterio en su investidura de órgano consejero especializado en materia constitucional, resolución que posteriormente es analizada por los legisladores cuando el Plenario, su Presidente, remita el Voto (Resolución Judicial) a la Comisión de Consultas de Constitucionalidad de la Cámara, panel que deberá informar al Plenario, según el plazo que se le haya otorgado[2].

1. Dato suministrado por la Licda. Sonia Patricia Villegas Grijalba, Coordinadora del Centro de Jurisprudencia Constitucional, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

2. No interesa aquí detallar el procedimiento que se ejecuta en la Asamblea Legislativa una vez llegado un Voto de la Sala Constitucional con manifestación de inconstitucionalidad y las prerrogativas que tiene la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad, para ello remítase el interesado a observar las normas del Reglamento Legislativo.

La consulta se interpone después de la votación en primer debate y antes de la del segundo, excepto cuando la Asamblea tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, a cuyo tenor se puede anticipar la consulta a partir del dictamen de la Comisión. Este sería el caso, por ejemplo, del Proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República.[3] Ciertamente admitida formalmente una consulta en la Sala Constitucional se interrumpe la votación o en su caso la sanción o publicación del decreto respectivo, excepto en el tema, justamente, de la ejecución presupuestaria, puesto que no todo el presupuesto, en términos globales sería objetado sino alguna o algunas partidas[4].

Entonces, la consulta de constitucionalidad tiene por objeto obtener el criterio u opinión de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad del proyecto consultado, en orden a contenido y a procedimiento, participando evidentemente en el proceso de preparación de la ley, controlando la conformidad con los preceptos constitucionales. Precisamente una de las críticas que se discutirá más adelante, sobre todo, cuando se analice una propuesta de reforma a la Ley No. 7135 "Ley de la Jurisdicción Constitucional" es si la emisión del criterio es absolutamente jurídica o bien de oportunidad sobre la preparación de legislación.

Y, refiriéndonos al tema de la oportunidad política, que implica de algún modo ataques o bondades del instrumento consultivo, veremos en la siguiente tabla cuáles son, en resumen, las opiniones que se han vertido al respecto:

3. Vgr. Consulta Facultativa de Constitucionalidad sobre el Expediente Legislativo No. 18234 "Proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico 2012. Expediente Judicial No. 11-013875-0007-CO, que se votó por mayoría sin inconstitucionalidades de fondo y trámite mediante el Voto No. 2011-15968.

4. Ese ha sido el caso de la resolución No. 12-14515 sobre la Consulta Legislativa a la "Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el ejercicio económico 2013" expediente legislativo 18554, mediante la cual la y los magistrados, por unanimidad, declararon que es inconstitucional la partida presupuestaria número 70104 280 2310 3210 650 por la suma de tres mil seiscientos millones de colones para que se destine a "Municipalidades del país (*a distribuir por Decreto Ejecutivo elaborado por el Ministerio de Hacienda para Municipalidades del país, para el fortalecimiento del Régimen Municipal, estimulando el funcionamiento eficiente del Gobierno local y las condiciones de vida de sus habitantes. Los recursos serán destinados a obras y servicios públicos municipales con el fin de promover, administrar y atender los intereses de la colectividad y así lograr una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios y la ejecución de obras en el respectivo cantón. Los recursos serán girados por el Ministerio de Hacienda conforme a la programación financiera y con base en la programación que presente el destinatario y la disponibilidad de recursos del Estado. Código Municipal, Ley 7794 de 30-04-98 y sus Reformas*). El Tribunal consideró que lo consultado violaba el principio de especialidad presupuestaria. Este principio es el que vincula al legislador a señalar, en forma concreta, cuál es el destino de una partida presupuestaria. No puede ser general ni global, como sucede en este caso.

Costa Rica

Consultas Legislativas de Constitucionalidad	
Opiniones adversas	**Opiniones favorables**
• Son utilizadas en proyectos altamente polémicos y confrontativos.	
• Afectan el funcionamiento de la Sala y motivan su descrédito, no por factor cuantitativo sino cualitativo.	• Funciona *ex ante* como acicate al control y la supremacía constitucional.
• Separa a la Sala Constitucional de otras competencias a efecto de priorizar ésta pues tiene plazo de resolución.	• La opinión rendida no vinculante por fondo, puede ser un insumo y servir de orientación valiosa.
• La figura ha sido desvirtuada por la Asamblea Legislativa.	• El control se adelanta a la futura interposición de demandas por roces constitucionales.
• Instrumento utilizado por los legisladores con fin político.	• Evita que los funcionarios apliquen normas que podrían ser inconstitucionales.
• Implica juicio político de los jueces en la tramitación de Proyectos de Ley.	• Se protegen los derechos de las minorías sobre todo en abusos de trámite legislativo.
• Ya existe el instrumento de la Acción de Inconstitucionalidad que hace control a posteriori.	• Se controlan las extralimitaciones del derecho de enmienda, la conexidad y la aplicación del principio de publicidad.
• El control de constitucionalidad en el proceso de formación de la Ley lo podría hacer la Comisión Especial de Consultas de Constitucionalidad.	• La Sala controla de previo que no se disminuyan derechos individuales y colectivos o bien antinomias en el ordenamiento jurídico.
• La Sala se convierte en Senado y la Asamblea en Cámara Baja.	
• Cae en la tentación de sugerir cómo debe aprobarse la legislación.	
• La Sala no debe ni administrar con el Poder Ejecutivo ni debe colegislar.	

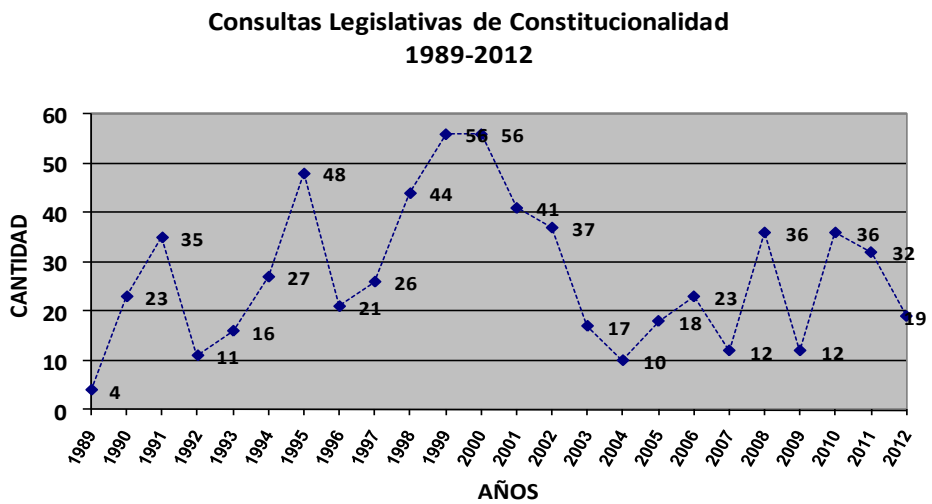
Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, las opiniones son divididas con una tendencia mayor hacia ajustar el funcionamiento de las normas existentes que habilitan la operación del instrumento consultivo. Dadas todas esas opiniones, el tema aquí no es cuánto tarda la Sala Constitucional resolviendo las consultas legislativas de constitucionalidad, puesto que la misma ley le señala un plazo determinado de 30 días naturales. Tampoco es relevante el peso cuantitativo

de las consultas legislativas respecto del universo de asuntos ingresados en la Sala Constitucional. Es conocido que en términos cuantitativos, las consultas legislativas de constitucionalidad representan aproximadamente un promedio anual de 0.30%; no obstante, el términos cualitativos tiene impacto en los poderes de la República, en virtud que, en temas categóricamente controvertibles, de oportunidad política, algunos partidos utilizan el instrumento, en unos casos de modo necesario y razonable, mientras que en otros, como una forma de obstaculizar la aprobación de proyectos de ley.

El siguiente gráfico nos muestra que no existe tendencia uniforme o un patrón estándar en la evacuación de consultas legislativas de constitucionalidad desde que se creó la Sala Constitucional en 1989. La fluctuación ha sido la característica principal, con altibajos, así se tiene:

- ◊ Con más de 50 consultas los años 1999 y 2000,
- ◊ Con más de 40 y menos de 50 consultas los años 1995, 1998 y 2001,
- ◊ Con más de 30 y menos de 40 consultas los años 1991, 2002, 2008, 2010 y 2011,
- ◊ Con más de 20 y menos de 30 consultas los años 1990, 1994, 1996, 1997 y 2006,
- ◊ Con menos de 20 consultas los años 1989, 1992, 1993, 2003, 2004, 2005, 2007, 2009 y 2012.



Fuente: Arias Ramírez, B, 2012 con datos de la Sala Constitucional de la CSJ y DRL: www.asamblea.go.cr

La ley de jurisdicción constitucional y el Reglamento legislativo no determinan con claridad cuáles vicios en el procedimiento de formación de las leyes, en caso de ser detectados, producen invalidez desde el punto de vista constitucional, se supone que son aquellos que se refieren a la viola-

ción de algún requisito o trámite "sustancial". Entonces, es la casuística o la revisión particular del trámite de un Proyecto de Ley el que determinará si un requisito "esencial" fue vulnerado y discernir de aquellos actos accesorios o práctica, e invalidar el procedimiento.

La Sala en los últimos años ha venido recociendo la tesis de la flexibilidad de algunos procedimientos o prácticas parlamentarias, lo que implica que si bien hay un *iter* formal de unidad, no se debe obviar, al mismo tiempo, las voluntades mayoritarias que, en efecto, tienen el derecho de discutir y pronunciarse, pero respetando los principios básicos reglamentarios, el principio democrático, el debate libre, el respeto de minorías, y los de participación y representación política.

Aun con la tesis de flexibilidad reconocida para el órgano político por antonomasia, la Sala Constitucional ha sido inflexible cuando se ha visto frente a una consulta de un Proyecto de Ley que, para las minorías, siguió trámites acelerados, sin debate necesario, de calidad y reflexión; asuntos, desde la óptica de quien escribe estas líneas, de relativo juzgamiento para un órgano externo al Parlamento, ya que en un determinado contexto se pueden reunir voluntades políticas necesarias, incluso reforzadas, que determinen no acudir a un uso excesivo de mociones o de uso de la palabra con el fin de votar por el fondo asuntos; eso, ciertamente, lo tienen diseñado parlamentos como el francés, el alemán, el español y muchos de América Latina, obviamente siempre que se haya cumplido el debido proceso legislativo, que es la ordenación de actos preestablecidos por la Constitución y el Reglamento legislativo, parte del bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional aplicado).

La Sala Constitucional caería en una línea pantanosa si definiera cuándo la Asamblea Legislativa forma por completo la voluntad parlamentaria. Quizá aquí hay una diferencia de matiz entre parlamentarios y jueces, ya que éstos últimos, en ocasiones, no han entendido bien que el Parlamento tiene instrumentos céleres y de urgencia, como la dispensa de todo trámite, las alteraciones del orden del día, el 41 Bis reglamentario *"fast track"*, el 208 Bis reglamentario de "procedimiento especial", entre otros instrumentos, perviviendo con el procedimiento de tipo ordinario. La longitud con que se analice la aplicación de uno de ellos es muy distinta del empleo de otro.

Por lo anterior, cuando se juzga por consulta legislativa previa si los procedimientos han sido acordes con las normas constitucionales, los jueces deben conocer con profundidad, todos y cada uno de los instrumentos existentes en el proceso de formación de la ley, que de suyo existen con naturalidad en el derecho parlamentario comparado, el desconocimiento de esta especial disciplina del Derecho es mala consejera a la hora de resolver asuntos en sede judicial.

II. Las consultas legislativas en el periodo 2010-2012.

A. Cantidad de consultas preceptivas y facultativas de constitucionalidad en el período Mayo 2010-Noviembre 2012

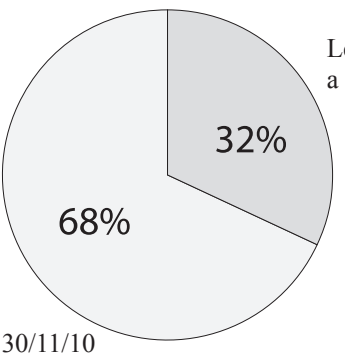
La Asamblea Legislativa aprobó 266 leyes entre el 1º de mayo de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012. La siguiente tabla nos muestra la relación de proyectos aprobados por legislatura:

Asamblea Legislativa
Leyes aprobadas
(1º may 2010 al 30 nov 2012)

Legislatura	Cantidad de Leyes
1 de mayo de 2010 30 abril de 2011	113
1 de mayo de 2011 30 abril de 2012	93
1 de mayo al 30 de noviembre de 2012	60

Fuente: Marta Mora, Depto. Servicios Parlamentarios, Asamblea Legislativa.

La información es relevante pues veremos que de esas 266 Leyes, en el mismo espacio temporal, cuando se tramitaron esos expedientes legislativos, fueron consultadas a la jurisdicción constitucional 85 iniciativas. Esto quiere decir, como se muestra en el grafico siguiente, que una de cada tres leyes pasó por la revisión de los jueces.

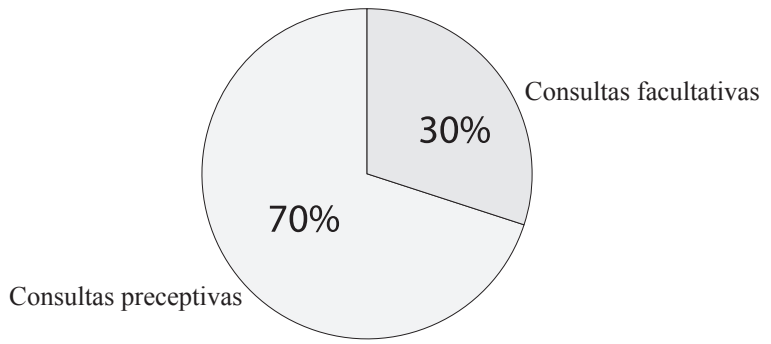


Fuente: Arias, Bernal, basado en Resoluciones de la Sala Constitucional y datos del Departamento de Servicios Parlamentarios, Asamblea Legislativa.

De las 85 iniciativas consultadas, 59 fueron de tipo preceptivo, entre ellas 57 dirigidas a Proyectos de Ley de Convenios y Tratados Internacionales, una respecto de un Proyecto de Reforma Constitucional y otra sobre una reforma a la Ley de Jurisdicción Constitucional. Solo en un expediente de los enviados preceptivamente, la Sala Constitucional encontró inconstitucionalidad, se trató del Exp. No. 17276 *"Aprobación del Tratado entre la República de Costa Rica y la República de Corea sobre Extradición*" en que se hallaron vicios de trámite.

En ese mismo período los diputados redactaron 26 consultas facultativas de constitucionalidad, más adelante veremos el desenlace que tuvo este segundo grupo de consultas. Basta decir de momento que, en términos relativos, como se muestra en la gráfica siguiente, el 70% de las consultas fueron preceptivas, mientras el 30% fueron facultativas.

Asamblea Legislativa
Consultas Legislativas y Resoluciones Sala Constitucional
(Números relativos del 01/05/10 al 30/09/12)

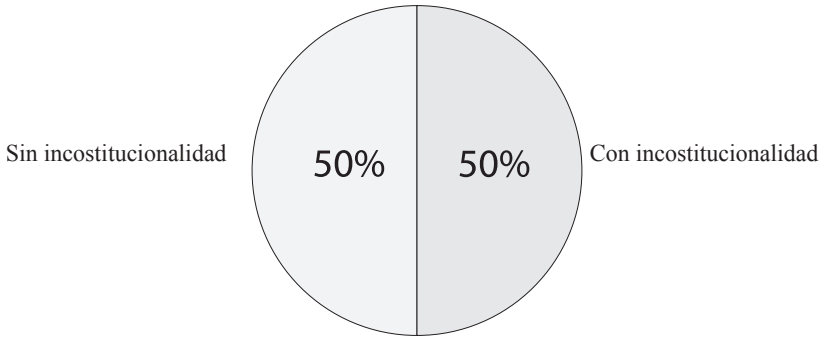


Fuente: Arias, Bernal, basado en Resoluciones de la Sala Constitucional y datos de la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa.

B. Efectividad de las consultas facultativas de constitucionalidad 2010-12

De las 26 consultas facultativas, 13 de ellas retornaron de la Sala Constitucional a la Asamblea Legislativa sin ningún tipo de señalamiento de inconstitucionalidad versus 13 expedientes legislativos donde el órgano judicial encontró cuestionamientos o roces con la Constitución Política de fondo o de trámite. En términos porcentuales, el 50% de los proyectos de ley por consulta facultativa llegaron al parlamento sin inconstitucionalidad mientras el otro 50% sí tuvo señalamientos.

Resultado de la Consulta Facultativa de Constitucionalidad 2010-2012



Hemos de decir que los únicos 13 expedientes donde la Sala indicó inconstitucionalidad, el 46% fueron por vicio de trámite, es decir, 6 de ellos, mientras que un 54%, los 7 restantes, fue por señalamiento de fondo. Bajo otra perspectiva solo 6 de 26 consultas facultativas de constitucionalidad llegó a la Asamblea con vicio de trámite, un porcentaje, a todas luces relativamente bajo que representa el 23%. A continuación veremos en la siguiente tabla los expedientes relativos a consultas facultativas, indicándose además el tema tratado, el número de voto asociado, el resultado obtenido y las bancadas que formularon la consulta.

Asamblea Legislativa *Consultas Legislativas de Constitucionalidad - Detalle de expedientes legislativos, consultas, votos y bancadas (ordenado cronológicamente por año y núm. de Voto)*					
No. de Exp.	**Asunto**	**Voto Sala Const.**	**Resultado CON / SIN**	**¿Cómo votaron los jueces?**	**Bancada que la impulsó**
17684	"Reforma del artículo 2 y derogatoria del artículo 5 de la Ley No. 7352 del 9 de agosto de 1993" Remuneración Diputados.	2010-12025	Con inconstitucionalidad por trámite	Redacta: Cruz Voto unánime: Calzada, Jinesta, Armijo, Cruz, Piza, Castillo y Guerrero. Nota separada: Calzada	17 PLN 2 PUSC 1 ML 1 PRN 1 PRC 9 PAC 1 FA 4 PASE Defensoría de los habitantes
14836	"Modificación de varios artículos de la Ley No. 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas" **Primera consulta**	2010-12026	Con inconstitucionalidad por trámite	Redacta: Castillo Voto unánime: Castillo, Calzada, Armijo, Jinesta, Cruz, Guerrero y Piza	1 FA 9 PAC 1 PUSC 4 PASE 1 PRC
17236	"Reforma y adición de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional No. 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas y reforma y adición de un artículo a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, No. 7558 del 3 de noviembre de 1995 y sus reformas."	2010-15741	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Mora Voto unánime: Armijo, Mora, Jinesta, Cruz, Castillo, Hernandez y Ardón.	10 PAC
17499	"Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley No. 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres" **Primera consulta**	2010-16202	Con inconstitucionalidad por el fondo	Redactan: Castillo y Mora Voto de mayoría: Mora, Armijo, Jinesta y Hernández Salvan el voto: Calzada, Castillo y Cruz	7 ML 6 PLN 3 PUSC 1 PRC 1 PRN 1 PASE

Fuente: Arias Ramírez, Bernal, 2012, con datos de Asamblea Legislativa y Sala Constitucional de la CSJ.

14836	"Modificación de varios artículos de la Ley No. 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas" **Segunda Consulta**	2010-18702	Con inconstitucionalidad por el fondo	Redacta: Calzada Voto mayoría: Calzada, Armijo, Cruz y Abdelnour Salvan voto: Mora, Castillo y Hernandez Rechaza plano consulta: Castillo	9 PAC 1 FA 1 PASE
17499	"Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley No. 8589, penalización de la violencia contra las mujeres" **Segunda consulta**	2011-00905	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Cruz Voto Mayoría: Calzada, Cruz, Armijo, Blanco, Ulate y Salazar Salva el voto: Castillo	6 ML 1 PRC 2 PUSC 2 PLN
17613	"Reforma a varios artículos del Código Penal y adición de una nueva sección VIII denominada "Delitos informáticos y conexos" al Título VII del Código Penal"	2011-00992	Con inconstitucionalidad por vicio de procedimiento	Redacta: Armijo Voto de Mayoría: Calzada, Blanco, Salazar y Ulate Salvan el voto conjunto: Cruz y Armijo Salva el voto: Castillo	1 FA 2 PUSC 3 PASE 1 PRC 5 PAC
17156	"Interpretación auténtica del artículo 80 de la Ley No. 4149, de 22 de agosto de 1968, y sus reformas, Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo"	2011-01360	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Mora Voto unánime por tramite: Calzada, Mora, Cruz, Salazar, Abdelnour, Araya y Barahona Voto disidente inconst. por fondo: Calzada, Salazar y Barahona	1 FA 8 PAC 2 PASE 1 PRC 1 PUSC
17672	"Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Popular China"	2011-04519	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Cruz Voto mayoría: Calzada, Mora, Cruz, Jinesta, Castillo y Araya. Voto disidente: Armijo	4 PAC 3 PASE 1 ML 1 PUSC 1 FA

16136	"Reforma del Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de personas en vehículos en la modalidad taxi, No. 7969, de 22 de diciembre de 1999" **Segunda consulta**	2011-04778	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Mora Voto Unánime: Calzada, Mora, Armijo, Cruz, Jinesta, Araya, Pacheco	8 ML 3 PUSC 1 PRC
16679	"Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales" **Primera consulta**	2011-05268	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Castillo Voto Unánime: Armijo, Mora, Jinesta, Cruz, Castillo, Guerrero y Araya	7 ML 5 PUSC
16304	"Ley reguladora del contrato de seguros"	2011-05274	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Guerrero Voto de mayoría: Armijo, Mora, Cruz, Castillo Guerrero y Araya. Voto disidente: Jinesta. Nota separada: Armijo	5 PAC 1 FA 4 ML 2 PASE
16679	"Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales" **Segunda consulta**	2011-07818	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Jinesta Voto Unánime: Calzada, Mora, Armijo, Jinesta, Cruz, Castillo, y Araya. Salva voto en cuanto a no admisión: Castillo	6 ML 2 PUSC 2 PASE
16306	"Ley de Impuesto a las personas jurídicas" **Primera consulta**	2011-12611	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Castillo Voto de mayoría: Mora, Cruz, Rueda y Castillo Voto disidente: Calzada, Armijo y Jinesta	8 ML 1 PRC 2 PUSC 1 PAC

16306	"Ley de impuesto a las personas jurídicas" **Segunda consulta**	2011-14965	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Jinesta Voto de Mayoría: Jinesta, Salazar, Castillo, Rueda y Hernández, estos tres últimos dan razones diferentes. Voto disidente: Calzada y Cruz	9 ML 3 PUSC
16861	"Ley para establecer el derecho de jubilación anticipada de las y los trabajadores y Reforma de la Ley de Protección del Trabajador de 16 de febrero de 2000"	2011-15655	Con inconstitucionalidad por fondo	Redacta: Cruz Voto Unánime en cuanto a un punto: Armijo, Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda, Salazar y Hernandez. Por mayoría en otro punto: Todos los anteriores excepto Castillo, Arnijo y Rueda, éstos salvan el voto. También salvan el voto en ese punto Jinesta y Hernandez. Con opinión diferente Castillo, Rueda y Salazar.	18 PLN 4 PASE
18234	"Ley de Presupuesto Ordinaria y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico de 2012".	2011-15968	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Castillo Voto de mayoría: Mora, Castillo, Rodriguez y Rueda. Salva el voto: Calzada Salva el voto: Jinesta y Cruz. Nota: Cruz y Rueda.	1 FA 4 PASE 3 PUSC 3 ML
17171	"Ley para el reconocimiento de incentivo por peligrosidad a favor de agentes de seguridad y vigilancia del Ministerio de Educación Pública y otros Ministerios."	2011-15969	Con inconstitucionalidad por trámite	Redacta: Mora Por unanimidad: Calzada, Mora, Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda y Rodríguez.	11 PLN
17218	"Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER)"	2012-01963	Con inconstitucionalidad por el fondo	Redacta: Jinesta Por unanimidad: Armijo, Jinesta, Mora, Cruz, Castillo, Pacheco y Salazar. En algún punto salvan el voto por separado Armijo y Castillo	9 PAC 1 FA 1 ML 3 PASE 1 PRN

17410	"Ley para la Regulación y Comercialización de Bebidas con contenido Alcohólico"	2012-02675	Con inconstitucionalidad por el fondo	Redacta: Cruz Por unanimidad: Armijo, Mora, Cruz, Rueda, Rodríguez, Pacheco y Guerrero	1 PRC 4 ML 3 PASE 1 FA 2 PUSC
17371	"Ley General del control del Tabaco y sus efectos nocivos en la Salud"	2012-03818	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Rueda Por mayoría: Armijo, Cruz, Castillo, Rueda y Piza Votos disidentes en sentido de no admisión de la consulta: Jinesta y Calzada por separado	5 ML 2 PUSC 3 PLN
18261	"Ley de solidaridad tributaria"	2012-04621	Con inconstitucionalidad por trámite	Redacta: Jinesta Voto por unanimidad: Calzada, Jinesta, Mora, Armijo, Rueda y Castillo Ponen nota: Calzada, Armijo, Cruz y Castillo	4 PUSC 9 ML 1 FA 4 PASE
18032	"Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial".	2012-11506	Sin inconstitucionalidad	Redacta: Mora Voto de mayoría: Mora, Armijo, Cruz, Castillo y Rueda Salva el voto y declara inadmisible la consulta: Calzada Salva el voto: Jinesta	1 FA 1 PRN 18 PLN 1 PUSC
18207	"Ley de reconocimiento de los derechos de los habitantes del Caribe Sur"	2012-13367	Con inconstitucionalidad por el fondo	Redacta: Rueda Voto unánime: Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda, Salazar, Guerrero y Araya	1 FA 6 PAC 1 ML 1 PLN 1 PASE
18554	"Ley de presupuesto ordinario y extraordinario de la República para el ejercicio económico 2013"	2012-16393	Con inconstitucionalidad por fondo (1 partida)	Redacta: Castillo Voto por unanimidad: Calzada, Armijo, Jinesta, Cruz, Pacheco y Ulate	7 PAC 2 ML 2 PUSC 1 FA

De las 26 consultas facultativas impulsadas, 9 fueron redactadas por la bancada del Movimiento Libertario[5] obteniendo votos de inconstitucionalidad únicamente en 2 oportunidades.

Por su parte, el Frente Amplio buscó firmas para consultar 6 proyectos de ley[6] obteniendo en 3 oportunidades juicios de inconstitucionalidad por trámite.

El Partido Acción Ciudadana[7] elaboró 6 consultas en igual número de expedientes, de manera que solo en 3 oportunidades recibió respuesta positiva de inconstitucionalidad.

El PLN consultó junto con otros diputados 3 expedientes, siendo que en todos ellos la Sala Constitucional determinó inconstitucionalidades en dos casos por trámite y en una por fondo, se trató de los Proyectos de Ley que pretendía aumentar la remuneración para los diputados, la jubilación anticipada y el incentivo de peligrosidad para agentes de seguridad y vigilancia del MEP y otros Ministerios.

El PUSC redactó dos consultas, en ambos casos proyectos de ley que efectivamente fueron declarados inconstitucionales, se trató de la iniciativa "Ley de Solidaridad Tributaria" [8] que golpeó fuertemente al gobierno por haber sido declarado inconstitucional por trámite, prácticamente sin subsanación posible y el Proyecto de Ley de bebidas con contenido alcohólico.

La siguiente tabla muestra que las dudas de constitucionalidad son tratadas con mayor rigurosidad en unos partidos respecto a la utilización del instrumento en otros.

5. El tipo de temas escogidos por la bancada libertaria han sido: Taxis, penalización de violencia contra las mujeres, protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, impuestos a las personas jurídicas y control del tabaco.

6. El Frente Amplio tuvo interés de sumar su firma en consultas legislativas en temas como: la Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, los delitos informáticos y conexos, la Concesión y Operación de Marinas Turísticas, tránsito, derechos para los habitantes del Caribe Sur y Presupuesto 2012.

7. Los temas de consulta impulsados por la bancada del PAC fueron: Reforma y adición de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, el TLC con China, la Ley reguladora del contrato de seguros, y transformación del IDA en INDER.

8. La Sala Constitucional recibió las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad acumuladas Nos. 12-003518-0007-CO y 12-003544-0007-CO, respecto a la aprobación del proyecto de ley denominado "Ley de Solidaridad Tributaria", que se tramita en el expediente legislativo No. 18.261. La segunda consulta se produjo por ampliación de argumentos mediante escrito razonado, como se dijo, acumulado por el Voto No. 3920-2012 de las 16:30 hrs. de 20 de marzo de 2012.

Asamblea Legislativa Consultas Facultativas de Constitucionalidad
(No de consultas de proyectos por partido y resultado)
(1º de mayo al 22 de noviembre 2012)

Partido Político que redactó el escrito de consulta legislativa facultativa de constitucionalidad	Número de Consultas Facultativas	Con declaratoria de inconstitucionalidad	
		Absoluto	Porcentual
Movimiento Libertario	9	2	22%
Partido Frente Amplio	6	3	50%
Partido Acción Ciudadana	6	3	50%
Partido Liberación Nacional	3	3	100%
Partido Unidad Social Cristiana	2	2	100%
Partido Renovación Costarricense	-	-	-
Partido Restauración Nacional	-	-	-
Partido Accesibilidad sin Exclusión	-	-	-

Fuente: Elaboración propia, basado en datos de la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional de la CSJ.

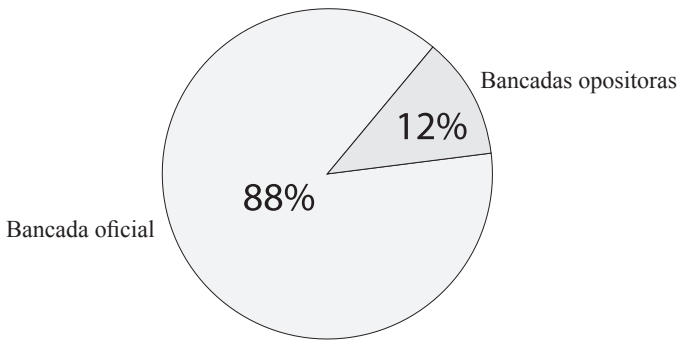
Desde el punto de vista ideológico no cabe duda que las bancadas que suelen confeccionar consultas legislativas facultativas lo hacen cuando a lo largo del trámite han adversado la iniciativa de ley. La tendencia es marcada en el caso del Movimiento Libertario, que no ha tenido tacha de consultar proyectos en segunda ocasión aun cuando no se le hubiesen hecho cambios por el fondo al proyecto de ley, relentizando el trámite, por virtud que la Sala en esa segunda oportunidad no halló inconstitucionalidades, ya que había pasado por la criba de su ámbito competencial, ciertamente es una bancada con un bajo porcentaje de éxito en declaratorias de inconstitucionalidad como se ve en la tabla anterior.

En igual sentido político-ideológico han sido los juicios utilizados por el Frente Amplio y el Partido Acción Ciudadana cuando han impulsado consultas facultativas. Esto no obsta para señalar que en un par de expedientes hubo realmente duda en todas las bancadas, se trató de la primera consulta al proyecto sobre violencia contra las mujeres, expediente No. 17499 y la iniciativa de aumento en la remuneración de los diputados, expediente No. 17684.

Como se ve en la tabla previa, la fracción oficialista (PLN) en el gobierno, no suele redactar ni presentar ante la Sala Constitucional numerosas consultas legislativas facultativas y en muy pocas ocasiones sus diputados acompañan con la firma otras consultas de bancadas distintas, como ocurrió ocasional y aisladamente. En este tema, la bancada liberacionista es fundamentalmente uniforme y disciplinada.

Los diputados del PASE, una parte de la fracción del PUSC y los unipersonales de Renovación Costarricense y Restauración Nacional acostumbran firmar consultas legislativas cuando diputados de otras fracciones se lo solicitan con el objeto de llegar al umbral de 10 legisladores firmantes o más. Aquí hemos de resaltar que el promedio de firmas de legisladores que apoyaron las 26 consultas facultativas objeto de examen fue de 13.7 diputados, sobrepasando ampliamente el umbral de 10 diputados como mínimo.

De lo anterior se colige que la consulta facultativa de constitucionalidad es un instrumento mayoritariamente utilizado por las bancadas políticas de oposición en este caso instado en un 88% por las fracciones políticas distintas a la gubernamental, lo cual podríamos decir se convierte en una especie de instrumento de control político, revestido de control jurídico. La siguiente gráfica nos ilustra esa relación:



Fuente: Elaboración propia.

No se contemplan las consultas preceptivas de constitucionalidad ya que éstas son traslados de Oficio de los Expedientes Legislativos, sin memorial razonado por parte de los diputados, con lo cual los Magistrados no se restringen a dudas singulares de constitucionalidad, sino por lectura general a cualquier aspecto que pudiese tener algún reproche, aunque, excepcionalmente, en algunos Convenios Internacionales coincidió la consulta preceptiva con alguna facultativa de diputados sobre el mismo expediente, como fueron los casos de Tratados de Libre Comercio, específicamente el CAFTA, con China, con Canadá, con Chile, con México, entre otros.

Finalmente hemos de comentar que en términos de redacción de votos del período analizado 2010-12 de consultas facultativas de constitucionalidad (26 en total), el Magistrado Castillo fue el que más Votos redactó con seis casos, quizá por la experiencia de haber sido asesor parlamentario en algún momento de su carrera profesional; le siguen los Magistrados Cruz y Mora con cinco cada uno; luego el Magistrado Jinesta con cuatro; la Magistrada Calzada y el Magistrado Rueda con dos cada uno; y con una sola redacción el Magistrado titular Armijo y el Magistrado suplente Guerrero.

III. Discusión actual sobre la figura de la consulta legislativa de constitucionalidad.

Para la Asamblea Legislativa los intentos de reforma a la consulta legislativa de constitucionalidad no han sido nuevos, el Expediente Legislativo No. 13.039 a mediados de la década de los noventa intentaba derogar el inciso b) del artículo 96 y reformar el 97 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En aquel momento se decía que la Asamblea debía recobrar su verdadero papel en la formación de la ley y diferenciar en forma clara las competencias de la Sala Constitucional y de la Asamblea Legislativa, ameritando su revisión.

Otros Proyectos de Ley donde el legislador pretendió ajustar el artículo 96 y ss de la Ley de Jurisdicción Constitucional fueron el 13.699 y el 14.308. En estos expedientes la Procuraduría General de la República, se pronunció en contra de la eliminación de la consulta legislativa facultativa[9], empero, deslizó la idea de elevar el número de firmas de diputados, manifestándose así:

> *"Dicho lo anterior, más bien somos de la tesis de que se debe elevar el número de firmas de Diputados que se requieren para plantear la consulta a la Sala Constitucional. Nos parece que se debería exigir el número mínimo de un tercio de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Ello supondría que se recurriría a la consulta solo cuando exista un importante consenso en el parlamento, y no como ocurre en la actualidad que se plantea la consulta, en algunos casos, debido a la labor de convencimiento que hace un Diputado sobre otros, sin que para ello se cuente con el respectivo aval de las fracciones parlamentarias. /.../".*

También en el Expediente No. 16282 presentado en el año 2006 el legislador siguió buscando un punto medio en el tema de las consultas legislativas que se ajustara a una buena relación entre Asamblea y Sala Constitucional. Incluso en el Expediente No. 16976 elevaba a 29 diputados de 57 que componen la Asamblea, el número requerido para presentar una consulta legislativa de constitucionalidad.

Esta cantidad de proyectos de ley evidencian que se ha vivido una intensa discusión respecto de la definición de las reglas que debe regir la función colaboradora de la Sala Constitucional como la llamó en su momento el ex magistrado Piza Escalante.

---

9. Vid. Opinión Jurídica No. OJ-010-2001 de 1º de febrero de 2001, relativa al Proyecto de Ley No. 13699, y la Opinión Jurídica No. OJ-112-2001, de 15 de agosto de 2001, rendida con ocasión del Proyecto de Ley No. 14.308.

En la iniciativa de ley del diputado Fishman Zonzinski, No. 17743, que está en el tercer lugar del orden del día de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, texto que pretende hacer una reforma integral a la Ley de Jurisdicción Constitucional No. 7135, elimina la consulta facultativa dejando únicamente la preceptiva. La justificación que hace ese legislador en la exposición de motivos dice:

> *"...Si bien es cierto que la Sala atiende por definición discusiones políticas, pues de lo que se encarga es de resolver la rama del derecho más política que existe, no menos cierto es que sus decisiones son (o deben ser) ante todo jurisprudenciales, apegadas al derecho vigente, y no de oportunidad política, ni mucho menos de libre creación legislativa. Debe entenderse asimismo, que la labor de fiscalizar el respeto a la Constitución y el desarrollo de sus principios, no es monopolio de la Sala Constitucional, sino deber de todos los Poderes del Estado, e incluso, de todos los ciudadanos, eso sí dentro del marco de competencia que le fija a cada quien la Carta Política."*

En las discusiones (observables en las actas) han resaltado las siguientes corrientes:

- Eliminar totalmente la consulta legislativa preventiva de constitucionalidad asumiéndose la revisión o el control posterior por acción de inconstitucionalidad.

- Elevar la cantidad de firmas requeridas para que las y los legisladores puedan enviar una consulta, barajándose la cifra de un mínimo de 19 diputados.

- Dejar la ley como está ahora con solamente 10 firmas sin modificar la letra de la ley.

El siguiente cuadro muestra lo que se encuentra en vigor, lo que pretende el legislador Fishman y el texto sustitutivo aprobado en la Comisión de Asuntos Jurídicos:

Ley 7135 "Ley de la Jurisdicción Constitucional	Proyecto de Ley No. 17743	Texto sustitutivo 23/11/2010 Exp. 17743
Artículo 96. Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados. c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional. ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.	**"Artículo 96.-** Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.	**"Artículo 96.-** Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa preceptivamente sobre los proyectos de reforma parcial de la Constitución, los de convocatoria a Asamblea Constituyente, y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. En el caso de cualesquiera otros proyectos de Ley, de la aprobación parlamentaria de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa, la Sala Constitucional ejercerá la opinión consultiva previa únicamente para determinar la existencia o no de infracciones a trámites o requisitos sustanciales de procedimiento, cuando así lo soliciten facultativamente al menos diecinueve Diputados en el plazo de cinco días hábiles luego de haberse aprobado el asunto en primer o único debate, según sea el caso."

La Defensoría de los Habitantes de la República en el Oficio DH-0548-2010, de 19 de agosto de 2010, suscrito por la señora Ofelia Taitelbaum, estimó que la consulta como instrumento procesal legítimo ha sido, sin embargo, indebidamente utilizada por parte de la Asamblea Legislativa con fines estrictamente políticos que a fin de cuentas han entrabado la labor legislativa. Y, agrega "En tal sentido, estima la Defensoría que la solución adoptada es inadecuada pues prácticamente elimina la consulta previa. Si la pretensión es poner fin al manejo político de este instituto procesal, debe pensarse más bien otra alternativas, tales como hacer calificada la utilización del instrumento modificando –aumentando valga decirlo- el número de legisladores que plantean la consulta."[10]

Uno de los señalamientos importantes que hizo el órgano defensor es que, no solo se elimina la consulta facultativa de los legisladores, sino, también, la legitimación directa para plantear las consultas previas que quisiera hacer la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República e incluso la Defensoría de los Habitantes de la República, cuando se trate de Derechos Humanos, que están habilitados en los incisos c) y ch) del actual artículo 96 de la Ley No. 7135, en ese sentido, agregan que la tutela preventiva ha sido un filtro que crea una garantía directa a instituciones de control, en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo, visto de otra forma, también podría ser una invasión de esos órganos de control en el proceso de formación de la ley. Entonces, por un lado podrían coparticipar advirtiendo vulneración eventual de derechos humanos o sus mecanismos de garantía, pero, por otro, podrían no resistir a la tentación de constituirse indirectamente en "legisladores" en virtud de dudas y sugerencias de constitucionalidad de las normas, las cuales evidentemente se pueden revisar en control de constitucionalidad mediante el instrumento de las acciones de inconstitucionalidad.

El órgano Defensor indica que *"...en oposición a lo que suele argumentarse en el sentido de que este tipo de control previo constituye el gobierno de los jueces en tanto se inmiscuye en asuntos netamente políticos, se refuta esa posición señalándose que al ser un órgano judicial el encargado de realizar la labor de control de constitucionalidad, el análisis se constreñirá al ámbito puramente jurídico y nunca conforme a criterios políticos o de oportunidad*."[11] Aquí la Defensoría le da un voto de confianza plena a los jueces en su rol de administradores de justicia y nunca portadores o correas de transmisión política.

Nos vimos a la tarea de observar el Informe de la Subcomisión creada para conocer el texto del Proyecto de Ley No. 17743 que estableció, que

10. Véase Folio No. 78 del Tomo I, del Expediente Legislativo No. 17743.

11. Vid. Oficio DH-0548-2010, de 19 de agosto de 2010, suscrito por la señora Ofelia Taitelbaum, Defensora de los Habitantes de la República.

en materia de consulta facultativa se aumentara el número de Diputados de diez a diecinueve, sea un tercio de la Cámara, siempre que se determine la existencia o no de infracciones a trámites o requisitos sustanciales de procedimiento. Es decir, la Subcomisión recomendó no permitir la consulta facultativa por fondo sino únicamente por violación de trámite y con el nuevo número de legisladores apoyándola. En folio 181 del expediente legislativo de cita, se expresa *"En este apartado, el texto propuesto busca limitar las atribuciones de la Sala Constitucional en el proceso de formación legislativa, restringiendo las consultas previas prácticamente a las establecidas en el artículo 10 inciso b) de la Carta Política //No sobra decir que esta facultad de las jurisdicción constitucional es de las más cuestionadas a nivel comparado, pues es indudable el peligro de que sus decisiones influyan en la configuración de la voluntad legislativa, quebrándose el principio democrático"*.

El diputado Fishman justifica el Informe de la Subcomisión[12], recordando que fue uno de los que promovió en su momento la Ley de Jurisdicción Constitucional, indicando[13] que el tema de la consulta legislativa a la Sala, siempre se discutió y quedó claro que era producto de determinar que las minorías tuvieran una defensa para el eventual caso de que esas minorías se hubieran visto perjudicadas, no por el fondo sino en cuanto a la forma, es decir, que el procedimiento que se siguió en el Parlamento fuese correcto para aprobar o rechazar una ley. En concreto utilizó el ejemplo del Convenio Atunero[14] que en ese contexto la Presidencia de la Asamblea quería aplicar una mayoría absoluta, cuando requería una mayoría calificada, sintiéndose en indefensión las minorías que no estaban de acuerdo con el instrumento internacional.

La Corte Plena en Oficio No. SP-43-11 del 4 de febrero de 2011, en análisis del texto sustitutivo propuesto por la Subcomisión y aprobado en la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre el Exp. No. 17743 "Ley de Reforma a la Jurisdicción Constitucional", indica que en la sesión No. 2-11, del 24 de enero lo discutió basado en el estudio de la Magistrada Calzada y que en el caso particular de la consulta legislativa se expresó así:

12. Informe suscrito por los diputados Luis Fishman, Francisco Chacón G., Carlos H. Gongora F, y Víctor E. Granados C. No acompaña con la firma el diputado José M. Villalta Florez-Estrada. Folios 144 a 151 del Tomo I del Exp. No. 17.743.

13. Véase Acta de la Sesión Ordinaria No. 36 del 19 de octubre de 2010 de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa.

14. En Acta de la Sesión No. 44 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del 16 de noviembre de 2010, a raíz de la discusión del Exp. No. 17743, el Lic. José Miguel Corrales B. confirma que el tema de la discusión del Convenio atunero fue un factor que propició la urgencia del Parlamento de tener una instancia donde hacer consultas. Este ex legislador se decanta porque no se elimine el instrumento de las consultas legislativas, las que para él son poquísimas. Tampoco comulga con el número de consultantes aduciendo haría nugatoria la instrumentalización de la competencia.

"La norma tal y como está diseñada no resulta lesiva del derecho al acceso a la jurisdicción constitucional de grupos políticos en una realidad bipartidista. Por el contrario, en un escenario multipartidista podría resultar lesiva del derecho al acceso a la jurisdicción constitucional de minorías políticas, en defensa de la Constitución Política y de los derechos de los ciudadanos. Este es un tema que a mi criterio debe advertirse, aunque considero que es de resorte exclusivo de los diputados fijar el número de ellos que consideran es el viable para acudir en consulta." [15]

Parecido al pensamiento de la Magistrada Calzada lo tiene el exdiputado Urcuyo Fournier al afirmar *"...yo no estoy de acuerdo en que se suba a diecinueve, me parece que tiene que permanecer en lo que está, los derechos de las minorías tienen que ser respetados y más aún en un contexto de multipartidismo, como el que nosotros estamos viviendo. Además, estas consultas no atascan la Sala."* Pero de modo contradictorio inmediatamente añade: *"Les voy a decir una cosa, siendo parte de la clase política aunque no político en este momento, pero bueno, quiénes han llenado la Sala de política, los diputados, hemos utilizado los que hemos sido y los que son diputados, el recurso de la Sala para prolongar el combate político, entonces no son los Magistrados los que judicializan la política, sino que tiene que haber también una autocontención y restricción de su poder por parte de los diputados*."[16]

Esta preocupación de las minorías ha salido a flote en la discusión nacional. El Magistrado Jinesta Lobo ha expresado que *"si bien esta modalidad de control de constitucionalidad a priori, es una valiosa herramienta para garantizar los derechos de las minorías políticas, es lo cierto que, también se ha abusado del instrumento, lo que expone a la Sala Constitucional a participar del escenario político, con el consiguiente desgaste y la crítica infundada de que se judicializa la política"*.[17] Incluso este juez constitucional se decanta por aumentar el número de legisladores para la admisión de una consulta legislativa de constitucionalidad sugiriendo elevar el número a 20 o 25 diputados.

El exmagistrado Carlos Arguedas en comparecencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea expuso que las resoluciones sobre consultas legislativas no están ajenas a ser instrumento de la lucha política, por lo que la jurisdicción constitucional fue muy celosa de cuidar el principio de responsabilidad política. No obstante, agregó:

15. Véase folio 296, Tomo II, y folio 833, Tomo IV, del Exp. Leg. No. 17743.
16. Véase Acta de la Sesión Ordinaria No. 18 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Políticos, de fecha 27 de julio de 2011.
17. Jinesta Lobo, E., "Reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional", en; "20 años de Justicia Constitucional 1989-2009", Sala Constitucional de la CSJ y EUNED, pp. 1-11.

"En ocasiones la Sala Constitucional sentía en cierto modo manipulación de la consulta, como presentarla y retirarla, o presentarla por tantos y retirarla por tantos, o presentarla por pocos y añadirle posteriormente, etcétera, eran modalidades de manipular la cooperación que podría brindar la jurisdicción para la depuración del derecho que se creaba y hacerla participar en la toma de decisiones políticas."[18]

Con un ejemplo sencillo el jurista Arguedas define el riesgo que existe y consistió en uno de tantos proyectos de ley de producción de impuestos, a principio de los años noventa, en que la Sala encontró que no había inconstitucionalidad, la información se dio en la prensa, y el titular fue: "Sala Constitucional avala los impuestos" y una columna de opinión que decía " se ve que los Magistrados no tienen que pagar impuestos, que los avalan…". En ese caso la responsabilidad política de la creación de impuestos se había desplazado del medio político donde tiene naturalmente que radicar esa responsabilidad, que es la Asamblea Legislativa. A partir de aquella época el órgano judicial comenzó a resistirse a formar parte de la evidente manipulación del instrumento de consulta.

Considera Arguedas que en algunas ocasiones y en ciertos períodos de producción legislativa, particularmente de instrumentos internacionales, algunos de ellos complejos, la Sala prácticamente se paraliza para poder resolver las consultas legislativas en el plazo establecido por la ley, plazo que manifiesta ser angustioso. Pese a ello, conservaría la consulta preceptiva para ciertas hipótesis, particularmente los Tratados internacionales, probablemente las reformas constitucionales y, añade *"...muy probablemente seguiría la vena de otros países que han extirpado la consulta facultativa del sistema o aceptaría que la Asamblea Legislativa según su leal saber y entender, porque esa es una decisión política que me parece que en nada afecta a la Sala, incremente el número de diputados que pueden hacer la consulta facultativa, ese es un problema de juego del poder legislativo, no creo que afecte mucho a la Sala."*

El Lic. Fabián Volio tiene la opinión de delimitar la función consultiva respecto de las reformas constitucionales, para este abogado, la Sala no debería emitir criterio previo en fondo o contenido de un proyecto de ley que pretenda cambiar parcialmente normas constitucionales, salvo que se trate de la violación de trámites legislativos, pues esa función constituyente reside únicamente en la Asamblea Legislativa. Esa misma posición la comparte el autor de este trabajo[19] en publicación del año 2000 criterio que

18. Vid. Acta de la Sesión Ordinaria de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, No. 55, del martes 1º de febrero de 2011.

19. Arias Ramírez, Bernal, "Incompetencia de la Sala Constitucional para enjuiciar por el fondo proyectos de ley de reforma constitucional", En: "Revista Parlamentaria", Asamblea Legislativa.

adversa la Presidente de la Sala Constitucional cuando señala *"...se está eliminando en este proyecto la posibilidad de que la Sala como lo establece ahora, revise lo que tiene que ver con las reformas constitucionales. Yo me pregunto si no es un Tribunal Constitucional el que tiene que revisar las reformas constitucionales, quién lo revisaría en un Estado democrático. Me parece que el órgano encargado es el Tribunal Constitucional o la Sala Constitucional, es como si el día de mañana en materia de Familia o en materia Civil se elimine la posibilidad de revisión de un asunto por parte de la jurisdicción que le corresponde revisar ese asunto."* [20]

Para éste ensayista, desde ningún punto de vista se comparte esa tesis, pues es una forma inadecuada de invasión de competencia de la solemnidad que significa el Poder Constituyente reformador que se coloca por encima, en ese caso, de cualquier otro órgano o poder constituido, en ese sentido, lo que decida en representación del pueblo soberano la Asamblea no es revisable por la Sala Constitucional, salvo que ocurriera reproche constitucional en el procedimiento seguido, en particular sobre los pasos que contiene el artículo 195 de la Constitución Política.

Volio Echeverría no se limita a exponer esa incompetencia sino que se inclina por la eliminación total de la consulta legislativa facultativa previa, recordando que España la había suprimido. Las razones que brinda se sustentan en área de fricción, por un lado, *"...porque los diputados utilizan la consulta para el filibusterismo político, y hemos visto casos donde diputados votaban favorablemente un proyecto de ley, pero aun así firman una consulta de constitucionalidad, para crearle un problema al Ejecutivo o a otras fracciones. Pero además, le permiten a la Sala Constitucional intervenir en la vida parlamentaria."*[21] Añade que *"Esta consulta de todos modos me parece que no es necesaria, porque nuestro modelo desde el año treinta y ocho ya permite que el ciudadano presente las acciones de inconstitucionalidad contra la ley ya aprobada sin autorización de nadie. Es decir, es una facultad de toda persona que en un proceso pueda presentar una acción de inconstitucionalidad."*

El Magistrado Cruz hace un planteamiento jurídica y políticamente correcto señalando *"...me parece que los diputados debieran tener posibilidades de plantear acciones, pero claro, entonces vean, ustedes están en el proyecto pensando en hacer más difícil la consulta facultativa, pero entonces eso significa que por algún otro lado, los diputados en un determinado número debieran tener posibilidades de acción."*[22] Esta salida que

(Costa Rica), Vol. 8, No. 3 (dic. 2000), pp. 173-211.

20. Opinión vertida en el Informe discutido en la Sesión No. 2-11, celebrada el 24 de enero de 2012, Corte Plena, Poder Judicial.

21. Véase Acta de la Sesión Ordinaria No. 60 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, del 16 de febrero de 2011.

22. Acta de la Sesión Ordinaria No. 14, de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, de fecha 05 de julio de 2011.

plantea Cruz Castro a la Comisión de Asuntos Jurídicos podría ser una vía alternativa ya que, por un lado se podría elevar razonablemente el número de diputados consultantes, pero, por otro, se habilitaría a los diputados, sea, individualmente, o mediante un número bajo de ellos, dotándoseles de legitimación activa para incoar acciones de inconstitucionalidad.

Para finalizar esta parte, el Magistrado Rueda Leal refiriéndose a la nueva redacción incorporada en el texto sustitutivo aprobado por la Comisión de Asuntos Jurídicos el 23 de noviembre de 2010, decía que *"... en materia de consulta parlamentaria, me pareció positiva la distinción que se hace entre reformas o consultas por el trámite y consultas que hacen por el fondo. Y me pareció interesante a la solución que se llegó eclética de mantener una cantidad de diputados de 10 para el tema de consultas por el trámite pero aumentarla a 19 cuando se trata de consultas por el fondo."* [23] Y, como la mayoría de jueces constitucionales que han vertido opinión, señala que los diputados pueden elegir el modelo constitucional, mismo que está dentro del ámbito propio de la voluntad del legislador.

IV. Temas particulares relevantes sobre el instrumento consultivo que son objeto de examen.

A. Consultar dos o más veces el mismo expediente sin que hubiesen cambios o modificaciones en su contenido

En otro tema, hay que anotar que la presente Asamblea está realizando una práctica parlamentaria atípica y abusiva de las normas en la tramitación de consultas legislativas facultativas, al consultar hasta en dos ocasiones el mismo expediente legislativo, eso ha ocurrido en un corto tiempo con los siguientes Proyectos de Ley:

> "Reforma del Código de Comercio, Ley No. 3284, de 30 de abril de 1964, y de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de personas en vehículos en la modalidad taxi, No. 7969, de 22 de diciembre de 1999", Expediente No. 16136.
>
> "Reforma y adición de los artículos 22 y 25 de la Ley No. 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres", Expediente No. 17499.
> "Modificación de varios artículos de la Ley No. 7744, Concesión y Operación de Marinas Turísticas", Expediente No. 14836.

23. Véase Acta de la Sesión Ordinaria No. 18 de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, de fecha 27 de julio de 2011.

"Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales", Expediente 16679.
"Impuesto a las personas jurídicas", Expediente 16306.

El tema de marinas turísticas y de violencia contra las mujeres, pese a que en el tiempo de análisis, que es relativamente corto y reciente, fueron consultados dos veces, ya habían tenido en ocasiones anteriores sendas consultas legislativas, con la precisión que éstos proyectos de ley sí habían sufrido enmiendas distintas a las originalmente consultadas.

Esta práctica de consultar dos o más veces un Expediente no está contemplada en el Reglamento de la Asamblea Legislativa ni en la Ley de Jurisdicción Constitucional, es decir, no está autorizada por norma, pero tampoco está prohibida, en ese sentido, la práctica debería ser corregida en el nivel de admisibilidad (autocontrol de sus asuntos) en la Sala Constitucional o por rechazo de plano. Ahora bien, si continúa la equivocada tendencia los legisladores la podrían ajustar por reformas al Reglamento o modificaciones a la Ley No. 7135 (LJC).

Los Magistrados constitucionales comparecientes han dicho que ese ajuste es parte de la *interna corporis* del Parlamento evitando referirse al asunto, con lo cual, evidentemente, es una discusión netamente legislativa.

En este aspecto se comparte lo dicho por el Magistrado Castillo Víquez en el Voto No. 7818-2011, a razón de la segunda vez que los diputados consultaban el Expediente Legislativo No. 16679 "Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales", cuando en el considerando XIII en que plasma su voto salvado, expresa lo siguiente:

"Difiero del voto de mayoría en cuanto evacua la consulta legislativa, y en su lugar la rechazo de plano con fundamente en las siguientes razones. Este proyecto de ley viene por segunda vez a la Sala Constitucional en consulta de constitucionalidad facultativa. Si bien la Ley de Jurisdicción Constitucional no regula el número de veces que un proyecto de ley puede ser consultado al Tribunal Constitucional, es lo cierto del caso de que la consulta facultativa de constitucionalidad tiene característica de ser un proceso constitucional de naturaleza extraordinario, el cual le permite a la Sala Constitucional conocer de previo sobre la inconstitucionalidad de los vicios de procedimiento y de fondo que le indican los consultantes…"

Expresó también, dicho juez, que en Alemania y España el instrumento fue eliminado por los abusos cometidos en su uso, por la parálisis de la acción legislativa y por el peligro que representaba para el programa

de gobierno. Asimismo, indicó que el exceso de consultas facultativas de constitucionalidad sobre un mismo proyecto lo que hace es judicializar la política, lo cual tiene un efecto pernicioso, toda vez que lesiona el principio de equilibrio entre los Poderes del Estado.

El autor de estas líneas recuerda que los diputados cuentan con el recurso de aclaración y revisión que se gesta desde la Comisión de Consultas de Constitucionalidad. Esa medida se utiliza excepcionalmente por haber llegado el expediente con inconstitucionalidad y existir otras dudas que han de ser ampliadas. Aparte de ello la legislación no contempla la revisión preventiva de proyectos por segunda vez sin modificación de contenido.

En otro razonamiento del voto disidente, que creemos o tenemos fe va a ser pronto el de mayoría, indica que las dudas y objeciones se trazan bajo el prisma de la colaboración entre Poderes del Estado, que deben plantearse en una sola vez y no de forma diferida en el tiempo, pues ello afectaría el buen funcionamiento de la Cámara y desnaturalizaría el control previo de constitucionalidad en la vertiente facultativa.

Hemos de agregar que la Sala Constitucional también propicia que un expediente legislativo vaya dos veces a esa instancia en consulta legislativa y es en aquellos casos cuando el órgano judicial encuentra vicios sustanciales del procedimiento, y omite referirse a lo consultado respecto al fondo del proyecto, lo que evidentemente permite que una vez subsanados los yerros procedimentales, procedan los diputados nuevamente a consultar a la Sala el mismo expediente legislativo para que se pronuncie y revise el fondo, como ocurrió con "Marinas Turísticas". En otras palabras, bajo el prurito de economía procesal de no pronunciarse sobre fondo, más bien, desde el punto de vista procesal se está invirtiendo la intención, pues hace más lenta la decisión de aprobar el Proyecto de Ley en segundo debate. Esto por supuesto es un tema que habrá que ajustar.

Dado lo anterior no debería ser admitida una segunda, tercera o más consultas sobre un mismo proyecto de ley. Ciertamente este trabajo concluye que de las 85 consultas legislativas formuladas solo en 13 ocasiones se encontraron vicios de fondo o forma, lo que representa un porcentaje bajísimo de reparos que está en torno a 15.3% de todos los asuntos consultados. Esto desmitifica que los diputados cometen constantemente errores en el procedimiento o bien incluyen normas claramente inconstitucionales, sucede lo contrario, solo en muy pocos casos la Sala IV enmienda la plana a la Asamblea.

Por último lleva razón el Magistrado Castillo cuando nos recuerda que la Sala ya había zanjado este tema en el Voto No. 121-93 a razón de una segunda consulta sobre el Proyecto de Ley No. 11344 sobre el Proyecto "Ley General de Concesión de Obra Pública". La Sala dispuso que no es justificable la constante intromisión en la actuación reservada a los dipu-

tados y a la propia Asamblea, indicándole al Parlamento que hiciera uso de su auto regulación para que no se utilizara la figura como instrumento de obstrucción técnica. Aquí se acota que la autoregulación de un órgano político colegiado representativo, compuesto por distintas bancadas y que representa disimiles intereses no es el adecuado para aplicar autocontrol, distinto a un órgano jurisdiccional que tiene capacidad para auto-regular temas en los cuales ya ha emitido resolución.

No cabe duda que este es un tema que se está saliendo del límite normal de funcionamiento, probablemente tendrá que ser revisado en el futuro, sea por el legislador o por los jueces.

B. Procedencia de la consulta legislativa facultativa cuando las y los diputados hayan dado votación positiva al proyecto de ley

La Presidenta de la Sala Constitucional, Calzada Miranda, en un reciente escrito –artículo- de agosto de 2012 *"La procedencia de las consultas legislativas"*, aclaratorio del voto salvado en la Sentencia No. 11506-12, relativo al Exp. Leg. No. 18032 "Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y seguridad vial", estableció de modo sincero y directo que si un legislador en su función de representante del pueblo votaba un proyecto de ley positivamente, su obligación –por juramento a la Constitución y a la Ley- era revisar su texto antes del ejercicio del sufragio, si consideraba que había inconstitucionalidad debía oponerse o votarlo en contra, pues no es válido que un legislador vote positivamente proyectos de ley que luego consulta a la Sala Constitucional porque le surgen dudas de constitucionalidad, igualmente quienes votan positivo están manifestando su acuerdo con el texto. Para la juez eso resulta una incoherencia que de manera sistemática se ha venido produciendo, utilizando al órgano judicial en control preventivo en una posición de legitimidad ciertamente dudosa, haciendo un llamado a la responsabilidad del ejercicio parlamentario para que asuma su responsabilidad y obligaciones inherentes. ¿Por qué salva el voto y declara inadmisible la consulta del proyecto de ley de cita? En consideración a que el 21 de junio de 2012 de los treinta y nueve votos emitidos solamente dos diputados votaron en contra el Proyecto de Ley de Tránsito. Cuando elevaron la consulta llevaba la firma de veintiún diputados y diputadas, de los cuales diecisiete aprobaron el proyecto de ley, otros se sumaron porque estaban ausentes en la votación.

De esta singular posición hay que comentar algunos aspectos, el primero, cuando a los diputados, en su lenguaje, les interesa "blindar" un proyecto de ley que luego será un cuerpo legal en vigor, suelen usar el mecanismo de consulta, aun cuando voten positivamente el proyecto de ley, con el objetivo de que no pueda ser en el futuro cercano atacado por incons-

titucionalidad por la vía de la acción de inconstitucionalidad, ya que habría pasado recientemente por el tamiz de la Sala Constitucional. Desde nuestro óptica esa es una práctica no deseable.

Tampoco la Ley de Jurisdicción Constitucional ni el Reglamento Legislativo en el diseño actual impide a los legisladores consultar proyectos de ley dependiendo de su forma de votar que, por lo demás, el tipo de votación generalmente aplicada es la ordinaria y no la de naturaleza nominal.

Por otro lado, si se comparte el criterio de la señora Calzada cuando indica que "Votar a favor para luego consultar, amenaza convertir la Consulta en un proceso distinto al que es, y a la Sala Constitucional en algo distinto a un Tribunal", en sus palabras "especie de cajón de sastre".

Algo que no se entiende y no se comparte en el Voto salvado, se refiere a la afirmación de que la Consulta Legislativa Facultativa no forma parte del procedimiento de aprobación de las leyes ni es parte integradora de ese procedimiento, deslindando la justicia y la jurisdicción constitucional del ejercicio del Poder Legislativo. Evidentemente si hay una co-participación del judicial colaborando con el legislativo en el proceso de control a priori de la aprobación de las leyes, injerto, que si bien es cierto es impropio en algunos Parlamentos, en otros coexiste, y forma parte de la dinámica de la producción de la ley, como se explica más abajo cuando se analizan sistemas comparados como el francés, español, brasileño, entre otros. Se suma a esta tesis una serie de normas desarrolladas en el Reglamento Legislativo y en la LJC, que se imbrican entre sí.

Como punto de discusión el señalado por la Presidente de la Sala es de tomar en cuenta cuando se quiera hacer ajustes a las normas existentes.

C. Necesidad de un mecanismo automático de envío de notificación cuando se presente una consulta legislativa facultativa

Otro tema que surgió recientemente fue en relación con la Consulta Facultativa de Constitucionalidad del Proyecto de Ley No. 17.371 "Ley General de Control del Tabaco y sus efectos nocivos en la salud".

Este caso creó un sinsabor que llegó a ambas esferas de los poderes públicos, no por el contenido del proyecto de ley que a resultas es loable y en pro de la salud de los costarricenses, sino por la forma en que se dieron los hechos.

Se dieron dudas de admisibilidad de la consulta, pues fue presentada a las 13:52 horas del 27 de febrero de 2012, mientras que ese mismo día a las 16:07 horas, en sesión ordinaria No. 147 se estaba aprobando en segundo debate el Proyecto de Ley. Lo anterior quiere decir que quince minutos antes de la votación el Movimiento Libertario y otros diputados presentaron

en tiempo y forma el escrito, que por Constitución y Ley haría suspender el trámite de segundo debate, no obstante, se supone, los diputados desconocían dicha presentación.

Como procedía la Sala admitió como correspondía la consulta pese a ese segundo debate, eso sí, se suspendió la sanción del Ejecutivo hasta tanto no se emitiese el pronunciamiento de la Sala Constitucional. Las gestiones de los legisladores finalmente fueron infundadas y no existían vicios de inconstitucionalidad alegados.

Esta anécdota jurídica nos hace reflexionar sobre el momento o la oportunidad para la presentación de la consulta y un mecanismo ágil de comunicación y respuesta, entre los poderes de la República y la participación de las bancadas políticas en el conocimiento de esa información, ello para que se dé la certeza necesaria que no invalide posteriormente o anule un cuerpo legal completo.

D. La admisión o rechazo de varios escritos de consulta legislativa sobre un mismo Proyecto de Ley sin que ese parámetro esté en norma alguna.

En ejercicio del control de constitucionalidad *a priori*, en el caso del llamado popularmente Proyecto de Ley de "Combo del ICE" en el año 2000, que en la realidad era la "Ley para el mejoramiento de los servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones y de participación del Estado", que se tramitó en el expediente legislativo número 13.873, contiene cuestiones interesantísimas para comentar.

Cuando fue aprobado en trámite de primer debate, "llovieron" consultas legislativas de las bancadas, elaboradas por aparte o bien con apoyo combinado de suscriptores. El punto es, que en abuso del artículo 96 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional se vio en una situación nunca antes vista en fase de admisibilidad.

De los escritos razonados que ingresaron[24], la Sala manifestó en el

24. Véase Consultas legislativas facultativas de constitucionalidad, que se tramitaron acumuladas y que fueron promovidas: a) la primera (expediente número 00-002411-007-CO-S) por los diputados Carlos Vargas Pagán, Eliseo Vargas García, Ovidio Pacheco S., Manuel A. Bolaños Salas, Rina Contreras L., Abel Pacheco de la E., Belisario Solano S., Sergio Salazar R., Orlando Báez M., Jorge Eduardo Sánchez, Emanuel Ajoy Ch., Rafael Villalta, Ligia Castro, Alvaro Trejos, Irene Urpí, Danilo Ramírez, Elberth Gómez, Horacio Alvarado, Gerardo Medina, Everardo Rodríguez, Marisol Clachar, Vanessa Castro y Carlos Salazar; b) la segunda (expediente número 00-002449-007-CO), por los diputados José Manuel Núñez González, Manuel Larios Ugalde, Walter Muñoz Céspedes, Guido Vargas Artavia, Justo Orozco Álvarez, Célimo Guido Cruz, Otto Guevara Guth, Alex Sibaja Granados, Oscar Campos Ch. y José Merino del Río; y c) la tercera (expediente número 00-002455-007-CO), por los diputados Ricardo Sancho Chavarría, Manuel Larios, Walter Robinson Davis, Otto Guevara Guth, José Merino del Río, Justo Orozco, Walter Muñoz Céspedes, Oscar Campos Chavarría, Alex Sibaja Granados y Frantz Acosta Polonio. De manera independiente, en expediente número 00-002670-007-CO, se tramita la consulta formulada por los diputados Rafael Arias Fallas, Róger Vílchez Cascante, Sonia Villalobos Barahona, Frantz Acosta Polonio, Oscar Campos

Por el tamaño de la cita, si se pasa a la otra página queda todo por donde está la raya en blanco.

Voto No. 3220-2000 que resultaban evacuables, como consultas legislativas facultativas únicamente las que se tramitaron en los expedientes números 00-002411-007-CO y 00-002449-007-CO que, para el órgano, eran las que cumplían con los requisitos formales establecidos en la ley; es decir, de ser presentadas y firmadas por un mínimo de diez diputados (inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en memorial debidamente razonado y que el proyecto de ley en cuestión haya sido aprobado en primer debate, lo que en el caso concreto ocurrió el veintiuno de marzo del dos mil.

La Sala, también estimó que las consultas tramitadas en los expedientes número 00-002455-007-CO y número 00-002670-007-CO, eran inevacuables por cuanto no cumplían con el requisito establecido en el citado inciso b) del artículo 96, pues valoró que en ellas se repetían firmas de diputados consultantes que habían ejercido su facultad consultiva en la segunda de las consultas admitidas; tal fue el caso de los diputados Manuel Larios Ugalde, Justo Orozco Álvarez, Otto Guevara Guth, Alex Sibaja Granados, Oscar Campos Ch. y Walter Muñoz Céspedes.

La pregunta aquí es ¿qué norma constitucional o legal establece que un legislador sólo debe apoyar con su firma un libelo de consulta? Ninguna disposición lo establece ni lo restringe, aquí se difiere, por principio de legalidad, de lo expuesto por la Sala, aunque se comparte, que en caso de firmas de diputados sin identidad visible y cierta, que haga imposible el número de diez suscriptores, deba ser automáticamente declarada inevacuable la consulta legislativa facultativa.

Siguiendo este punto crítico de la jurisprudencia, el órgano jurisdiccional valoró la presentación indiscriminada de consultas preguntándose si podría conducir a desnaturalizar el proceso y convertirlo en un abuso del derecho.

Además se preguntó si admitida la primera consulta facultativa que paraliza el procedimiento podrían ser presentados otros escritos de dudas de constitucionalidad con la firma de al menos diez legisladores durante el mes de plazo en que todavía no ha sido resuelto el primer expediente judicial que ingresó a la Sala. Pues bien, en este último supuesto determinó razonablemente que gestiones posteriores ante la Sala Constitucional antes de su pronunciamiento haría imposible el ejercicio de la competencia como lo ha previsto la ley, de modo que se admitirían las que se presentaran primero en tiempo.

Chavarría, Alvaro Torres Guerrero, Alicia Fournier Vargas, Guillermo Constenla Umaña, Carlos Villalobos Arias, y María Isabel Chamorro Santamaría. Por resoluciones número 02758-00, de las once horas y la número 02759-00, de las once horas tres minutos, ambas del veinticuatro de marzo del dos mil, las consultas que ocupan los expedientes números 00-002449-007-CO y 00-002455-007-CO, se acumularon a la tramitada en expediente número 00-002411-007-CO, por referirse al mismo proyecto de ley, a fin de resolverlas en forma conjunta y evitar pronunciamientos que pudieran ser contradictorios.

Sin embargo para el caso concreto de análisis "Combo ICE" la Sala actuó con demasía en discrecionalidad ya que admitió dos consultas presentadas el mismo día en que se dio primer debate (21 de marzo de 2000) y rechazó las restantes, aduciendo que fueron presentadas en estrados, una, el día 22 de marzo del 2000, un día después de las dos que se adelantaron, y la otra, el día 29 de marzo de 2000[25]. En este aspecto, no se observa mala fe en el Expediente Judicial 00-002455-007-CO, puesto que esta consulta estaba dentro del hipotético día de espera constitucional, es decir, entre el día del primer debate respecto de lo que sería la programación de la fecha de votación en segundo debate. De hecho, la tercera consulta legislativa facultativa estaba redactada en mejores términos constitucionales que las dos primeras, solo que el mismo Gobierno de turno que impulsaba la iniciativa de ley, a través de su bancada oficial (PUSC), como estrategia, tenía lista una consulta medianamente endeble que fue presentada no más votándose el primer debate, estratagemas que forman parte de los juegos políticos en que se ve inmersa la Sala.

Ahora bien, manteniendo su línea jurisprudencial la Sala examina, únicamente, los extremos cuestionados en forma concreta por los consultantes y no los aspectos generales de un proyecto de ley, cuestión que hemos dicho propicia la doble presentación de consultas. E, incluso, en 1999 el órgano jurisdiccional se había pronunciado negativamente sobre la posibilidad procesal de ampliar los términos de las consultas[26].

Tampoco la Sala Constitucional se ha pronunciado, en la vía de consulta legislativa sobre escritos presentados por particulares, universidades, instituciones u organizaciones de la sociedad, los cuales declara improcedentes, pues el instrumento es privativo para legisladores y otros órganos de la Administración tasados en el artículo 96 de la Ley No. 7135. En este aspecto se diferencia de las coadyuvancias que operan en las acciones de inconstitucionalidad.

V. El funcionamiento del control de constitucionalidad en la producción parlamentaria comparada.

No se quiere dejar de lado qué sucede con el tratamiento de la constitucionalidad en la producción de la ley y en otros asuntos de Cámaras Cámaras Bajas en algunos países de América Latina como Argentina, Chile y Brasil o bien europeos, de sistema románico, como el francés, español,

25. La consulta contenida en expediente 00-002670-007-CO, se recibió en la Secretaria de la Sala el veintinueve de marzo del dos mil a las catorce horas treinta y seis minutos, evidentemente ésta era absolutamente extemporánea según nuestro criterio.

26. Véase, al efecto, la sentencia número 07887-99 de las quince horas cincuenta y siete minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve

portuguez e italiano, ello con el objetivo de confrontarlo con nuestro diseño institucional, que no es tan nuestro como lo vamos a ver y comprobar líneas abajo.

En unos casos el sistema ha sido cread para que los propios Parlamentos con Comisiones Legislativas de Constitucionalidad, bajo el principio de responsabilidad política, hagan la tarea de depuración de la legislación que se dictamina en otras comisiones parlamentarias y que se aprueba en el Pleno; mientras que en el caso francés, el costarricense réplica parcial de éste, y el español, únicamente para el caso de tratados internacionales, involucran a órganos judiciales –tribunales- externos, como el Consejo Constitucional, la Sala Constitucional o el Tribunal Constitucional respectivamente. Veamos cómo funciona el control de constitucionalidad de las normas antes de entrar en vigor en cada uno de esos países.

En la **Argentina,** compete a la Comisión de Asuntos de Constitucionalidad dictaminar sobre todo proyecto o asunto que pueda afectar principios constitucionales y sobre aquellos que versen sobre legislación electoral, ciudadanía y naturalización. (art. 62). Este mismo diseño aplica **Italia** con una Comisión de altísimo nivel y fuerza, la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara es una comisión de consulta y opinión obligatoria, a diferencia de las otras comisiones, emite parecer sobre legitimidad constitucional de proyectos legislativos. Se fija en las competencias normativas y en la legislación general del Estado. Su dictamen se adjunta al texto y lo conoce el Pleno. En caso de que la Comisión dictaminadora se separe del criterio de la Comisión de Asuntos Constitucionales, debe indicar las razones en el dictamen. Curiosamente el Tribunal Constitucional italiano sólo participa en dos funciones: 1. Enviando a la Comisión de Asuntos Constitucionales las sentencias que emita para ser distribuidas y conocidas; 2. Los pronunciamientos que emita la Comisión de Asuntos Constitucionales se imprimen y comunican al Tribunal Constitucional. (art. 108 Reglamento).

Los casos chileno y brasileño se manejan distinto, han dotado de poder al la Mesa Directiva o al Presidente de la Cámara. Bien, entrando en materia, no hay un procedimiento definido en el Reglamento **chileno** sobre tratamiento de los asuntos respecto de la constitucionalidad de ellos. Lo único que se establece es que un diputado puede pedir la división de una proposición antes del cierre del debate donde se pueda incurrir en una decisión inconstitucional, situación que debe ser calificada por el Presidente de la Cámara, éste es el que determina si un asunto es constitucional o no. (art. 146.b Reg. Cámara Baja). El caso de **Brasil** es un poco más depurado, es a la Mesa del Congreso la que le compete proponer acción de inconstitucionalidad por iniciativa propia o a requerimiento de Diputados de Comisión. Además la Presidencia rechaza aquellas proposiciones que evidentemente sean inconstitucionales (art. 137 del Regl. Interno de la Cámara de Dipu-

tados). Asimismo el art. 145 establece que en apreciación preliminar del Pleno deliberará en cuanto a si la propuesta es constitucional y jurídicamente adecuada. Sin embargo, se le encomienda la tarea de hacer la revisión a la Comisión de Constitución y Justicia que es la llamada a sanear el vicio de inconstitucionalidad, es decir, esta Comisión hace control de inconstitucionalidad. Si hubiese declaratoria en ese sentido no se somete al Pleno, sino hasta cuando se haya corregido el vicio. Una vez hecha la enmienda y el Pleno la encuentra adecuada se retoma el curso de la propuesta hasta su votación final.

Nuestro sistema de consulta legislativa indudablemente fue, a las claras, una copia del diseñado en **Francia**[27]**.** En ese país europeo el control de constitucionalidad es facultativo no preceptivo. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos últimos legitimados, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación (art. 61 Constitución). La notificación de una decisión anulatoria del Consejo Constitucional se hace constar en el *Journal Officiel*. (art. 4 Reglamento Asamblea Nacional). Cuando ha sido requerido el Consejo Constitucional, a fin de determinar si un compromiso internacional contiene alguna cláusula contraria a la Constitución, no podrá someterse a discusión el proyecto de ley que autorice la ratificación o su aprobación (art. 129.1 Regl.).

Un sistema muy parecido se tiene en **Costa Rica** que a diferencia de Argentina, Italia o en parte Brasil, y, pese a que creó reglamentariamente la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad (art. 88 Reg.), ésta es de poca relevancia, carece de control de constitucionalidad de lo que dictaminan otras Comisiones o conoce el Plenario, siempre

27. Consejo Constitucional también arbitra conflicto de competencias entre el Gobierno y el Parlamento en el trámite de formación de la ley. Si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una proposición o una enmienda no pertenece al ámbito de la ley o es contraria a una delegación concedida en virtud del artículo 38 (Const. Pol.), el Gobierno podrá oponerse a su admisión. En caso de desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la Asamblea, el Consejo Constitucional, a petición de una u otra parte, se pronunciará en el plazo de ocho días. (art. 41 Constitución). En otras palabras, si es aceptada la tesis del gobierno, la consulta la recibe el Presidente de la Comisión de las Leyes Constitucionales, de la Legislación y de la Administración General de la República. Si la razón de inadmisibilidad no es aceptada, en la Asamblea se eleva el asunto al Consejo Constitucional, ello por desacuerdo entre gobierno y Presidente de la Asamblea, en consecuencia se suspende el debate. (art. 93 Reg).

actúa a posteriori cuando viene un Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando manifiesta que un proyecto de ley es inconstitucional, en ese sentido se limita a estudiar la Sentencia, enmendar el texto del proyecto de ley si procede o bien sugerir que se mantenga el texto reprochado, o que no tiene arreglo enviando de vuelta el Informe al Plenario. Entonces, la Comisión es de naturaleza residual de lo que dicte la Sala Constitucional.

Y, volviendo a la comparación con Francia, se optó porque operara un mecanismo de consultas de constitucionalidad de esa raigambre . Ciertamente la jurisdicción constitucional (en su carácter de tribunal y también en su naturaleza de asesor especializado) realiza control de constitucionalidad de proyectos de reforma constitucional, de convenios y tratados internacionales, y de otros proyectos de ley (vid. art. 10.b Const., 143 al 146 y 165 Reglamento Legislativo, y 96 al 101 de la Ley de Jurisdicción Constitucional).

A riesgo de repetir la explicación, aunque por didáctica en ese aparte es necesario recordarlo. Por un lado, la Sala Constitucional ejerce opinión consultiva previa sobre proyectos legislativos, en unos casos preceptiva (Reformas constitucionales –trámite-, tratados y convenios internacionales o bien cuando se pretenda reforma la Ley de Jurisdicción Constitucional) y consultas facultativas a instancia de por lo menos 10 diputados, después de la votación en primer debate y antes del segundo debate (en caso de Ref. Constit. en primera legislatura). El trámite se suspende y la Sala tiene 30 días (igual que Francia) para opinar. Si no existen objeciones de constitucionalidad del proyecto, su trámite sigue su curso normal. En caso contrario, el expediente, con la opinión se remiten, como se indicó, a la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, por el plazo que el Presidente fije razonablemente, el cual podrá ser prorrogado. Si la Comisión tiene dudas sobre la opinión puede solicitar adición o aclaración. El Plenario conoce el Informe de la Comisión, si la comisión por moción modifica texto –el que se consideraba inconstitucional- el expediente ocupa el primer lugar en trámite de primer debate –se retrotrae-, caso contrario, iría al primer lugar de segundos debates del orden del día. El proyecto será enviado al archivo si el Presidente de la Asamblea decida que los trámites considerados inconstitucionales por la Sala no pueden ser jurídicamente subsanables. Para la Asamblea la inconstitucionalidad por trámite es vinculante (se vuelve al lugar anterior en que se dio la o las inconstitucionalidades) y no son vinculantes si tratan sobre aspectos de fondo (aunque casi siempre se acatan).

Finalmente, en **Portugal** el art. 5 del Reglamento de la Asamblea de la República dota de poder a los diputados de modo individual o conjunto "*n) para requerir al Tribunal Constitucional una declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de normas para efecto del art. 281 de la Cons-*

titución". Otra cuestión: Para segundo debate (art. 213), en el caso de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de alguna norma que constare en un Tratado, la resolución que lo apruebe debe ser confirmada por mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

VI. Conclusiones

Los datos de las tres últimas legislaturas establecen que de cada tres expedientes uno está siendo consultado (preceptiva o facultativamente) a la Sala Constitucional. En el caso de las consultas facultativas básicamente como un instrumento de los partidos de oposición con un rendimiento de 50% de declaratoria de inconstitucionalidad.

Por otro lado se han discutido varias alternativas para reformar el artículo 96 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional relativo a las consultas legislativas, en dado caso que se realice hay que hacer lo propio con reformas al Reglamento Legislativo. Un grupo se decanta por la derogatoria total de las consultas, mientras que otro, sobre todo representado por partidos de oposición de la Asamblea actual pretende que continúe el statu quo, mientras que una tercer corriente que es la que logró aprobar un texto alternativo indica que, cuando se trate de consulta facultativa de fondo se eleve el número a 19 diputados, que sería un tercio de la Asamblea, mientras que en el caso de las dudas de constitucionalidad de trámite, en virtud de la protección de las minorías quede la cifra de diez diputados consultantes como mínimo.

Ahora, resulta interesante la posibilidad de que los diputados puedan presentar con legitimación de pleno derecho acciones de inconstitucionalidad, ello como contrapartida en el caso de que se eleve el número de legisladores en el tema de consulta facultativa.

Hay otros aspectos puntuales que habría que redactar en una reforma viable, como el tema de repetición de firmas, consultar un expediente legislativo dos o más veces, crear un mecanismo de comunicación eficiente entre Sala y Asamblea o Asamblea y Sala, la obligación de pronunciamiento de la Sala sobre fondo y trámite cuando así se emita el escrito razonado de los diputados con lo cual hay economía procesal parlamentaria.

Otra alternativa de mayor horizonte es dotar de nuevas competencias a la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad, para que con personal altamente calificado de la Asamblea Legislativa realice labor de control de constitucionalidad de los proyectos de ley dictaminados por otras comisiones, como ocurre en otros parlamentos europeos y americanos, y solo excepcionalmente habilitar la consulta al Tribunal constitucional en casos muy calificados o tasados.

Queda también claro que cualquier reforma a la consulta legislativa de constitucionalidad es un tema exclusivo de las y los señores diputados, en eso los magistrados han sido respetuosos, a diferencia de otros temas que afecten la estructura de la Sala Constitucional como creación de tribunales de garantía, ajustes a su organización interna, entre otros que se están discutiendo en este momento alrededor del Expediente No. 17743.

Como insumo para la discusión, este documento puede ser apropiado como base crítica de análisis en la toma de decisión en una eventual reforma a la Ley No. 7135 “Ley de la Jurisdicción Constitucional”.

La desafectación de bienes de dominio público: Los efectos de dos fallos de la Corte Suprema de Justicia

Agapito González Gómez

I. Introducción

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República ha sido centro de una polémica constitucional de alto vuelo, como la mayoría de los asuntos jurídicos que llegan a su conocimiento en ejercicio de la función jurisdiccional de control constitucional, cuyas repercusiones llegan hasta el presente y que, lejos de haber contribuido a zanjar la duda acerca del instrumento idóneo para desafectar bienes de dominio público, solo ha conseguido nublar un panorama ya ensombrecido.

Me refiero específicamente a la Sentencia (sin número) de 11 de diciembre de 2006, mediante la cual declaró constitucionales algunas cláusulas del Contrato de Concesión Administrativa No.70-96 (de 6 de agosto de 1996) celebrado entre el Estado y la sociedad ICA PANAMÁ, S.A., para el estudio, diseño, construcción, mantenimiento y explotación del Corredor Sur, que implican la obligación del Estado de autorizar el relleno de lecho marino y de transferir a dicha empresa, en propiedad, las parcelas resultantes de los rellenos como contraprestación por la construcción de la obras.

El fallo respondió de esa manera a una acción de inconstitucionalidad fundamentada en la posible infracción de la disposición constitucional que reconoce el carácter de bienes de dominio público al mar territorial, las aguas lacustres y fluviales, las playas y sus riberas, los ríos navegables, puertos y esteros, los cuales, por ser de uso público, no pueden ser objeto de apropiación privada.

El fundamento principal de la acción residía en que las referidas cláusulas del contrato, al autorizar que los rellenos realizados sobre bienes de dominio público fueran traspasados en título de propiedad a la empresa, desatienden su condición de bienes destinados al uso público y desconocen la restricción constitucional de apropiación privada, porque solo un acto de igual jerarquía a aquel que le atribuyó la condición de dominio público es idóneo para desafectar la condición de bien destinado al uso público. Es decir, una reforma constitucional.

En cambio, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia estableció que el Estado sí puede, a través de un acto de la administración (ley, decreto ley, resoluciones de gabinete o contrato de concesión), autorizar los rellenos de

los bienes de dominio público y desafectar esa condición para convertirlos en bienes patrimoniales del Estado y transferirlos en propiedad privada.

La contradicción emerge del fallo mismo, pues tanto su línea argumentativa como su parte resolutiva se apartan por entero de otro pronunciado por la misma corporación de justicia, menos de dos años antes (30 de diciembre de 2004), en el cual los motivos de la parte recurrente y el fondo de la controversia coincidían con la materia tratada en la sentencia a que vengo haciendo referencia.

Sin entrar a valorar las consideraciones de fondo que motivaron ambos pronunciamientos, la discordancia de criterios es palmaria al observar que en el primer fallo sostuvo que una ley formal, expedida por el Órgano Legislativo, por ser de rango infraconstitucional, no puede autorizar el relleno del lecho marino y tampoco la desafectación de los bienes de dominio público en que se realicen esos rellenos, porque infringe disposiciones constitucionales; pero en el segundo fallo sostuvo que cualquier acto de la administración, incluyendo el contrato de concesión administrativa, puede autorizar rellenos sobre bienes de uso público y su desafectación para convertirlos en bienes patrimoniales del Estado, susceptibles de ser transferidos en propiedad privada.

La discrepancia es más clara si se tiene en cuenta que el primer fallo niega la potestad del Órgano Legislativo de desafectar bienes de dominio público y el segundo le reconoce esa facultad, pero la hace extensiva a cualquier otro acto de la administración, por vía de resolución de gabinete o de contrato de concesión administrativa, lo cual enerva sustancialmente la protección constitucional de los bienes de uso público.

La situación planteada podría ser un producto más de los cambios naturales de criterios del tribunal instituido para ejercer funciones de control constitucional, que además son indispensables en una sociedad que evoluciona a paso frenético, por lo que no pueden padecer de inmutabilidad pétrea, sino fuera porque sus efectos materiales comienzan a sentirse cuando el Consejo de Gabinete, mediante resolución, ha autorizado las desafectaciones y el traspaso, en un mismo acto, de los bienes de dominio público a que se referían las cláusulas del contrato anotado y, por otro lado, la Autoridad Nacional de Tierras, con la sola firma de su administrador general, también ha autorizado la desafectación de valiosos bienes de dominio público que forman parte de la Hacienda Pública del Estado, ubicados en la bahía de Panamá.

Los referidos actos administrativos parecen ser apenas los primeros que cruzan el umbral de la puerta abierta por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al expedir el segundo fallo mencionado, lo que anticipa nuevos actos de desafectación a cualquier nivel de la Administración Pública.

La anulación de la disposición legal que, específicamente, autorizaba rellenos de lecho de mar como contraprestación por la construcción de obras públicas y su consiguiente desafectación parece inyectar opacidad a un pano-

rama jurídico ya confuso en el que cualquier instrumento puede ser idóneo para decretar la desafectación de bienes de dominio público.

En las siguientes páginas se presentará la síntesis de los hechos jurídicos tratados en los mencionados fallos, haciendo acopio de la doctrina especializada en materia de bienes de dominio público, para poner de relieve el complejo escenario que se ha producido a partir de las decisiones referidas y demostrar la conveniencia de adoptar una regulación legislativa de la administración del patrimonio público que ordene la situación.

A. Marco jurídico de los bienes de dominio público

1. La Hacienda Pública

La Hacienda Pública del Estado se vincula directamente con el poder que ejerce sobre los bienes ubicados en su territorio. La Constitución Política de la República de Panamá contiene el principal régimen jurídico de los bienes que componen la Hacienda Pública del Estado porque, a partir de esta, la ley desarrolla todo lo relativo a su administración de esos bienes, lo mismo que las fuentes de ingresos al Tesoro Nacional. Es importante que un Estado defina constitucionalmente las bases fundamentales de su política económica, al igual que la manera como se organizará su patrimonio o riqueza nacional.

Los bienes que componen la Hacienda Pública encuentran fundamento en el poder soberano que ejerce el Estado dentro de su territorio, que viene a ser uno de sus elementos esenciales, sin el cual no podría existir, ya que sobre este ejerce su dominio y autoridad (Naranjo Meza, 2006:116,118). El territorio obra así como una suerte de marco geográfico dentro del cual se ejercen las competencias y funciones del Estado (Vidal Perdomo, 1996:62). Dicho de otra manera, el territorio es, a la vez, base de la estructura del poder denominada Estado y límite dentro del cual puede ejercer su soberanía (Quintero, 1967:26).

El artículo 3 de la Constitución Política fija los componentes principales del territorio del Estado, entre ellos, la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo. Asimismo, atribuye a esos componentes y a otros (las aguas lacustres y fluviales, las playas y sus riberas y los ríos navegables) la condición de bienes y derechos del Estado en su Título IX, como parte de la Hacienda Pública (Quintero, 1967:31).

Los bienes y derechos que tiene el Estado sobre su territorio cobran, en la configuración constitucional, un rol de provisión de riquezas y de fuentes de financiamiento para cubrir los gastos de funcionamiento y acometer las inversiones públicas necesarias para impulsar el desarrollo del

país. El patrimonio del Estado, como cualquier patrimonio, debe estar debidamente identificado en la Constitución Política, en la que se establecen las reglas básicas de organización y funcionamiento de los poderes y entidades que lo administran.

2. Los bienes y derechos del Estado

Las normas sobre la Hacienda Pública en la Constitución Política inician planteando la diferenciación de los bienes y derechos del Estado, en bienes de dominio privado y bienes de dominio público. Se trata de una distinción que no es ociosa (Moscote, 1960:498), porque sirve de base para que la ley determine su destino, uso y aprovechamiento en beneficio de la colectividad.

Los bienes y derechos de la Nación, clasificados como bienes de dominio público, también se denominan bienes demaniales, en tanto que los bienes de dominio privado también se denominan bienes patrimoniales. Por regla general, la característica fundamental de los bienes de dominio público es que se destinan al uso general (lagos, ríos, costas, vías, entre otros similares) o al servicio público (sede de una entidad, hospital, centro educativo, entre otros similares).

La relevancia de la distinción entre los bienes patrimoniales del Estado y los bienes del Estado de dominio público descansa en que los primeros pueden pasar al dominio privado de particulares mediante cualquier forma de disposición (venta, traspaso, donación, etc.), mientras que los segundos no pueden pasar a ser propiedad privada, ya que solo pueden ser dados en concesión a los particulares para su aprovechamiento y explotación, pero el Estado conserva la propiedad, pudiendo revertirla en caso de abandono de la concesión o de incumplimiento de los términos del contrato.

El artículo 328 del Código Civil también participa de la distinción entre bienes de dominio privado y los bienes de dominio público.

2.1. Bienes del Estado de dominio privado

El artículo 257 de la Constitución Política presenta la lista de los bienes nacionales que pertenecen al Estado, entre ellos, los bienes existentes en el territorio que pertenecieron a la República de Colombia; los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó como dueña, dentro o fuera del país, por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá; los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecieron al extinguido Departamento de Panamá, y las tierras baldías o indultadas.

Son bienes del dominio privado del Estado, conforme a la disposición señalada, las riquezas del subsuelo, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación; las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, los depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase; los monumentos históricos, documentos y otros bienes que son testimonio del pasado de la Nación, y los sitios y objetos arqueológicos.

Los bienes privados del Estado comprenden un conjunto de bienes materiales o inmateriales no afectos al uso público, sobre los cuales ejerce un derecho real de dominio, en contraposición a sus bienes de dominio público que se someten a un régimen jurídico especial.

La nota característica en los bienes de dominio privado del Estado es que sobre ellos el Estado tiene o posee un verdadero derecho de propiedad, con los mismos atributos que los bienes de los particulares. Los bienes de dominio privado del Estado son el conjunto de cosas sobre las cuales el Estado ejerce en realidad un derecho de propiedad, son las cosas que están en su patrimonio (Jované Burgos, 2011:203).

Según Bernal, Carrasco y Domingo los bienes patrimoniales del Estado "son aquellos que pertenecen a una persona o entidad, y que en el caso de las entidades públicas están adscritas a ellas y que, por lo tanto, deben ser inventariados, registrados y valoradores pecuniariamente" (2013:199).

Lo anterior se apoya en el artículo 13 del Código Fiscal, el cual dispone que los bienes del patrimonio del Estado deben ser inventariados por las entidades encargadas de su uso, junto con el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República, y en el artículo 14 de este Código que establece que los bienes nacionales, en cuanto a su utilización, conservación y explotación, se sujetan a las leyes especiales que rigen la materia y, en su defecto, a disposiciones especiales de dicho Código.

Por su parte, el artículo 334 del Código Civil determina que los bienes patrimoniales del Estado son bienes de propiedad privada, al igual que los pertenecientes a los particulares, a título individual o colectivo.

2.2. Los bienes del Estado de dominio público

2.2.1. Concepto de bienes de dominio público

Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define bienes de dominio público así:

> Los destinados al uso o destino público. Dentro de ellos existen dos categorías definidas, según la propiedad. En el primero de los

> casos, nadie es dueño ni puede serlo; en el segundo, el dominio estatal no obsta a la utilización libre o según las reglamentaciones existentes. En el primer grupo se encuentran los caminos, canales, ríos y otros cursos de aguas, los puertos y puentes, las riberas y las playas, las radas y otros similares. En el otro sector se alinean los pertenecientes de modo privativo al Estado, sin ser de uso común, pero destinados a un servicio público y al fomento de la riqueza nacional (1989:480).

En el plano nacional, Arroyo Camacho entiende por bienes de dominio público aquellos "destinados a la utilidad pública, a una función pública, ya sea esta de carácter administrativa, política, legislativa o jurisdiccional" (1956:33).

En términos parecidos, Bernal, Carrasco y Domingo señalan que los bienes de dominio público son los destinados al uso y beneficio de la población, imposibilitados del control de los particulares sin importar que sean construidos por el hombre o que sea encuentren en su estado natural (2013:176).

El concepto propuesto por el referido diccionario enciclopédico comprende tanto los bienes que son de propiedad colectiva, de uso y aprovechamiento común, como aquellos que son de propiedad del Estado, destinados a los servicios públicos. Por su parte, el concepto expuesto por la doctrina nacional entiende que los bienes de dominio público son los destinados al cumplimiento de una función pública sin ser de una persona en particular.

Un bien de dominio público, así declarado, queda sometido a un régimen jurídico especial en atención al destino que le ha asignado el Estado, como su titular, con la finalidad de ponerlo al servicio de los intereses nacionales o locales de la población. A estos bienes se les conoce también como bienes demaniales en alusión a que son afectos al uso general o a los servicios públicos, pudiendo ser usados por el propio Estado, a través de sus entidades, o por los particulares (uso común).

Los bienes de dominio público son aquella parte de los bienes nacionales, que pertenecen al Estado, afectos al aprovechamiento colectivo o al uso general para la satisfacción de sus necesidades y la contribución al desarrollo de la Nación.

2.2.2. El dominio público

El dominio público constituye una situación especial que determina la aplicación de un régimen jurídico a los bienes que la Constitución Política y el Código Civil agrupan bajo esta categoría. El dominio público obra,

sobre tales bienes, como una forma de derecho de usufructo colectivo en virtud de la cual, al tiempo que son propiedad pública del Estado, su titularidad corresponde a todos, pero no es de ninguno en particular.

El dominio público implica una restricción a la titularidad que ejerce el Estado en la medida que se destina al uso y aprovechamiento de todos los habitantes del territorio nacional que no son, por esa restricción, susceptibles de actos de comercio, salvo que modifiquen su naturaleza.

El dominio público opera, consecuentemente, como un gravamen que pesa sobre los bienes del Estado por razón de la finalidad que deben cumplir y por el uso público al cual están destinados, producto de la afectación constitucional. En otras palabras, el dominio público es una afectación constitucionalmente impuesta sobre el bien nacional, aunque esta puede ser constituida por otros instrumentos jurídicos o por actos de la autoridad. Cobra vida como resultado de un mandato expreso de la disposición de la autoridad que lo haya declarado afecto al uso general o al servicio público.

2.2.3. La afectación de dominio público

La afectación se perfila así como la esencia del dominio público resultante de la voluntad política de los poderes públicos expresada en la declaración de que dichos bienes se destinan a cumplir una función pública. La destinación o la afectación viene a ser lo esencial en la construcción del concepto de dominio público o que sea considerado como tal, por lo que siempre será necesaria la declaración que determine su carácter de bien demanial (Ccopa Almerico, 2004:35).

El efecto natural de la afectación es la inalienabilidad del bien, postulada en el mismo texto constitucional al señalar que los bienes de dominio público "no pueden ser objeto de apropiación privada", de la que se deriva también la característica de inembargables e imprescriptibles inherente a los bienes que pertenecen al Estado (Henao Hidrón, 2004:149).

La limitación de que esos bienes puedan pasar al patrimonio particular es el fundamento de la afectación constitucional, ya que únicamente pueden permanecer afectos a la función pública para la cual han sido destinados en la medida que no sean objeto de apropiación privada o de provecho de grupos minoritarios (Bernal, Carrasco y Domingo, 2013:179).

Dominio público es la afectación que recae sobre bienes de titularidad pública para destinarlos a un uso general, al servicio público o al interés nacional, sea que se trate de bienes que por su naturaleza tengan ese destino (dominio público natural) o sea que se trate de bienes que hayan sido declarados expresamente por acto administrativo de la autoridad (dominio público artificial). En ambos casos, sin embargo, la afectación es impuesta por mandato de la ley.

En el caso panameño, la afectación de dominio público sobre ciertos bienes de propiedad del Estado viene dada por mandato del artículo 258 de la Constitución Política, cuando dispone que tales bienes "son de uso público" y al reconocer, adicionalmente, su carácter inalienable cuando agrega que esos bienes "no pueden ser objeto de apropiación privada".

2.2.4. Carácter inalienable del bien de dominio público

La afectación es el hecho fundamental que convierte un bien de la Nación en un bien demanial al destinarlo al cumplimiento de algunas finalidades, mediante reconocimiento o declaración del Estado o a alguna de sus dependencias. Y, a diferencia de la simple propiedad privada de los particulares o de los bienes patrimoniales del Estado, los bienes de dominio público, por disposición constitucional, son inalienables.

La inalienabilidad así producida es consustancial con el destino del bien de dominio público, es decir, subsiste en la medida que el bien preserve su destino. En otras palabras, cuando el precepto constitucional agrega que los bienes de uso público "no pueden ser objeto de apropiación privada", está dotando de eficacia normativa la afectación, pues sería contrario justamente al carácter demanial del bien que el Estado ejerza sobre ellos un dominio privado, aunque no pierda su condición de titular. Y si el Estado, como propietario demanial no puede ejercer dominio privado sobre esos bienes, tanto menos puede hacerlo una persona natural o jurídica. Esta es la esencia del carácter inalienable del bien de dominio público.

La inalienabilidad es inherente al dominio público del bien. Y si el destino de un bien de dominio público es el uso general, al desaparecer esta finalidad desaparece también la afectación y con esta, su inalienabilidad. La relevancia de esta relación de interdependencia descansa en que la inalienabilidad subsistirá mientras el bien cumpla su destino.

Y la consecuencia de esta relación es que el bien afecto al dominio público deja de ser inalienable a medida que pierde su destino público, por lo que pasa entonces al dominio privado del Estado, que conserva siempre su titularidad, aunque limitado de ejercer sobre él los atributos propios de un bien de dominio privado.

El razonamiento anterior quiebra la creencia de que los bienes de dominio público son eternamente inalienables. Lo serían siempre que conserven su destino, pero como es posible que se transformen, por el solo transcurso del tiempo o por efectos la intervención humana, también es posible que gradualmente pierdan su condición de uso general. Y, cuando eso sucede, como sucede, se rompe el ligamento jurídico que lo supedita al dominio público y retorna consiguientemente a su titular de origen (el Estado)

que recobra el dominio privado, sin necesidad de declaración adicional.

2.2.5. Bienes de dominio público según la Constitución Política

El artículo 258 de la Constitución Política contiene una lista de bienes que son de propiedad del Estado, declarados de dominio público, afectos al uso general y al servicio **público**.

En primer lugar, esta afectación recae sobre el mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y sus riberas, los ríos navegables y los puertos y esteros. En el caso de estos bienes, en especial, la afectación de uso general se confirma porque son de "aprovechamiento libre y común" (último inciso del numeral 1 del artículo 258).

En segundo lugar, la afectación de dominio público también recae sobre las tierras y las aguas que sean destinadas a los servicios públicos y a toda clase de comunicaciones, y las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.

Igualmente declara de dominio público el espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.

La mencionada lista es abierta, pues el precepto constitucional faculta al legislador para declarar otros bienes distintos a los enunciados como de dominio público, afectos al uso general.

2.2.6. Bienes de dominio público según el Código Civil

En el ámbito legal, el artículo 329 del Código Civil también asigna la condición de dominio público a un grupo de bienes naturales o artificiales. Este precepto es igual al artículo 339 del Código Civil español.

Según esa disposición, son bienes de dominio público, en primer lugar, los que sean destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos; en segundo lugar, los bienes que pertenezcan privativamente al Estado que, sin ser de uso común, se destinen a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, incluidas las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas mientras no se otorgue su concesión; y, en tercer lugar, el aire.

Por exclusión, en el artículo 330 del Código Civil, se establece que todos los demás bienes pertenecientes al Estado, que no encajen en ninguna de las circunstancias expresadas en el artículo 329, tienen el carácter de propiedad privada del Estado.

B. La desafectación

1. Concepto

Desafectar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es "declarar formal o tácitamente que un bien de dominio público queda desvinculado de uso o servicio público."

Una definición sencilla acerca de los efectos de la desafectación está contenida en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas en España, en cuyo artículo 69 se establece que "los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso o al servicio público."

La desafectación es el fenómeno jurídico inverso a la afectación que supone la cesación de la condición de uso público del bien y que determina su incorporación al dominio privado del Estado, como bien patrimonial, o al dominio de los particulares.

2. Efectos de la desafectación

Aunque el objetivo de constituir la afectación de un bien de dominio público sobre ciertos bienes del Estado es garantizar que, por su condición natural o artificial, estén al servicio de la población, sin que sea legítima su apropiac**ión o aprovechamiento particular, ciertamente esa afectación no puede estar condenada a** la inmovilización eterna, ya que siempre será necesario valorar la conveniencia de levantar esa restricción cuando por hechos de la naturaleza o actos del hombre, pierdan su condición o se transformen.

Paralela a la afectación existe la figura de la desafectación como remedio jurídico para poner fin a los efectos materiales que recaen sobre los bienes afectados por su condición de dominio público.

La desafectación opera así como una figura jurídica mediante la cual se reconoce que los bienes afectos al dominio público han dejado de tener su utilidad pública o el destino de uso **público que pesaba sobre ellos, levantando así la restricción** de inalienabilidad que los caracterizaba, para que se ingresen automáticamente al inventario de los bienes privados del Estado como bienes patrimoniales.

El efecto principal de la desafectación es la eliminación del destino de uso público, lo que extingue el dominio público y cambia la naturaleza jurídica de los bienes.

La inalienabilidad es un efecto directo de la afectación del dominio público por lo que, en tanto conserve este destino, es imposible su enajenación,

pero cuando desaparece ese destino, el bien pasa al dominio privado, deja de mantener esa condición y desaparece también la condición de inalienabilidad que se fundamenta en la necesidad de mantener íntegra la cosa como propiedad pública (Ccopa Almerico, 2004:41).

3. La desafectación en Panamá

La Constitución Política, como ha quedado expuesto, es el instrumento jurídico constitutivo de la afectación de bienes de propiedad del Estado destinados al uso público que determina su inalienabilidad aunque, correlativamente, ninguna de sus disposiciones abre camino al levantamiento de esa afectación en los casos que pierdan su destino de uso público.

Se puede comprender que el celo de la protección constitucional contenida en el artículo 258 alcance solo la fase de consagración de la afectación, debido a que se trata de bienes de importancia capital para integración del territorio nacional, que es una forma de expresión del poder soberano del Estado, pero no se puede ignorar que algunos de los bienes declarados de dominio público pueden sufrir transformaciones, ya sea porque pierdan su individualidad o porque pierdan parte de su utilidad pública. Es una omisión normativa técnicamente inexcusable, considerando que la mayoría de los bienes destinados al uso público pueden perder esa condición, total o parcialmente, por hechos de la naturaleza o de la humanidad.

Una mirada crítica a los bienes afectados por la limitación constitucional permite advertir fácilmente que, a modo de ejemplo, las aguas lacustres y fluviales, las playas y sus riberas, los ríos navegables, los puertos y esteros puedan sufrir variación, total o parcial, en su destino producto de la acción humana o natural. Igual puede ocurrir con los bienes que artificialmente hayan adquirido el destino de servicio público (comunicaciones, irrigación, producción hidroeléctrica, de desagües o acueductos), puesto que, del mismo modo como se declaran afectos al dominio público, pueden perder esa condición.

¿Qué pasaría si, por ejemplo, el mar se retira de la costa y lo que antes era parte del lecho marino del Estado ribereño se transforma en plataforma continental terrestre? Igual situación podría pasar con los cursos de los ríos y los lechos de los lagos. En todos esos casos, el destino de uso público podría quedar seriamente comprometido, lo que conduciría a la desafectación de las áreas ganadas al mar o a los canales fluviales o lacustres y a su incorporación al patrimonio privado del Estado.

Lo mismo podría pasar si, por hechos del hombre, producto de rellenos se gana terreno a las costas de un Estado ribereño para ampliación de vías o construcción de soluciones habitacionales, proyectos comerciales o industriales o simplemente áreas recreativas. En cualquiera de esos casos,

el uso público al cual se destinó originalmente el bien se transforma, por mutación demanial, al perder parciamente la afectación.

Es evidente, por tanto, que la figura de la afectación no ha sido instituida para gravar infinitamente los bienes del Estado afectos al uso público ni para forzarlos a permanecer en la inmovilidad de por vida, porque llegará el momento en que cambiarán su configuración original, por hechos naturales o artificiales, forzando la interrupción de la limitación de dominio que le ha sido impuesta por ministerio de la ley.

Siendo así, la desafectación se ubica en un plano de ausencia de regulación constitucional, legal y reglamentaria, que la torna una figura extraña al ordenamiento jurídico nacional.

La poca regulación sobre la desafectación que puede encontrarse en la ley formal está contenida, de manera implícita y con evidente deficiencia de técnica legislativa, en el Código Civil (artículo 332), el cual admite la posibilidad de la desafectación de bienes de dominio público y de uso público cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, por lo que pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado.

Las otras referencias legales sobre la figura de la desafectación han corrido peor suerte que la prevista en la excerta antes señalada. Me refiero al artículo 2 de la Ley 5 de 1988, regulatoria del sistema de ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión administrativa, el cual había sido reformado por el artículo 20 de la Ley 36 de 1995, justamente con la finalidad de adicionarle un inciso que autorizaba la desafectación de los rellenos realizados sobre bienes de dominio público como contraprestación por la construcción de obras públicas, los cuales pasarían a formar parte de los bienes patrimoniales del Estado.

Esa disposición fue anulada en virtud de haber sido declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en uno de los fallos que comentamos.

La otra disposición legal referida a la desafectación como la situación inversa al carácter indisponible (inalienabilidad) de los bienes de dominio público estaba prevista en el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 1995, pero fue subrogado por el artículo 132 de la Ley 22 de 2006.

4. Ausencia de desarrollo legislativo

Lo anterior propone un escenario de peligrosa ausencia normativa que deja la desafectación reconocida **únicamente en el Código Civil**, debido al pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia y a la subrogación mencionada.

El escenario planteado coloca tanto a la afectación del dominio público sobre los bienes del Estado señalados en el artículo 258 constitucional como a su posible desafectación en un limbo de indefinición normativa, debido a que el precepto contenido en el Código Civil solo determina que los bienes de dominio público desafectados pasan al dominio privado del Estado.

Esa situación es grave si se tiene presente que el único acto legislativo concreto, referente a una clase de dominio público en particular, fue declarado inconstitucional, con lo cual parece que el Órgano Legislativo queda imposibilitado de dictar nuevas disposiciones de rango legal sobre la materia.

Pero, lejos de suplirse el vacío normativo por vía jurisdiccional, la Sentencia de Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 11 de diciembre de 2006 vino a añadir más opacidad al ya descrito escenario indeterminado.

5. Competencia para la regulación de la desafectación

Si esos bienes de dominio público son también bienes nacionales, es la Nación la que puede desafectarlos, mediante acto legislativo dictado por el órgano del Estado representativo de los intereses de la Nación panameña. La desafectación formalmente constituida debe ser levantada formalmente también. Y si, como se ha expuesto, la norma constitucional que la declara no regula la desafectación, queda liberada al desarrollo legislativo mediante ley formal aprobada por la Asamblea Nacional.

A la Asamblea Nacional corresponde el desarrollo legislativo, ya que es el cuerpo colegiado que expresa la voluntad soberana del pueblo, a través de sus representantes electos y es la encargada de ejercer la función legislativa del Estado.

La función legislativa se expresa en la producción de normas jurídicas, generales o abstractas, y consiste en la manifestación de la voluntad del Estado, la cual se ejerce a través de un órgano que debe ser necesariamente colegiado y numeroso, en el que pueda expresarse políticamente la diversidad de la sociedad. Por esta razón, desde los orígenes del Estado Constitucional, la función legislativa se confía al Parlamento, cuyos miembros se escogen en relación con el volumen general de la población (Pérez Royo, 2002:742-743).

La función legislativa propiamente es un atributo del Estado que es una facultad derivada del poder soberano, delegado a sus representantes en el Órgano Legislativo, quienes al ejercerlo en su nombre y representación convierten su voluntad en ley. Esa función corresponde, por tanto, a la Asamblea Nacional que, además de las materias específicas indicadas en el artículo 159 de la Constitución Política, en ejercicio de la cláusula general

de competencia legislativa puede legislar, mediante ley formal, sobre asuntos o materias cuyo desarrollo o regulación no son reservados por la Constitución Política como competencia a otros Órganos del Estado (Mitchell D., 1999:34).

La cláusula general de competencia legislativa consiste, según el anotado precepto constitucional, en la facultad que tiene la Asamblea Nacional de "expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución."

De modo que si la afectación es un fenómeno jurídico impuesto desde la norma constitucional para afectar algunos bienes del Estado que, por su naturaleza intrínseca están sujetos a la transformación, por el solo paso del tiempo, corresponde a la Asamblea Nacional, como órgano representativo de la Nación, proveer de las disposiciones necesarias que la desarrollen, incluida la normativa que regule las situaciones en que esos bienes pierden su destino de uso general.

La desafectación requiere, consecuentemente, desarrollo legislativo y este compete al Órgano Legislativo.

C. Análisis de las sentencias sobre los bienes de dominio público

1. Sentencia de 30 de diciembre de 2004

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de 30 de diciembre de 2004, declaró inconstitucional el último párrafo del artículo 2 de la Ley 5 de 1988, según como había sido adicionado por el artículo 20 de la Ley 36 de 1995, por considerar que "vulnera" el artículo 258 de la Constitución Política, sobre la base de que esa disposición de rango legal no "debe transformar los bienes de dominio público, en privados" por haber sido instituidos así mediante un precepto de mayor jerarquía normativa.

El razonamiento del tribunal es que el Órgano Legislativo no puede regular la desafectación de un bien de dominio público afectado por una disposición constitucional, por lo que solo otra disposición de igual rango sería idónea para levantar esa afectación.

Aplica así, de modo implícito, el principio del paralelismo de las formas, como lo denomina la doctrina, con arreglo al cual los bienes de dominio público deben salir de esta condición de manera análoga a aquella por la cual fueron afectados (Ccopa Almerico, 2004:85).

El principio del paralelismo es la esencia del ordenamiento jurídico, por cuanto ofrece garantía de estabilidad al cuerpo normativo que solo puede ser afectado en la misma forma en que es adoptado. El paralelismo de las formas es lo que hace que el Derecho sea Derecho, como dice Pérez Royo:

> Sin el paralelismo de las formas no podría existir el ordenamiento jurídico. Si la ley no tuviera que ser modificada o derogada de la misma manera en que fue creada, no sería ley. La ley es ley en primer lugar, porque solo puede ser creada por el legislador siguiendo el procedimiento legislativo. La ley se caracteriza por su autor, el Parlamento, y por la forma en que es aprobada, a través de un procedimiento público y solemne. Pero la ley es ley en segundo lugar, porque, una vez creada, solo puede ser modificada o derogada por el mismo autor, el Parlamento, y de la misma forma, a través del procedimiento legislativo.
>
> A esto se le llama en el mundo del Derecho el paralelismo de las formas. Las normas solo pueden ser modificadas de la misma forma en que han sido producidas. Sin él no hay Derecho posible.
> Tal principio tiene vigencia en todo el universo jurídico, en todos los escalones de la pirámide en que el ordenamiento consiste. La ley solo puede ser modificada por otra ley, el decreto por otro decreto y así sucesivamente. Es un principio que no admite excepciones. Sin él el ordenamiento se transforma en un caos, es decir, en lo contrario de un ordenamiento.

> Si las leyes pudieran ser modificadas por los decretos, estos por las órdenes ministeriales y si los ciudadanos pudieran actuar sin tomar en consideración lo que disponen todas ellas, tendríamos lo que técnicamente se calificaría de anarquía, que despierta una atracción muy fuerte en todo ser humano, como ya se ha dicho, pero que está en las antípodas del ordenamiento jurídico del Estado Constitucional (2002:173).

La postura de la Corte Suprema de Justicia, a la luz del mencionado principio, parece lógica y obvia, lo que incluso no exigiría mayor elaboración técnica ni doctrinal.

Lo que parece no haber alcanzado a comprender es la esencia de la afectación establecida por el titular de esos bienes (el Estado), el cual, al destinarlos al uso general, los excluía de su dominio, pero sin perder por ello su condición de titular. No se debe olvidar que el artículo 258 comienza con la frase "pertenecen al Estado" al igual que la empleada en el artículo 257, referente a los bienes sobre los cuales conserva el dominio privado (patrimonial).

Al conservar la titularidad de los bienes de dominio público, corresponde al Estado determinar los casos en que la afectación sea interrumpida, total o parcialmente, por haber sufrido transformaciones que hacen cesar su destino de uso general. En tal caso, corresponde también al Estado desafec-

tarlos de su condición para ingresarlos al dominio privado, como bienes patrimoniales, destinados al cumplimiento de sus fines declarados en la Constitución Política.

La desafectación, según como queda expuesto, es una decisión que atañe al titular de los bienes de dominio público y, siendo que ninguna autoridad del Estado ha sido autorizada para regular la figura, esta compete al Órgano Legislativo en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa.

Esa cláusula sirvió de fundamento jurídico a la decisión adoptada por la Asamblea Nacional (entonces Legislativa) al expedir la Ley 36 de 1995, que modificó el artículo 2 de la Ley 5 de 1998, al desafectar los bienes de uso público que perdieron su destino de uso general, por trasformación parcial, producto de la construcción de rellenos sobre algunas áreas de la plataforma submarina en las costas de Panamá.

En este caso, se trató de la desafectación por pérdida parcial del destino de uso general realizado sobre áreas de la plataforma submarina, entendida esta "como la zona comprendida por el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas contiguas a las costas" (Naranjo Meza, 2006:125). O, como lo dicen Bernal, Carrasco y Domingo, es la superficie del fondo marino cercano a la costa, comprendida entre el litoral y las profundidades que son mayores de doscientos metros (2013:184).

Los rellenos operan aquí como un hecho del hombre que viene a transformar el destino de uso público de un bien del Estado, con lo que se interrumpe la afectación por la acción humana. Y, al perder su destino parcialmente, pierde también la afectación y pasa al dominio privado del Estado como bien patrimonial.

En otras palabras, la afectación del dominio público está indisolublemente ligada al destino del bien, por lo que al perder ese destino, pierde también la afectación.

Ese es el vínculo que pasa por alto el fallo cuando concluye que el relleno autorizado por el Estado, al formar parte de un bien principal, debe "correr con la misma suerte que aquel (el principal); tal y como lo refleja el viejo adagio romano que indica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en otras palabras, si el bien es de dominio público el relleno hecho sobre éste, también lo es."

El error de esta conclusión es de doble factura. Primero, porque no se trata de un "viejo adagio romano", sino de un principio de Derecho, aunque no de cualquier rama del Derecho, sino exclusivamente del Derecho Civil, en lo que respecta a sus disposiciones en materia de bienes, obligaciones y contratos, conforme al cual, al desaparecer la obligación principal, desaparece también la accesoria.

Segundo, porque de haber sido aplicado correctamente este principio del Derecho Civil, habría tenido que concluir indefectiblemente lo

contrario, ya que si existe la afectación de dominio público sobre un bien, es porque cumple un destino de uso general y, al desaparecer este, desaparece aquella. Es decir, aplicando el referido principio, al desaparecer el destino de uso general, producto del relleno realizado sobre el bien (relación principal), desaparece la afectación que pende sobre él (relación accesoria).

Esa es la secuencia lógica que no ponderó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al expedir el Fallo de 30 de diciembre de 2004, que comento.

De haberla apreciado, en sus elementos y características sustanciales, habría tenido que concluir que, ante la ausencia de normativa constitucional, corresponde a la Asamblea Nacional legislar en asuntos de interés de la Nación, porque el bien de dominio público al que se refería el párrafo de la Ley 5 de 1988, declarado inconstitucional, no autorizaba a una persona natural o jurídica específica a ejercer el dominio privado sobre un bien de dominio público, sino que solo desafectaba las áreas rellenadas que, por haber perdido su destino de uso general, pasan a constituir "bienes patrimoniales del Estado."

Pero la gravedad de ese pronunciamiento no consiste en haber desautorizado la desafectación de una parte del dominio público, que había perdido su destino de uso general, sino que desconoce el alcance de la función legislativa atribuida a la Asamblea Nacional para regular los asuntos de interés nacional en los que la Constitución Política no contenga alguna previsión.

Carece, por tanto, de fundamento jurídico la conclusión de que "una norma de cualquier rango legal no debe transformar los bienes de dominio público, en privados".

En primer lugar, porque no estaba en presencia de una norma de "cualquier rango legal", sino ante una ley formal. No se trataba de un acuerdo municipal, un decreto alcaldicio o de un decreto ejecutivo, que también tienen rango de ley (en sentido material), sino de un acto legislativo, que es expresión de la voluntad de los representantes de la Nación.

Sobre la pretendida jerarquía normativa a que hace mención el fallo, también yerra en la apreciación, pues por haber hecho un simple ejercicio de confrontación entre el texto legal y el texto constitucional, toma la restricción que establece el artículo 258 (*no pueden ser objeto de apropiación privada*) como prohibición al legislador, cuando se ha demostrado que esa restricción es una consecuencia natural del destino de uso público que recae en los bienes afectados por el dominio público, significando con ello, que esos bienes mientras estén afectos al uso público, quedan fuera de los actos del comercio, sencillamente porque son inalienables y ni los particulares ni el Estado ejercen sobre ellos un dominio privado.

Inconstitucional sería el acto administrativo que legitimara la inscripción de un título constitutivo de propiedad privada sobre un bien de dominio público que no haya sido desafectado, pero no lo es; era una disposición legal que solo autorizaba la desafectación de áreas que han perdido esa condición por transformación de su destino.

En segundo lugar, porque la disposición legal no transformaba el bien de dominio público en privado, como erróneamente lo concluye, sino que el mismo bien ha sufrido transformación al perder su destino de uso público producto del relleno que en ella se autorizaba, y tampoco lo transforma de un bien de dominio público en privado, sino que lo pasaba al dominio privado del Estado, que es distinto.

También pierde fundamento la postura que es reflejada en este fallo al argumentar que la aplicación indebida de la disposición atacada de inconstitucionalidad podría "traducirse en que todo relleno realizado sobre un bien público, será de propiedad privada." Se trata de un argumento equivocado porque deja claro que el tribunal confunde la limitación de ejercer el dominio privado sobre una cosa con los derechos derivados de propiedad privada que se adquieren sobre una cosa, cuando es reconocido que el primero es solo un atributo inherente a la segunda, pero que no son iguales, pues una persona puede ejercer dominio privado sobre una cosa y no haber constituido sobre ella una propiedad privada, que se asocia a las formalidades en su constitución.

De suerte, pues, que sin entrar a valorar el propósito de la aludida disposición legal al autorizar al Estado a permitir el relleno como contraprestación a una empresa por las obras de construcción y de desafectar las áreas rellenadas sobre bienes de dominio público, lo trascendente del fallo comentado es el efecto negativo de bloquear la posibilidad de que el Órgano Legislativo regule la desafectación de un bien declarado constitucionalmente de dominio público cuando ha perdido su destino de uso público.

El resultado material de esa decisión supone que la Asamblea Nacional no podría desarrollar la figura de la desafectación, considerando que las sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en materia de control de constitucionalidad, son obligatorias para todos los servidores públicos. A esto, debo añadir que, en otros fallos, los miembros de ese tribunal literalmente han reprendido a los diputados cuando estos han pretendido legislar sobre materia que previamente haya sido declarada inconstitucional (la última reprimenda consta en un fallo de 28 de septiembre de 2007, que declaró inconstitucional algunas disposiciones de la Ley 51 de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social).

2. Sentencia de 11 de diciembre de 2006

Pero la situación planteada a partir del fallo comentado toma un carácter más complejo cuando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia expide la Sentencia de 11 de diciembre de 2006, que declaró constitucional la autorización de rellenos y la desafectación de las áreas rellenadas sobre bienes de dominio público.

En esta ocasión, dando un giro completo al razonamiento anterior, la Corte se decanta por reconocer que la desafectación de los rellenos autorizados mediante un contrato de concesión administrativa celebrado entre el Estado y una persona jurídica "no debe ser declarado inconstitucional", a pesar de que ese mismo tribunal, casi dos años antes, sostenía que la desafectación de esos rellenos, declarada por una ley formal, sí es inconstitucional.

Y si en el primer fallo sostuvo, implícitamente, que la desafectación solo puede ser declarada por una norma de rango constitucional, lo que solo sería posible mediante una reforma constitucional (prohijando la tesis del demandante), en el segundo fallo reconoce, expresamente, "que sin necesidad de reforma constitucional" el Estado puede desafectar bienes de dominio público "mediante ley."

Los contrastes entre ambos pronunciamientos son evidentes. Basta solo con recordar que, en el primer caso, el argumento básico fue que una disposición de rango legal inferior a la Constitución Política no puede desafectar un bien de dominio público, mientras que en el segundo caso, termina reconociendo que un contrato de concesión administrativa, de rango inferior a la ley, sí puede desafectar el bien.

Es un razonamiento que invierte la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico nacional al colocar al contrato de concesión administrativa por encima de la ley formal. Esa inversión se refuerza cuando concluye también que el Estado puede declarar la desafectación de un bien de dominio público a través de un acto de administración, como las resoluciones de gabinete, entre otros.

El mayor contraste salta a la vista cuando sostiene que la desafectación también puede ser declarada por vía de una ley o de un decreto ley, lo cual resulta inexplicable a la luz de la Sentencia del 30 de diciembre de 2004, en la que justamente sostenía que la ley no es instrumento jurídico idóneo para reconocerla.

Ciertamente el fallo toma debida cuenta de uno de los rasgos sustanciales del dominio público, cuando comprende que este no entraña la inmovilización eterna del bien afecto al uso general, ya que reconoce que la afectación que pesa sobre este no puede "permanecer inmutable en su clasificación patrimonial durante toda su vida", y puede "cambiar la naturaleza" en virtud de la figura jurídica de la desafectación.

No obstante, confunde los efectos jurídicos de la figura cuando concluye que la desafectación de bienes de dominio público permite convertirlos "en bienes patrimoniales y transferirlos en propiedad privada", porque la desafectación no los convierte en bienes patrimoniales, sino que lo devuelve al dominio privado del Estado como titular original.

Tampoco es cierto que por haber sido "convertido" en bien patrimonial adquiera, por ese solo hecho, la "capacidad de pasar al patrimonio privado", ser transferido "en propiedad privada" o "ser objeto de apropiación privada." Todas estas "capacidades" hacen suponer que la desafectación produce automáticamente la salida del bien de la Hacienda Pública y su ingreso en la hacienda privada, lo que no ocurre así, pues el efecto inmediato de la desafectación es que su titular vuelve a ejercer el dominio privado sobre el bien que pasa a ser enajenable al cesar la limitación impuesta por la afectación.

De igual forma, se evidencia la confusión en aspectos sustanciales del dominio público cuando concluye que la desafectación permite la transformación de "un bien de dominio público no necesario para un uso o servicio colectivo, en un bien patrimonial del Estado." La desafectación no transforma al bien de dominio público, sino que es al revés, la transformación de un bien de dominio público origina su desafectación al perder su destino de uso público, que es una situación distinta a que la desafectación se origine porque ya no es "necesario para un uso o servicio colectivo."

Pero el efecto material de mayor impacto que tiene esta última sentencia no se encuentra dentro de su texto, sino fuera de este, al propugnar por la desregulación legislativa y promover simultáneamente el acto administrativo individual de desafectación, de lo que resulta que pueda ser declarada por cualquier autoridad competente, sin necesidad de autorización expresa, abriendo la puerta (mejor dicho, la compuerta) a que cualquier autoridad pública desafecte el dominio público de bienes del Estado.

El fallo ha tenido, por tanto, el doble mérito de negar la necesidad de la autorización legislativa (como lo hacía el último párrafo introducido al artículo 2 de la Ley 5 de 1988) y de implicar, al mismo tiempo, una autorización indirecta librada a favor de la autoridad pública para que sea esta la que determine las circunstancias en que se desafectan bienes de dominio público.

Esta última facultad, venida por vía de una decisión jurisdiccional, ha sido ejercida por la autoridad administrativa, tal como se desprende de la expedición de las Resoluciones de Gabinete 3 y 4, de 15 de enero de 2013, que desafectan rellenos "en su naturaleza de bien de dominio público y se transforma en bien patrimonial de la Nación, para constituirse en finca", con la autorización añadida de que esos bienes se inscriban en el Registro Público como finca propiedad de la Nación y su traspaso directo a favor de

una persona jurídica de Derecho Privado.

Ese acto de la administración encuentra su fundamento en lo permitido por este fallo cuando señala que, entre otros, las resoluciones de gabinete son instrumentos idóneos para desafectar bienes de dominio público. Pero la autorización impartida por el fallo ha sido ejercida también, por extensión, por la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, la cual mediante la Resolución No.ADMG-033-2013, de 23 de agosto de 2013, emitida por el administrador general, desafecta de "naturaleza de bien de dominio público" y ordena su transformación en bien patrimonial de la Nación un globo de terreno mayor de una hectárea ganada por hechos artificiales (rellenos) sobre parte de la plataforma submarina de la bahía de Panamá.

Es decir, los efectos jurídicos de los mencionados fallos solo han empezado a percibirse.

Al momento de escribir estas reflexiones, se delibera en torno a una propuesta de ley que adicionaría el artículo 2-B a la Ley 5 de 1988, en virtud de la cual el Ministerio de Obras Públicas puede autorizar a los concesionarios que rellenen bienes de dominio público (lecho marino), como compensación por las obras públicas contratadas por el Estado, a ceder todo o parte del relleno realizado, sin limitación, y constituir sobre el área cedida, garantías de financiamiento a favor de acreedores, fiduciarios o agentes de garantías locales o internacionales.

Con esta disposición, el dominio público que pesa sobre el lecho marino se pierde, *de facto*, no solo por el relleno, sino también por las garantías que se otorguen sobre él, pues no estarán sometidas a limitación jurídica.

En tales circunstancias, los efectos jurídicos de las sentencias analizadas no se reducen al ámbito de las gestiones de las entidades públicas, sino que también alcanzarán la actividad de personas jurídicas que, sin ser parte en los contratos de concesión con el Estado, puedan celebrar contratos de garantías con las concesionarias sin la limitación que impone la afectación del dominio público.

La nueva disposición implica que no será necesario que la entidad administrativa desafecte el bien de dominio público. La desafectación será necesaria, únicamente, en el caso de que el concesionario ceda sus derechos sobre el relleno a favor de terceros, según se establece en el tercer párrafo del precepto legal.

II. Conclusiones

Los cambios de criterio en las decisiones del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control de la constitucionalidad de los

actos de la Administración Pública se explican en el contexto evolutivo de la sociedad y de la organización del Estado a la que está llamada a regir la norma constitucional de la República. De no hacerlo así, perdería su razón de ser, pues la norma adoptada por el Poder Constituyente (originario o derivado) entraña siempre la proyección de las condiciones del presente con vistas al futuro de la sociedad, pero que no alcanza a proveer soluciones claras a todos los fenómenos sociales y políticos que sobrevengan.

De suerte que el cambio de criterios jurisprudenciales es inherente a la tarea interpretativa del precepto jurídico atribuida al juez constitucional, porque permite darle su verdadero sentido dispositivo en el tiempo. Se comprende así el cambio de criterio, pero no el contra-criterio ni la discrepancia meridiana.

Las contradicciones en los fallos puestas de manifiesto han producido una inestabilidad jurídica de escalofrío. Debilitar la figura del dominio público al grado de que pueda ser desafectado por cualquier acto administrativo la coloca en condición de vulnerabilidad palmaria, al hacer descender su afectación consagrada en una disposición de rango constitucional hasta ubicarla en el plano de simple acto administrativo.

Suscitan preocupación los impactos que lleguen a tener esos fallos, más allá de los que ya han tenido, sobre todo porque a la vez que uno de ellos abre espacio a la desafectación por la vía administrativa, el otro la bloquea por la vía legislativa.

Es evidente que la movilidad natural de los bienes afectos al dominio público necesita de reglas claras, establecidas en un instrumento jurídico al menos de rango de la ley formal, que contenga una regulación sobre las formas de afectación de bienes del Estado que se destinen al uso general o al servicio público, así como las circunstancias en que se permita la desafectación, tal como se regulan en la ley española sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas.

SINOPSIS BIOGRÁFICA

Sinopsis Biográfica del Doctor César A. Quintero Correa. (Abogado, jurista)

César Del Vasto

Nacido en la provincia de Herrera, en 1916. Fallece el 18 de septiembre del 2003, en Ciudad de Panamá. Pariente del general liberal Manuel Quintero Villarreal (1860-1954).

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, en la Universidad de Panamá (1940). Master of Science en The School of Foreign Service de la Universidad de Georgetown, Washington D.C.(1942), en los Estados Unidos. Doctor por la Universidad Central de Madrid (1945).

Por estos años ocupa el cargo de Secretario General de la Universidad de Panamá (1942-45). Miembro del Frente Patriótico de la Juventud (1944-52). Vice Ministro de Educación (1945-47). Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en la cátedras de Ciencia Política y Derecho Constitucional, desde 1944. Candidato a vicepresidente en la nómina de Roberto F. Chiari (campaña de 1952). Miembro del Consejo de Relaciones Exteriores de Panamá ante las Naciones Unidas (1955-57). Embajador de Panamá en las Naciones Unidas (1957-58). Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia (1959-69). Decano de la Facultad de Administración Pública de la Universidad de Panamá (1958-61). Embajador de Panamá ante las Naciones Unidas (1961-64). Presidente de la Comisión Jurídica de las Naciones Unidas y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1971-77). Magistrado del Tribunal Electoral. Miembro de la Academia de Derecho Internacional de Panamá, del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, del cual llegó a ser Presidente (1978).

En 1978 forma parte de la Comisión Reestructuradora del Colegio Nacional de Abogados. Apoyó las reformas constitucionales de 1983. Asesor el IDEN de la Universidad de Panamá. Obras: El concepto de democracia, (Revista Universidad, número 31, febrero 1952); Principios de ciencia política (1952); Las reformas constitucionales de 1956 (1957); La autonomía municipal y su estructura económica (1957); Cómo debe entenderse y practicarse el principio constitucional de la libertad de enseñanza. (del libro de autores varios, la educación en Panamá, escuela de temporada, Universidad de Panamá, 1957); Los decretos con valor de ley. Instituto de Estudios Políticos. España (1958); Derecho Constitucional (Antonio Lemahn. Costa Rica, 1967); Prólogo al libro: Constituciones de la República de Panamá. (Sección de investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas. Universidad de Panamá 1968); La llamada neutralidad del Canal de Panamá (en el libro de varios autores, compilados por Enrique Jaramillo Levi: Una explosión en América: El Canal de Panamá. editorial siglo XXI, México, 1976); El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica. UNAM. México (1977); Discurso en la toma de posesión de la Presidencia del Colegio Nacional de Abogados. Productos Panameños S.A. Panamá (1978); Evolución Constitucional de Panamá. Universidad Externado de Colombia (1980), (segunda edición Panamá, Colegio de Investigaciones Jurídicas 1993); El principio de separación de los poderes y su valor en Iberoamérica / El Predominio del poder ejecutivo en América Latina. (ambos trabajos en la compilación de autores varios elaborada por Jorge Fábrega: ensayos sobre historia Constitucional de Panamá. Editorial Jurídica Panameña. Panamá, 1986.); Opiniones jurídicas nacionales sobre el nuevo horario judicial (en el libro La Abogacía frente a la crisis nacional, editado por el Movimiento de Abogados Gremialistas, Panamá 1987-88); Esbozo de la evolución política y constitucional de la República de Panamá. (en el libro de autores varios, Panamá, 90 años de República, tomo 1, editado por el INAC - Presidencia de la República, 1993); El Sistema Constitucional Panameño. (del libro: Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos, autores varios -compilados por D. García Belaúnde y co. Edit. Dykinson. 1992

Contribuyen a este Libro

Bernal Arias Ramírez. Costarricense. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, es funcionario, asesor parlamentario de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Católica de Costa Rica. Correo: barias3@yahoo.com.

Víctor Atencio Gómez. Panameño. Abogado, analista político, activista de derechos humanos. Fue asesor de la Dirección General de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores (2010-2012), período en el cual ocupó las posiciones de Director y Subdirector General encargado de Política Exterior. Fue vicepresidente y vocero de la Comisión Permanente del Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM). Laboró en la Secretaría de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la Nación.
Correo: vatencio74@hotmail.com

Boris Barrios González. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá. Doctor en Derecho, por la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá. Realizó estudios de periodismo en la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de Méxio, así como también obtuvo Especialización en Prensa Escrita por la Universidad de Georgetown en Washington, Estados Unidos de América. De igual manera participó como becado por la USAID en el programa de periodismo del Centro para Periodistas Extranjeros de Washington D.C., Estados Unidos de América. En la actualidad es presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional.
Correo: borisbarrios@lawyer.com

César Del Vasto. Panameño. Historiador, escritor, poeta. Autor de: El Che Guevara en Panamá (1997) Historia del Partido del Pueblo (1999), Historia del Partido Comunista (2000) Breve Historia del Movimiento de Liberación Nacional 29 de Noviembre (2001) Roberto Mano de Piedra Duran, hombre y Mito (2002), Breve historia del Cine Panameño (con Edgar Soberón Torchia), 2003, Diogenes de la Rosa, Un hombre de Ideas (2003), Historia de la Fotografía en Panamá (2006), Historia de la Televisión panameña (2007), en preparación Historia Militar de Panamá, siglos XVIII-XIX-XX. Correo: delvasto3000@yahoo.com

Iris Díaz. Panameña. Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Master en Derecho Empresarial de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT).
Correo: irisnic.id@gmail.com

Marcelo Figuereido. Brasileño. Abogado, consultor jurídico en São Paulo. Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la PUC-SP. Director de su Facultad de Derecho (2013-2006) Presidente de la ABCD. Associação Brasileira de Constitucionalistas Demócratas, sección brasileña del Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional. Presidente de la Comisión de Estudios Constitucionales del Colegio de Abogados de São Paulo y del Consejo Federal (como miembro) y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Autor de diversos trabajos publicados en Brasil y en el extranjero. Profesor visitante de diferentes Universidades en Sudamérica y Europa.
Correo: mfigueiredo.adv@uol.com.br

Domingo García Belaunde. Peruano. Doctor en derecho y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es fundador y Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Entre sus principales publicaciones se encuentran: "El Habeas Corpus interpretado" (1971), "El Habeas Corpus en el Perú" (1979), " Constitución y política" (1981), "Conocimiento y Derecho" (1982), "Mar y Constitución" (1987), "Teoría y práctica de la Constitución peruana (2 tomos, 1989-1993), "Esquema de la Constitución Peruana" (1992) "Las constituciones del Perú" (1993), "La constitución traicionada" con Pedro Planas (1993), "La constitución peruana de 1993" con Francisco. Fernández Segado (1994), "La constitución en el péndulo" (1996) y "Derecho Procesal Constitucional (1998). Correo: estudio@flores-araoz.com

Jorge Giannareas. Panameño**.** Jorge Giannareas es graduado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá. Estudió Filosofía Política y Sociología en Gran Bretaña, en las Universidades de Sussex y Warwick. Fue profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Panamá y dictó los cursos de Derecho Constitucional en el Programa de Maestría de la Universidad Interamericana. Miembro Fundador de la Asociación Panameña de Derecho Constitucional y actual vice-presidente de la Sección de Panamá del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Bajo la dirección del Doctor César Quintero, contribuyó a la elaboración del Anteproyecto de Constitución Política de la República de Panamá.
Correo: jorgian29@yahoo.es

Miguel González Marcos. Panameño. Abogado idóneo en Panamá, Nueva York, Minnesota, and Washington DC. Profesor Adj. En la Facultad de Políticas Públicas de la Universidad de Maryland. Fue Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Durante su carrera Miguel González Marcos se he desempeñado como consultor para la Heinrich Böell Foundation; la Comisión Preparatoria para la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (CTBTO); y como investigador asociado del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota. Fue Director del Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá y abogado en el grupo internacional de la firma Faegre & Benson. Sus publicaciones abarcan temas de derecho constitucional, derecho internacional, políticas públicas y reformas legales. Miguel González es graduado de la New York University (LL.M.); Montpellier 1 University, France (Diplôme d'Université in International Nuclear Law); State University of New York, at Buffalo, School of Law (J.D); Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt, Alemania (Dr.); y la Universidad de Panamá, Facultad de Derecho (Licenciatura en Derecho). Correo: mgm234@nyu.edu

Agapito González Gómez. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Postgrado en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Postgrado en Mediación por la Universidad de Panamá. Postgrado en Derecho Parlamentario, por la Universidad del Caribe. Maestría en Docencia Superior, por la Universidad Latina de Panamá. Maestría en Derecho Procesal Marítimo Internacional, por la Universidad de Panamá (*en curso*). Labora en la Asamblea Nacional desde 1990. Es Director Nacional de Asesoría en Asuntos Plenarios. Profesor de Derecho Constitucional, Hacienda Pública y Derecho Marítimo en la Universidad Latina de Panamá y de Mediación en la Universidad Especializada de las Américas. Correo: agagonzalezgomez@gmail.com

Rigoberto González Montenegro. Panameño. Realizó estudios de Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá. Doctor en Derecho por la Universidad Santa María La Antigua. Hizo estudios de especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Ha ocupado diversos cargos en el Ministerio Público, incluido el de Secretario General. de la Procuraduría General de la Nación. Entre sus publicaciones podemos mencionar La intervención de las comunicaciones telefónicas (2000); La reforma de la constitución (2000); La constitución y su interpretación (2001). Correo: rigob7gonz@hotmail.com

Jaime J. Jované B. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá (2002); Master en Derecho Público por la Universitat Pompeu Fabra, en Barcelona, España (Noviembre de 2004); Diploma de Estudios Avanzados de investigación (Diciembre de 2004); Postgrado en Docencia Superior en la Universidad de Panamá (2006); especialización en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca (2008 y Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, España (2009). Profesor de las asignaturas de derecho constitucional I y II, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua; Coordinador del Centro de Investigación Jurídica de la U.S.M.A.; miembro del Consejo Editorial y del Consejo de Investigación la U.S.M.A. Correo: jaimejovane@gmail.com

Jeffrey Jowell. Británico. Sir Jeffrey Jowell es Profesor Emérito y antigua decano de la Facultad de Leyes de la Escuela Universitaria de Londres (UCL). Primer director del "Centro Bingham" para la promoción del Estado de Derecho, ubicado en Londres, Reino Unido. Entre los años 2000-2011 fue designado como representante del Reino Unido ante la Comisión de Venecia, entidad del Consejo de Europa, especializada en asesoría en materia constitucional. Se ha desempeñado como consultor en la modernización constitucional de países tales como Sudáfrica, Bosnia, Serbia y Montenegro, Luxemburgo y las Islas Caimán. Es autor de distinguidas obras en Derecho Constituiconal y Administrativo. En el año 2011 fue condecorado por la reina Elizabeth II por sus servicios a los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en Europa. Posee doctorados honoris causa de las universidades de Atenas, Ciudad del Cabo y París II (Panthéon-Assas). Correo: jowell.binghamcentre@biicl.org

Judd L. Kessler. Estadounidense. Durante su carrera Judd Kessler ha servido como miembro del servicio diplomático de los Estados Unidos, y especialmente como abogado y ejecutivo de la Agencia para el Desarrollo Internacional (A.I.D.); después como socio en la firma de abogados Porter Wright Morris & Arthur en Washington D.C., y, finalmente, desde 1997 se viene desempeñando como consejero, mediador y árbitro, en la resolución de disputas comerciales y de inversiones tanto internacionales como domésticas. Durante este periodo ha actuado como consejero, árbitro único, co-arbitro o presidente del Tribunal en más de 40 arbitrajes bajo las reglas del AAA/CIDR, CNMUDI (UNCITRAL), CIADI (ICSID), Cámara de Comercio Internacional (CCI), y London Court of International Arbitration (LCIA). Judd Kessler es graduado de la Oberlin College (B.A.) y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard (LL.B.). Correo: jkessler@porterwright.com

Jerónimo Mejía Edward. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Segunda de lo Penal. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Master en Derechos Fundamentales y Tutela Judicial Efectiva por la Universidad de Jaén, España. Candidato a doctorando en la Universidad de Jaén-España. Especialización en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Diplomado en Estudios Avanzados de Derechos Humanos por la American University Washington College of Law y el Netherlands Institute of Human Rights. Tiene estudios universitarios sobre Ingeniería y Sistemas Computacionales en la Universidad Tecnológica de Panamá. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Istmo.

Armando Padilla. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Becario AECI. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Santa María La Antigua (USMA). Correo: blindguardian15@gmail.com

Alejandro Pérez Hualde. Argentino. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Miembro correspondiente de las Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Nicaragua, y del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza (Director 2002-2004). Director de carrera de Doctorado de la Facultad de Derecho de la U. Nacional de Cuyo (Mendoza). Investigador categoría I Comisión Nacional de Categorizaciones. Profesor de "Derecho Administrativo II" de la Facultad de Derecho de la UNCuyo, de "Derecho Público Económico" de la U. de Mendoza y de "Servicios públicos y regulación de la economía" en el Máster de la U. Austral (BsAs). Autor de cinco libros, ha dirigido dos y ha publicado numerosos ensayos, capítulos de libros y artículos en revistas especializadas nacionales y extranjeras.
Correo: aphualde@gmail.com

Kenia I. Porcell D. Panameña. Estudió en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, y en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Como profesora universitaria ha impartido los cursos de Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Comercial e Introducción al Derecho. Ha ocupado los cargos de: Subsecretaria General y Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, Fiscal Auxiliar de la República, Fiscal Segunda Anticorrupción. Posee estudios en Derecho Constitucional, y en Sistema Penal Acusatorio en el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Capítulo Panamá), del Colegio Nacional de Abogados y colaboradora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá.
Correo: porcell.abogada@gmail.com

Sebastián Rodríguez Robles. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Estudios de Especialización en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. En el Órgano Judicial ha ocupado los cargos de Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado del Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial; tribunal que se especializa en los asuntos de Protección al Consumidor, Defensa de la Competencia y Marcas de Fábrica. Profesor de Derecho Constitucional. Ha sido, además, Profesor Invitado en la Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires y Rosario. Es autor de varios artículos en revistas nacionales y extranjeras. Tesorero de la sección panameña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Socio de la firma Rodríguez Robles & Espinosa. Correo: sebasrodrob@gmail.com

Salvador Sánchez González. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Santa María La Antigua. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Profesor universitario, ha dictado los cursos de Derecho Constitucional, Ciencia Política y Derechos Humanos, entre otros. Ha publicado en revistas especializadas de Panamá, España, México y Chile. Entre sus principales obras se encuentran "Los primeros diputados panameños: Ortiz y Cabarcas en las Cortes Españolas" (2012); y "El financiamiento de los partidos políticos en Panamá. Aproximación para un debate" (1997) y "La desobediencia civil en Panamá" (1995). Fue director general de asesoría legal y técnica de la Asamblea Nacional de Panamá. En la actualidad es presidente de la sección panameña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
Correo: salvasan30@hotmail.com

Ana Victoria Sánchez Urrutia. Panameña. Doctora en Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Ha publicado múltiples artículos sobre Derecho Constitucional y Bioética, en revistas especializadas españolas. Igualmente, ha incluido sus investigaciones en libros en colaboración publicados en Europa y América. Actualmente es Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.
Correo: avsurrutia@gmail.com

Néstor Pedro Sagüés. Argentino**.** Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado por la UNL. Profesor Titular de Derecho Constitucional, UBA. Profesor titular de Derecho Público Profundizado y Director de la carrera de Doctorado en Derecho (UCA, sede Rosario). Ha sido Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor Invitado, Doctor y Profesor Honoris Causa de numerosas universidades de Iberoamérica. Autor de *Teoría de la Constitución*, *Elementos de Derecho Constitucional*, *Derecho Procesal Constitucional*, *La interpretación judicial de la Constitución* y *El tercer Poder*, entre otros libros. Fue Magistrado Judicial y obtuvo diversos premios jurídicos. Condecorado con la Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Condecorado con la Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú. Correo: npsagues@gmail.com

Oscar Vargas Velarde. Panameño. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Especialista en Derecho Laboral por la Universidad Santa María La Antigua. Magíster en Educación por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Exministro de Trabajo y Bienestar Social. Exembajador de Panamá en Colombia. Exembajador en Misión Especial ante la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Ex Director General de Política Exterior, ex Secretario General y exconsultor en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Ex Magistrado Presidente de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República. Profesor de Derecho del Trabajo (en licencia) en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Magistrado Presidente del Tribunal de Cuentas. Correo: oscar_vargasvelarde@hotmail.com